



**JUZGADO TREINTA Y OCHO ADMINISTRATIVO ORAL
CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN TERCERA**

Juez: *ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE*

Bogotá D.C., siete (7) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Medio de Control: Reparación Directa
Radicación: 110013336038201700148-00
Demandante: José Israel Rivera Acevedo y otro
Demandado: Instituto Nacional de Cancerología y otros
Asunto: Fallo primera instancia

El Despacho pronuncia sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia, dado que el trámite se agotó en su integridad y no se aprecia ningún vicio que invalide lo actuado.

I.- DEMANDA

1.- Pretensiones

Con la demanda se piden las siguientes declaraciones y condenas:

1.1.- Se declare que el **INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA E.S.E.**, la **NUEVA EPS S.A.**, y el **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, son administrativamente responsables de los perjuicios causados a los demandantes **JOSÉ ISRAEL RIVERA ACEVEDO** y **ADRIANA MORENO** por la falla del servicio médico consistente en la lesión del nervio pudendo del primero de los mencionados, con ocasión de la práctica de la cirugía gastrointestinal efectuada el 1° de junio de 2015.

1.2.- Se condene al **INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA E.S.E.**, la **NUEVA EPS S.A.** y al **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, a pagar al señor **JOSÉ ISRAEL RIVERA ACEVEDO** la suma de \$1.844.978.904 y a la señora **ADRIANA MORENO** la suma de \$689.454.000, por concepto de perjuicios tanto materiales como morales.

1.3.- Se condene al **INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA E.S.E.**, la **NUEVA EPS S.A.** y al **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, a cumplir la sentencia en los términos del artículo 187 del CPACA.

2.- Fundamentos de hecho

El 26 de enero de 2015 al señor **JOSÉ ISRAEL RIVERA ACEVEDO** le diagnosticaron tumor maligno de colon, respecto a lo cual los médicos tratantes del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., lo orientaron sobre la necesidad de realizarle una cirugía gastrointestinal, la cual fue practicada el 1° de junio del mismo año por el Dr. Ricardo Oliveros Wilches, sin embargo, días después el paciente advirtió dolor en la zona testicular y la ausencia de erecciones, por lo que considera que dichas secuelas fueron producto de una falla del servicio médico, por error en el actuar médico, por cuanto comprometieron el nervio pudendo, riesgos que de ninguna manera le fueron advertidos al momento de la firma del consentimiento informado.

II.- CONTESTACIÓN

2.1.- El apoderado judicial del **Ministerio de Salud y Protección Social**, el 21 de mayo de 2018¹, dio contestación a la demanda en el sentido de manifestar que no le constan los hechos de la misma, y que por ello se opone a las pretensiones, porque la entidad demandada en ningún momento prestó el servicio requerido, además que no está demostrado que la entidad haya incurrido en alguna omisión o acción que conlleve a la causación del daño argüido.

En el escrito de contestación de la demanda propuso como excepciones de mérito las denominadas “*falta de legitimación en la causa por pasiva*”, “*ausencia de responsabilidad por parte del Ministerio de Salud y Protección Social*” e “*inexistencia de daño antijurídico por parte de la Nación - Ministerio de Salud y Protección Social*”.

i). - Falta de legitimación en la causa por pasiva: Se apoyó principalmente en el artículo 42 de la Ley 715 de 2001 y el Decreto 205 de 2003, porque en dicha normativa se asignó al Ministerio de Salud y de la Protección Social las competencias de formular, adoptar, dirigir, coordinar, ejecutar y evaluar la política pública en materia de salud.

Insistió en que la entidad no intervino en la prestación del servicio asistencial de que trata la demanda, el Ministerio de Salud y de la Protección Social no realizó el procedimiento quirúrgico practicado al señor **JOSÉ ISRAEL RIVERA ACEVEDO**, por lo tanto, la entidad no puede entrar a responder por actuaciones médicas que no conoció y que correspondieron exclusivamente al **Instituto Nacional de Cancerología ESE**.

ii). - Ausencia de responsabilidad por parte del Ministerio de Salud y Protección Social: Sostuvo que el daño no es imputable a la entidad, por cuanto no se estructuran los elementos de responsabilidad del Estado frente a este Ministerio.

iii). - Inexistencia de daño antijurídico por parte de la Nación - Ministerio de Salud y Protección Social: Alegó que en los hechos de la demanda de ninguna manera se describen cuáles fueron las circunstancias por las cuales se endilga el daño a la entidad, y por ello no hay razón de ser para que fuera vinculada al presente asunto.

2.2.- El 8 de junio de 2018² el apoderado judicial del **Instituto Nacional de Cancerología E.S.E.**, dio contestación a la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y puso en entredicho la gran mayoría de los hechos.

Hizo la salvedad de que el diagnóstico de “*CA DE RECTO COLITIS IZQUIERDA*” fue realizado en la Clínica Partenón, más no en el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., asimismo advirtió que la remisión a los servicios de quimioterapia y radioterapia se hicieron para establecer cuál tratamiento debía recibir el paciente según el estadio de la enfermedad.

Indicó que posteriormente, el 1° de junio de 2015, el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. practicó la cirugía gastrointestinal, a cargo del Dr. Ricardo Oliveros Wilches, quien cuenta con una trayectoria en la especialidad de gastroenterología oncológica de más de treinta años. Preciso que al salir del procedimiento el señor José Israel Rivera Acevedo pudo presentar dolor

¹ Folios 60 a 71 del Cuaderno Principal

² Folios 72 a 112 del Cuaderno 1

perineal y las punzadas en el meato uretral, sin embargo, por tales motivos no se puede hablar de un daño antijurídico.

Refirió que frente al dolor neuropático descrito en el servicio de gastroenterología para el día 17 de junio de 2015, el señor José Israel Rivera Acevedo fue enviado a la especialidad correspondiente. Pero que frente a la ausencia de erecciones no hay prueba de que fue producto de la cirugía, o si el paciente ya sufría falta de erección desde antes de la cirugía, ya que el tumor maligno se situaba en el recto medio y bajo.

Alegó que al Instituto no le consta que el paciente hubiera consultado por el servicio de urología en el Hospital Universitario San Ignacio, ni tampoco tiene conocimiento si allí le diagnosticaron la lesión del nervio pudiendo, por lo que cuestionó el mérito probatorio del resumen de atención dado por el urólogo, Dr. José Miguel Silva Herrera, el que además no está acorde con lo establecido en el artículo 226 de la Ley 1564 de 2012 y Ley 1437 de 2011, en lo atinente a los informes que presentan los expertos en diferentes áreas.

Entonces, arguyó que las pretensiones no están llamadas a prosperar por no encontrarse estructurada la falla en el servicio médico, habida cuenta que si no se hubiera realizado la cirugía el tumor, que estaba localizado en el recto, hubiera seguido creciendo hasta el punto de causar la muerte del señor José Israel Rivera Acevedo, porque hubiera provocado una metástasis a otros órganos.

En estos términos, manifestó que en este punto debía valorarse si era más importante preservar la vida del demandante o permitir por un tiempo limitado el disfrute de placer, lo que infortunadamente llevaría a la muerte del paciente por la extensión de la enfermedad.

De igual manera, controvirtió la tesis de los demandantes, porque anteponen un placer que es momentáneo, a la protección de un bien jurídico de mayor valor como la vida, que sin duda es más importante.

Explicó, además, que luego de analizar la historia clínica del señor José Israel Rivera Acevedo infirió que aun cuando recibió quimioterapia como primera línea de tratamiento, el tumor continuó su evolución, lo que llevó a proponer como estrategia médica la cirugía para retirar el tumor, propuesta que el paciente aceptó y no manifestó inconformidad, no obstante que le explicaron que podía morir en el procedimiento, tal como se encuentra consignado en el consentimiento informado que fue suscrito por el paciente y su médico tratante.

Insistió en que frente al daño antijurídico alegado no bastaba con afirmar que antes tenía una vida sexual activa y que, después de la cirugía, no la volvió a tener. Además, la circunstancia de que no hayan tenido hijos es una decisión de pareja, respecto a la cual el Instituto desconoce sus motivos, es factible que con las advertencias médicas del tratamiento oncológico pudieron ellos haber tomado esa determinación, de lo que en manera alguna se puede desprender responsabilidad del Estado.

No obstante, adujo que, en la nota médica del servicio de salud mental del 5 de febrero de 2015, el señor José Israel Rivera Acevedo manifestó que por problemas médicos no podían tener hijos, asimismo informó que antes sufrió episodios de depresión por la pérdida de su hija, así como por la separación de su primera esposa.

Sumado a lo anterior, sostuvo que los demandantes no tienen en cuenta que al paciente previo a la cirugía le habían realizado quimioterapia y radioterapia, cuyos tratamientos podían tener efectos secundarios en la vida sexual del paciente.

De otra parte, alegó que los trastornos psicológicos del demandante existían mucho antes de haber sido diagnosticada su enfermedad oncológica, y que el trastorno depresivo mayor no fue una consecuencia de la cirugía, pues el servicio de salud mental hizo seguimiento al caso y determinó que la situación psicológica venía mucho antes del diagnóstico de cáncer.

Finalmente, cuestionó la suma de dinero pretendida por los demandantes como indemnización, ya que es una cifra muy exagerada, sin olvidar que los servicios médicos prestados por el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., de ninguna manera fueron deficientes. Igualmente, destacó que la parte actora nunca demostró que la lesión del nervio pudendo se hubiera ocasionado durante la cirugía realizada el 1° de junio de 2015, por el contrario, el tumor del paciente ocupaba el recto medio y bajo, por lo que es probable que esto haya causado ese daño.

Partiendo de lo anterior planteó las siguientes excepciones de mérito:

i). - Inexistencia de un daño antijurídico: Sostuvo que la atención médica recibida por el señor José Israel Rivera Acevedo estuvo avalada por un vínculo jurídico derivado de las autorizaciones de la Nueva EPS S.A., asimismo que los médicos le informaron sobre la posibilidad de retractarse en la práctica del procedimiento médico sin que él hubiera manifestado algún disenso.

ii). - Existencia de diligencia, prudencia, eficiencia e idoneidad en la realización del procedimiento: Alegó que la entidad actuó de manera diligente, responsable y que sobre todo protegió la vida e integridad física del señor José Israel Rivera Acevedo, a pesar de su diagnóstico.

En torno a ello, planteó estar probado por parte del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., que la atención médica recibida por el señor José Israel Rivera Acevedo, cumplió los protocolos establecidos según el diagnóstico y notas médicas, consentimientos informados y demás documentos que reposan en la entidad, y estuvo acorde con la *lex artis*. También puso de presente que dentro de las conductas propuestas para el control de la enfermedad existían riesgos, los cuales debían ser asumidos por el paciente con el propósito de salvaguardar su vida.

Explicó que el objetivo del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., es procurar la curación de los pacientes afectados con cáncer, con técnicas, procedimientos médicos y quirúrgicos, que de no aplicarse oportunamente llevarían a la muerte de los pacientes. Señaló que en el caso particular del señor José Israel Rivera Acevedo, en ningún momento el Instituto ha querido, ni mucho menos ha pretendido causarle perjuicios materiales y morales, por el contrario, su propósito es la preservación de la vida o en el peor de los casos el tratar de sobrellevarla de la mejor manera, con dignidad.

Entonces, alegó que no es de recibo la imputación de negligencia médica hecha al Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., porque en ningún momento se pueden catalogar los riesgos de la intervención quirúrgica como un procedimiento erróneo, debido a que por tratarse de una cirugía invasiva en el cuerpo humano genera ciertas complicaciones que son advertidas al paciente y a su familia.

Insistió en que no existe prueba alguna que demuestre que el Instituto realizó una mala cirugía, o que la persona que la practicó no era la idónea para llevarla a cabo, o que realizaron prácticas no debidas o que la atención médica fue incorrecta.

iii). – Inexigibilidad de las obligaciones de resultado: Sostuvo que en la prestación de servicios de salud no es predicable la exigibilidad de cumplimiento de obligaciones de resultado sino de medio, porque cada uno de los procedimientos que se practican a los usuarios son diferentes en su fisiopatología, en sus reacciones físicas y mentales, y por ende el Instituto no puede garantizar un resultado igual a todos, ya que no se puede adivinar cuáles son las condiciones intrínsecas del paciente que lo puedan conducir a reacciones adversas.

Indicó, asimismo, de acuerdo a lo manifestado por el médico tratante, y a lo descrito en la historia clínica, que el médico cirujano Dr. Ricardo Oliveros, le explicó el procedimiento quirúrgico de “*resección abdomino perineal vs. resección anterior de recto*”, así como los riesgos y complicaciones, de lo cual se dejó constancia en el consentimiento del 21 de mayo de 2015, y que fue mucho antes de la fecha en que fue programada para el 1° de junio de 2015, motivo por el cual existió tiempo suficiente entre ambas fechas para que el paciente tomara la decisión de realizarse dicha intervención quirúrgica.

iv). – Existencia de elementos que configuraron un caso fortuito o fuerza mayor: Expuso que en el presente caso se estructuran estos eximentes de responsabilidad administrativa y extracontractual, porque al paciente le fue brindado un tratamiento con el único objetivo de controlar la enfermedad y con el propósito de que continuara con su vida de manera tranquila en condiciones óptimas.

v). – Incongruencia entre lo pretendido y los fundamentos de hecho y de derecho: Alegó que no existe relación entre las pretensiones de la demanda y los fundamentos fácticos y de derecho contenidos en el libelo, por cuanto los demandantes quieren hacer creer al operador judicial que el Instituto había podido evitar cualquier complicación del paciente. Desde esta perspectiva, continúa, la pretensión es temeraria, injusta e infundada, motivo por el cual solicitó analizar la posible imposición de una sanción a la parte actora.

vi). – Ausencia del derecho reclamado por no encontrarse nexo de causalidad: Se basa en que los demandantes no demostraron el nexo causal entre el hecho y el daño, porque en la demanda únicamente se realizó una serie de acusaciones sin conocimiento de las técnicas médicas y del empleo de las mismas, sin abordar el estudio de fondo de la historia clínica.

En consecuencia, solicitó al Juzgado denegar las pretensiones de la demanda.

2.3.- El 13 de junio de 2016³ el apoderado judicial de la **NUEVA EPS S.A.**, contestó la demanda con escrito en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con fundamento en que no les asisten razones legales a las demandantes para deducir la responsabilidad de la EPS.

En el escrito de contestación de la demanda propuso las siguientes excepciones de mérito, así:

³ Folios 123 a 128 del Cuaderno 1

i). – Ausencia de culpa de la NUEVA EPS S.A.: Expuso que la EPS no incidió en la atención dada al paciente, ni menos en la realización del presunto daño antijurídico.

ii). – Inexistencia de yerro inexcusable en el actuar del médico tratante, por cuanto es una obligación de medio y no de resultado: Alegó la inexistencia de un error en la atención dada al paciente que pueda ser imputable a título de culpa al equipo médico o a la IPS, dado que la actividad médica genera obligaciones de medio y no de resultado, puesto que existe un riesgo implícito en la conducta médica.

iv). – Inexistencia del daño antijurídico: Sostuvo que el daño demandado no corresponde a un error del médico tratante, sino que obedece a una situación que puede presentarse por un riesgo inherente al procedimiento quirúrgico practicado al paciente.

2.4.- El 23 de noviembre de 2018⁴ **La Previsora S.A. Compañía de Seguros** dio contestación a la demanda y al llamamiento en garantía efectuado por el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., con fundamento en que no existe ninguna conducta atribuible a la entidad. Insistió en que el supuesto daño no tiene su causa en una conducta negligente, ni violatoria de los reglamentos del Instituto, sino que obedece exclusivamente al estado de salud que presentaba el paciente.

La aseguradora manifestó coadyuvar las excepciones planteadas por el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E.

De otra parte, propuso como excepciones de mérito las siguientes:

i). – Ausencia de los elementos constitutivos de la responsabilidad médica: Sostuvo que el cuerpo médico del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. hizo un seguimiento continuo a la evolución de la patología que presentaba el demandante, y que aplicó de manera correcta todos los protocolos de manejo establecidos y conforme a la literatura médica aplicable al caso.

Señaló que el personal médico del Instituto brindó una atención adecuada al paciente, que no existió ningún retardo, dilación o falta de oportunidad en la prestación del servicio, que no obstante habersele suministrado radioterapia y quimioterapia, aun así, no fue posible reducir el tumor y que por tal razón fue necesario practicar la cirugía para salvaguardar la vida del señor José Israel Rivera Acevedo.

Planteó que, si el paciente presentó algún problema de salud con posterioridad a la práctica de la cirugía, ello constituye un riesgo inherente a esta clase de intervención, motivos por los cuales alegó que no existe relación de causalidad entre la atención dispensada por el Instituto y los perjuicios que invocan los demandantes.

ii). – Inexistencia de la obligación de indemnizar a cargo del Instituto Nacional de Cancerología: Alegó que la entidad actuó con diligencia y cuidado necesarios, por lo que se excluye la posibilidad de hacer imputación alguna al Instituto.

iii). – Inaplicabilidad de la póliza aportada para los hechos motivo del proceso: Explicó que en la póliza N° 106529 fueron pactados los términos de cómo hacer efectiva la reclamación, para lo cual se acordó que La Previsora S.A.

⁴ Folios 85 a 95 del Cuaderno 5

Compañía de Seguros se obligó a indemnizar al asegurado por cualquier suma, en los eventos que fueran reclamados y notificados por primera vez durante la vigencia de la póliza y hasta el límite de cobertura, y que a su vez se hizo la salvedad de los actos médicos que estaban expresamente excluidos.

Sobre el particular precisó que las pólizas de seguro que sirvieron de fundamento al llamamiento en garantía, esto es las Nos. 1010422, 1005315 y 1005345, tenían una vigencia comprendida desde el 1° de marzo de 2010 hasta el 1° de abril de 2012, y que las partes debían reclamar el amparo de los siniestros durante su vigencia.

Sin embargo, alegó que la reclamación fue presentada al Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. cuando la póliza ya no estaba vigente, por cuanto la reclamación extrajudicial fue presentada el 6 de diciembre de 2016, motivo por el cual no es posible afectar ninguno de los seguros mencionados.

iv). – Inexistencia de solidaridad: Sostuvo que entre la aseguradora y el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., no existe solidaridad, porque nace en virtud de la Ley o por convenio de las partes, y ante la extemporaneidad de la reclamación del amparo no es posible derivar obligación alguna.

Explicó, además, que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1079 del Código de Comercio, el asegurador no está obligado a responder sino hasta la concurrencia de la suma asegurada. Por ello, insistió en que la aseguradora responde de acuerdo al objeto negocial y conforme a los términos pactados en las respectivas pólizas.

v). – Limitación a la cobertura por perjuicios morales en la póliza de responsabilidad civil N° 1006529: Trajo a colación que los demandantes solicitaron el pago por concepto de perjuicios morales en una cuantía de \$1.844.978.904. Sin embargo, afirmó que, en el evento remoto de existir una condena, en la sentencia se debe tener en cuenta que la póliza de responsabilidad civil N° 1006529, en la hoja anexa N° 2 se pactó el pago de los daños morales por evento en un 25% del valor asegurado, y el 50% del valor asegurado por vigencia.

vi). – Límite de valor asegurado, limitación de responsabilidad de La Previsora S.A. Compañía de Seguros al monto de la suma asegurada: Señaló que si eventualmente existiera la cobertura planteada, el límite del valor asegurado por responsabilidad civil extracontractual a cargo de la aseguradora, es el determinado en la póliza vigente para la época en que se presentó la reclamación al asegurado, previo descuento de los deducibles pactados.

vii). – Limitación de responsabilidad de La Previsora S.A. Compañía de Seguros conforme a la disponibilidad del valor asegurado por concepto de responsabilidad civil: Expuso que el límite global de valor asegurado por vigencia se reducirá en la suma de los montos de las indemnizaciones pagadas. Por lo anterior, advirtió que desde la fecha de presentación de la demanda y hasta la fecha en que se profiera la sentencia, la disponibilidad del valor asegurado de la póliza N° 1006529, puede verse disminuida por el pago de las eventuales condenas, transacciones, conciliaciones y en general de otras reclamaciones que afecten la misma cobertura.

viii). – Aplicación del deducible pactado en la póliza: Hizo mención que en la póliza aportada por el llamante, se establecieron los deducibles y que los mismos se deben aplicar a los diferentes amparos otorgados por La Previsora S.A. Compañía de Seguros, y que el mismo debe ser asumido por la

aseguradora, correspondiente al 10% con un mínimo de \$7.000.000. Lo anterior, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1103 del C. de Co.

III.- TRÁMITE DE INSTANCIA

El 13 de marzo de 2017⁵ la demanda fue inicialmente presentada en la secretaría de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, correspondiéndole el conocimiento al Magistrado Henry Aldemar Barreto Mogollón, quien por auto del 3 de abril del mismo año⁶ declaró la falta de competencia de la Corporación por el factor cuantía.

Posteriormente, el día 5 de mayo de 2017⁷ el expediente fue remitido a la Oficina de Apoyo Judicial de la Sede Judicial CAN, la que efectuó reparto del proceso, el cual le correspondió a este Juzgado.

Luego, por auto del 14 de julio de 2017⁸ la demanda fue admitida, siendo notificado vía correo electrónico el 14 de marzo de 2018⁹. De forma simultánea, se surtieron las notificaciones del auto admisorio, asimismo se remitieron los respectivos traslados a las entidades demandadas, así como a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y a la Procuraduría 80 Judicial Administrativa de Bogotá D.C., los días 20 y 22 de marzo, 2, y 6 de abril de 2018¹⁰.

Se corrieron los traslados previstos en los artículos 172 y 199 del CPACA desde el 15 de marzo hasta el 13 de junio de 2018. Las entidades demandadas dieron contestación a la demanda dentro del término.

El 8 de junio de 2018¹¹ el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., contestó la demanda, quien a su vez llamó en garantía a La Previsora S.A. Compañía de Seguros. Posteriormente, por auto del 5 de octubre de 2018¹² fue admitido, el cual fue notificado vía correo electrónico el 2 de noviembre de 2018¹³. El 23 de noviembre de 2018¹⁴ la aseguradora dio contestación a la demanda y al llamamiento en garantía.

En audiencia inicial del 25 de julio de 2019¹⁵ se resolvieron los medios exceptivos previos, en el sentido de posponer la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Ministerio de Salud y Protección Social para la sentencia, y se declaró infundada la excepción de indebido agotamiento del requisito de procedibilidad propuesta por la Nueva EPS S.A. En la misma oportunidad se evacuaron los demás tópicos, tales como la fijación de litigio y el decreto de pruebas de las partes, entre otros.

Posteriormente, en audiencias del 13 de febrero¹⁶ y 23 de julio¹⁷ de 2020 se practicaron los medios probatorios decretados, así como el interrogatorio de

⁵ Ver folio 11 del Cuaderno 1

⁶ Folios 15 a 20 del Cuaderno 1

⁷ Folio 23 del Cuaderno 1

⁸ Folio 26 del Cuaderno 1

⁹ Folios 27 a 32 del Cuaderno 1

¹⁰ Folios 34 a 48 del Cuaderno 1

¹¹ Folios 84 a 112 del Cuaderno 1 y folios 1 a 62 del Cuaderno 5

¹² Folios 63 a 64 del Cuaderno 5

¹³ Folios 68 a 70 del Cuaderno 5

¹⁴ Folios 85 a 95 del Cuaderno 5

¹⁵ Folios 191 a 196 del Cuaderno 1 correspondiente a la audiencia del 25 de julio de 2019 incluido 1 DVD-R obrante a folio 156

¹⁶ Folios 217 a 220 del Cuaderno 6 incluido 1 DVD-R contentivo de la audiencia de pruebas del 13 de febrero de 2020

parte del señor José Israel Rivera Acevedo y los testimonios de los Dres. Ricardo Oliveros Wilches y Ligia Elena del Toro; se declaró finalizada la etapa probatoria y se corrió traslado para presentar alegatos de conclusión. El mismo término se concedió al Ministerio Público para que rindiera su concepto.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1.- El 29 de julio de 2020 el apoderado judicial de **La Previsora S.A. Compañía de Seguros**¹⁸ presentó sus alegatos de conclusión, con similares argumentos a los planteados en la contestación de la demanda y del llamamiento en garantía, motivo por el cual el Despacho no encuentra necesario hacer resumen de los mismos.

4.2.- El 30 de julio de 2020 el apoderado judicial de la **NUEVA EPS S.A.** radicó sus alegaciones finales¹⁹, para lo cual reiteró los argumentos de las excepciones de mérito planteadas en la contestación de la demanda. En esencia sostuvo que no hay prueba de que la lesión parcial del nervio pudiendo es la causa de la falta de erección del demandante.

De igual manera, hizo énfasis en que de los testimonios rendidos por los especialistas se logra demostrar que el paciente, antes de la operación, ya tenía dificultades sexuales. Igualmente, con apoyo en lo narrado por el Dr. Ricardo Oliveros Wilches, explicó que la falta de erección no solamente tiene una explicación desde el punto de vista físico, sino que también influye la situación mental de la persona, debido a que ello tiene dos componentes, uno fisiológico y otro psicológico.

De otra parte, alegó que tampoco se logró demostrar que la lesión parcial del nervio pudiendo causará la imposibilidad de trabajar.

De forma subsidiaria, alegó que, si por alguna circunstancia el Juzgado consideraba la existencia de un error médico, se debía tener en cuenta que la NUEVA EPS S.A. ha brindado todo el acceso en salud que ha requerido el paciente, toda vez que autorizó la prestación de los servicios de salud en la IPS más especializada en Colombia, esto es el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E.

4.3.- El 30 de julio de 2020²⁰ la apoderada judicial de los **demandantes** sustentó los alegatos finales con fundamento en que se encuentra probada la responsabilidad administrativa y extracontractual del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., del Ministerio de Salud y Protección Social y la Nueva EPS S.A., por el daño permanente del nervio pudiendo del señor José Israel Rivera Acevedo como consecuencia de la cirugía gastrointestinal realizada el 1° de junio de 2015.

Principalmente refutó las defensas planteadas por las entidades demandadas, porque consideró que no existe antecedentes de la falta de erección del demandante antes de la cirugía, puesto que fue después de la intervención quirúrgica que el señor José Israel Rivera Acevedo presentó un dolor testicular, específicamente el 17 de junio de 2015, y solo a partir del 5 de enero de 2016, en la historia clínica se observa que se empezó a considerar el diagnóstico como una lesión del nervio pudiendo.

¹⁷ Folios 265 a 268 del Cuaderno 6 incluido 1 DVD-R contentivo de la audiencia de pruebas del 23 de julio de 2020

¹⁸ Folios 269 a 274 del Cuaderno 6

¹⁹ Folios 275 a 279 del Cuaderno 6

²⁰ Folios 280 a 284 del Cuaderno 6

Reiteró que, de acuerdo al resumen de atención del Hospital Universitario San Ignacio del 8 de marzo de 2016, a través de la consulta de urología, realizada por el Dr. José Miguel Silva Herrera, se prueba que la lesión fue el resultado de la cirugía. Allí se determinó que el paciente presentó orquialgia crónica posterior al procedimiento quirúrgico, y adicionalmente al paciente le fue realizada una electromiografía en donde se determinó la lesión parcial del nervio pudendo, calificada como irreversible.

Luego, el día 1° de julio de 2016, con el estudio de electro diagnóstico de las extremidades inferiores practicado al demandante, la Dra. Sandra Milena Barrera, Especialista en Medicina Física y Rehabilitación, concluyó que es compatible con la lesión parcial del nervio pudendo.

Basado en lo anterior, alegó que con dichos exámenes y conclusiones de los mencionados médicos se tiene certeza que la lesión del nervio pudendo fue originada por la mala práctica de la cirugía. A su vez, explicó que la lesión del nervio pudendo es originada por una acción externa y no por problemas psicológicos.

Cuestionó lo dicho por la parte contraria, con fundamento en lo manifestado por la Dra. Ligia Elena del Toro, en cuanto a que en ningún momento de su declaración mencionó que hubiera tratado al señor José Israel Rivera Acevedo por disfunción eréctil antes de la operación, ya que el tratamiento médico brindado se contrae a terapias de trastorno depresivo, que inclusive se hizo mención de la pérdida de un hijo, lo que permitía inferir que podía procrear y que tenía vida sexual activa. Alegó que, si las anteriores circunstancias obedecieran únicamente a una situación psicológica, entonces los medicamentos recetados por el urólogo Ricardo Oliveros Wilches, habrían tenido una respuesta favorable en el cuerpo del paciente, pero no fue así.

Refirió también, que la lesión del nervio pudendo no fue el resultado de las quimioterapias, ni de las radioterapias, toda vez que con la historia clínica se logró probar que el señor José Israel Rivera Acevedo, a partir del 1° de abril de 2015 y hasta antes de la cirugía, no presentaba registro sobre problemas relativos a disfunción eréctil.

Entonces, advirtió que tampoco en el consentimiento firmado por el señor José Rivera Acevedo, se hizo mención del riesgo relacionado con la posible lesión del nervio pudendo, lo que se corroboró con el testimonio del Dr. Ricardo Oliveros Wilches, quien manifestó que en ningún momento se le informó al demandante de esta posible lesión y sobre la pérdida de su vida sexual.

Agregó que la pareja del señor José Israel Rivera Acevedo, la señora Adriana Moreno, se encuentra afectada de manera directa por la precitada lesión, porque mantienen una convivencia de compañeros permanentes, pero que no tienen una vida sexual activa, lo que le ha causado problemas depresivos, al tiempo que ello ha cambiado su proyecto de vida de ser madre.

Con apoyo en los anteriores argumentos, expuso que la lesión del nervio pudendo no se puede catalogar como un caso fortuito o fuerza mayor, por cuanto todas las complicaciones de la cirugía son previsibles y fue negligencia del Dr. Ricardo Oliveros Wilches al momento de practicar la operación, debido a que no tomaron las medidas necesarias para no causar ningún daño a otro órgano ajeno a la cirugía gastrointestinal.

4.3.- El 31 de julio de 2020 el apoderado judicial del **Instituto Nacional de Cancerología E.S.E.**,²¹ argumentó en sus alegatos conclusivos que no existe prueba fehaciente e inequívoca que determine la relación de causalidad entre los supuestos padecimientos del demandante y la presunta falla que se imputa al demandado.

Planteó que la lesión del nervio pudiendo pudo haber ocurrido por varias circunstancias ajenas al procedimiento quirúrgico, como consecuencia de la quimioterapia, radioterapia, o inclusive por el mismo tumor que pudo haber causado la lesión desde antes de la cirugía, en razón a que la enfermedad se encontraba en estadio 3, es decir, muy avanzado con la posibilidad de afectar otros órganos.

Controvertió la tesis de los demandantes porque no aportaron una experticia técnica procedente de un médico idóneo de las calidades del Dr. Ricardo Oliveros Wilches, que haya realizado un análisis de la historia clínica y antecedentes del paciente.

Insistió en que los riesgos fueron comunicados al demandante, y por ello, no puede catalogarse el actuar médico como una decisión unilateral del galeno tratante, ya que el demandante se encontraba en plena libertad de explorar otras alternativas o simplemente manifestar la intención de no continuar con el tratamiento médico.

Al mismo tiempo, alegó que al Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. no le cabe responsabilidad porque al ofrecer un tratamiento médico en aras de salvaguardar el bien jurídico de la vida, ello tiene implícitos unos riesgos, y que en este caso si hubiera producido un daño, el mismo fue advertido por el médico tratante.

4.4.- El 31 de julio de 2020²² la apoderada judicial del Ministerio de Salud y Protección Social formuló sus alegatos de conclusión iterando los argumentos de la contestación de la demanda.

CONSIDERACIONES

1.- Competencia

Este Juzgado tiene competencia para conocer esta acción porque así lo determinan los artículos 140, 155 numeral 6, 156 numeral 6º y 164 numeral 2 letra i), del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.- Problema Jurídico

Al Juzgado le corresponde establecer si la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social, el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. y la NUEVA EPS S.A., son administrativamente responsables de los perjuicios reclamados por las demandantes con ocasión a la presunta falla en la prestación del servicio médico que conllevó al daño permanente del nervio pudiendo del señor José Israel Rivera Acevedo, como consecuencia de la cirugía gastrointestinal realizada el 1º de junio de 2015.

En caso de acreditarse la responsabilidad del Instituto Nacional de Cancerología se debe determinar si la llamada en garantía La Previsora S.A.

²¹ Folios 294 a 298 del Cuaderno 6

²² Folios 286 a 293 del Cuaderno 6

Compañía de Seguros debe asumir el pago de la condena con base en la Póliza de Responsabilidad Civil Seguro N° 1006529.

3.- Presupuestos de la responsabilidad

Con relación a la responsabilidad del Estado, la Carta Política de 1991 produjo su “*constitucionalización*” al erigirla como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación o interés.

De lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de responsabilidad extracontractual del Estado, se desprende que ésta tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública, tanto por su acción como por su omisión, ya sea atendiendo a los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional o cualquier otro.

En síntesis, la responsabilidad extracontractual del Estado se configura con la demostración del daño antijurídico y de su imputabilidad a la Administración.

El daño consiste en el menoscabo del interés jurídico tutelado y la antijuridicidad del mismo en que ese daño no debe ser soportado por el administrado, ya sea porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o, porque es “*irrazonable*” sin depender “*de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración.*”²³.

La imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo la falla del servicio, el desequilibrio de las cargas públicas – daño especial, la concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto, tal como lo ha determinado el precedente del Consejo de Estado:

“(…) La circunstancia de que los hechos relatados en la demanda sean constitutivos de una falla del servicio, o conformen un evento de riesgo excepcional o puedan ser subsumidos en cualquier otro régimen de responsabilidad patrimonial de los entes públicos, es una valoración teórica que incumbe efectuar autónomamente al juzgador, como dispensador del derecho ante la realidad histórica que las partes demuestren (...)”²⁴.

Finalmente, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede ser concebida simplemente como una herramienta destinada a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

4.- Régimen de imputación derivado de la actividad médica

Ahora bien, en cuanto al régimen de responsabilidad derivado de la actividad médica, en casos como el presente, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha establecido que el régimen aplicable es el de falla del servicio, realizando una transición entre los conceptos de falla presunta a falla probada, en la actualidad la posición consolidada de esa Alta Corte en esta materia la constituye aquella según la cual es la falla probada del servicio el fundamento

²³ Consejo de Estado- Sentencia de 23 de septiembre de 2009, Exp. 17.986.

²⁴ Consejo de Estado- Sentencia de 7 de octubre de 2009. Exp. 35656.

bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria.²⁵

Dicho título de imputación opera, como lo señala la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, no sólo respecto de los daños indemnizables derivados de la muerte o de las lesiones corporales causadas, sino que también comprende:

“...los que se constituyen por la vulneración del derecho a ser informado; por la lesión del derecho a la seguridad y protección dentro del centro médico hospitalario y, (...), por lesión del derecho a recibir atención oportuna y eficaz.”²⁶

Cuando la falla probada en la prestación del servicio médico y hospitalario se funda en la “*lesión al derecho a recibir atención oportuna y eficaz*”, se debe observar que ésta produce como efecto la vulneración de la garantía constitucional que recubre el derecho a la salud, especialmente en lo que hace referencia al respeto del principio de integridad en la prestación de dicho servicio, el cual según el precedente jurisprudencial constitucional indica que:

“La protección al derecho fundamental a la salud no se limita simplemente al reconocimiento de los servicios que se requieren con necesidad; sino que comprende también su acceso de manera oportuna, eficiente y de calidad. La prestación del servicio de salud es oportuna cuando la persona lo recibe en el momento que corresponde para recuperar su salud sin sufrir mayores dolores y deterioros. En forma similar, el servicio de salud se considera eficiente cuando los trámites administrativos a los que se somete al paciente para acceder a una prestación requerida son razonables, no demoran excesivamente el acceso y no imponen al interesado una carga que no le corresponde asumir. Por otro lado, el servicio de salud es de calidad cuando las entidades obligadas a prestarlo actúan de manera tal “que los usuarios del servicio no resulten víctimas de imponderables o de hechos que los conduzcan a la desgracia y que, aplicando con razonabilidad los recursos estatales disponibles, pueden ser evitados, o su impacto negativo reducido de manera significativa para la persona eventualmente afectada.”²⁷

Dicho principio de integralidad del servicio exige considerar, según el precedente jurisprudencial constitucional, que corresponde a:

“todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”²⁸

A lo que se agrega, según el precedente jurisprudencial constitucional:

“Se considera por tanto que hay un daño, cuando se produce un dolor intenso, cuando se padece la incertidumbre y cuando se vive una larga e

²⁵ Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia de 12 de mayo de 2011, Exp. 19.835.

²⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera- Subsección C, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Bogotá, D.C., 2 de mayo de 2018. Rad. 68001-23-31-000-2000-02504-01(39038) Actor: José Antonio Hernández Camacho Y Otro Demandado: Caja Nacional De Previsión Social - Cajanal Y Otros Referencia: Acción De Reparación Directa- Apelación Sentencia.

²⁷ Corte Constitucional, sentencia T-104 de 2010.

²⁸ Corte Constitucional, sentencia T-1059 de 2006

injustificada espera, en relación con la prestación de servicios médicos, la aplicación de medicamentos o la ejecución de procedimientos que no llegan o que se realizan de manera tardía o incomoda.

“Al respecto cabe destacar que el derecho a la salud de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

-Debe ser integral:

“(…) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento²⁹, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente³⁰ o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud.”³¹

En ese sentido, la Sala ha manifestado en decisiones precedentes que dicha falla se circunscribe a una consideración básica:

“La obligación de prestar asistencia médica es compleja, es una relación jurídica total, compuesta por una pluralidad de deberes de conducta (deber de ejecución, deber de diligencia en la ejecución, deber de información, deber de guardar secreto médico, etc.). Ese conjunto de deberes conforma una trama, un tejido, una urdimbre de la vida social responde a la idea de organización – más que de organismos- en punto a la susodicha relación jurídico total (...) Por tanto, aquel deber jurídico principal supone la presencia de otros deberes secundarios de conducta, como los de diagnóstico, información, recepción de la voluntad jurídica del enfermo – llamada comúnmente consentimiento del paciente-, prescripción, guarda del secreto profesional, satisfacción del plan de prestación en su integridad (actividad que supone no abandonar al enfermo y cuidar de él hasta darlo de alta)”³²

En lo tocante a la imputación, por virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, ratificado por Colombia³³, los Estados signatarios reconocen “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, garantía que la Carta Política de 1991 tradujo en el deber estatal de garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

²⁹ “Que comprende, a su vez, diversas obligaciones: a) de habilidad y diligencia, referida la primera a aquellos supuestos en los que produzca un daño antijurídico como consecuencia de un diagnóstico, intervención o atención médica en un campo para el que el profesional, o la institución médica no tenga la aptitud o el personal idóneo en la especialidad necesaria, o de no consultar con un especialista, o de incumplirse el deber de aconsejar la remisión del paciente; b) obligación de medio técnicos, consistente en la existencia del material adecuado “para que el trabajo a realizar pueda efectuarse en condiciones normales de diagnóstico y tratamiento”; así como en el “mantenimiento en correcto estado de funcionamiento de los aparatos”, ámbito en el que cabe incluir la profilaxis necesaria, y; c) obligación de continuidad en el tratamiento”. FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. Sistema de responsabilidad médica., ob., cit., pp.257 a 269.

³⁰ En este sentido se ha pronunciado la Corporación, entre otras, en la sentencia T- 136 de 2004.

³¹ Corte Constitucional, sentencias T- 1059 de 2006; T- 062 de 2006; T- 730 de 2007; T- 536 de 2007; T- 421 de 2007

³² Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp. 17655.

³³ Ley 74 de 1968

Ese derecho social no solo se interpreta como la posibilidad formal de acceder a esa clase de servicios, sino a que estos se presten de manera eficiente, digna, responsable, diligente y de acuerdo con la *lex artis*; lo que debe traducirse en que a quien, en evidentes condiciones de debilidad, derivadas de la enfermedad que lo aqueja, acude en procura del servicio, se le brinde una atención de calidad que le permita tener las mejores expectativas de recuperar la salud.

Esa interpretación no supone una obligación de resultado para el prestador del servicio, sino que debe comprenderse como la garantía del paciente a obtener la atención en las mejores condiciones disponibles, bajo el entendido de que quien acude en busca de un servicio médico confía en que será tratado de manera adecuada.

Por otra parte, en relación con la carga de la prueba tanto de la falla del servicio como del nexo causal, el Consejo de Estado ha dicho que corresponde, en principio, al demandante, en los siguientes términos:

“La responsabilidad estatal por fallas en la prestación del servicio médico asistencial no se deriva simplemente a partir de la sola constatación de la intervención de la actuación médica, sino que debe acreditarse que en dicha actuación no se observó la *lex artis* y que esa inobservancia fue la causa eficiente del daño. Esa afirmación resulta relevante porque de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, sin que sea suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportarlo para que surja el derecho a la indemnización, dado que se requiere que dicho daño sea imputable a la administración, y sólo lo será cuando su intervención hubiera sido la causa eficiente del mismo (subrayado no original).

(...)

En varias providencias proferidas por la Sala se consideró que cuando fuera imposible demostrar con certeza o exactitud la existencia del nexo causal, 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 probaran dicha relación, el juez podía “contentarse con la probabilidad de su existencia”, es decir, que la relación de causalidad quedaba probada cuando los elementos de juicio que obraran en el expediente conducían a “un grado suficiente de probabilidad”, que permitían tenerla por establecida.

De manera más reciente se precisó que la exigencia de “un grado suficiente de probabilidad”, no implica la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que haga posible imputar responsabilidad a la entidad que presta el servicio, sino que esta es una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal puede ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios.

Así la Sala ha acogido el criterio según el cual para demostrar el nexo de causalidad entre el daño y la intervención médica, los indicios se erigen en la prueba por excelencia, dada la dificultad que en la mayoría de los casos se presenta de obtener la prueba directa. Indicios para cuya construcción resulta de utilidad la aplicación de reglas de la experiencia de carácter científico, objetivo o estadístico, debidamente documentadas y controvertidas dentro del proceso.”

5.- Asunto de fondo

5.1.- De la falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Salud y de la Protección Social

Es sabido que la legitimación en la causa puede presentarse de dos formas. Una corresponde a la procesal y se caracteriza porque obedece a la vinculación formal que se tiene respecto de un determinado medio de control. Por activa se produce cuando se trata de la persona que accede a la administración de justicia en calidad de demandante; y por pasiva, se configura en los casos en que se trata de la persona que es convocada al proceso como integrante del extremo pasivo de la relación jurídico-procesal, valga la redundancia, es decir si la persona asiste a la jurisdicción para enfrentar pretensiones ajenas.

La otra forma de legitimación en la causa es material o sustancial. Su nombre de por sí ya empieza a delinear sus contornos, como quiera que alude a la relación sustancial que emerge entre los legítimos contradictores, uno invocando su calidad de titular de un derecho subjetivo que reclama con la intermediación del aparato judicial, y otro como la persona que es señalada de ser quien debe satisfacer el derecho reclamado, y que además debe ser a quien jurídicamente corresponde asumir esa carga.

El Consejo de Estado³⁴ ha hecho importantes aportes sobre la materia. Veamos uno de esos pronunciamientos:

“La primera se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, de manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda.

Por su parte, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda, independientemente de que dichas personas no hayan demandado o que hayan sido demandadas³⁵. De ahí que la falta de legitimación material en la causa, por activa o por pasiva, no enerve la pretensión procesal en su contenido, como sí lo hace una excepción de fondo, pues, como lo ha precisado la Sala,

“[L]a excepción de fondo se caracteriza por la potencialidad que tiene, si se prueba el hecho modificativo o extintivo de la pretensión procesal que propone el demandado o advierte el juzgador (art. 164 C.C.A) para extinguir parcial o totalmente la súplica procesal.

“La excepción de fondo supone, en principio, el previo derecho del demandante que a posteriori se recorta por un hecho nuevo y probado —modificativo o extintivo del derecho constitutivo del demandante— que tumba la prosperidad total o parcial de la pretensión, como ya se dijo.

“La legitimación material en la causa activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado» (negritas en el texto original, subrayas fuera de él)³⁶.

³⁴ Ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera sentencia de 15 de junio de 2000; consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; expediente No. 10.171; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintiocho (28) de abril de dos mil cinco (2005), consejero ponente: Germán Rodríguez Villamizar, Radicación número: 66001-23-31-000-1996-03266-01(14178).

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2007); Referencia: 13.503; Radicación: 110010326000199713503 00.

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil uno (2001); consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación: 10973.

Así pues y dado que la legitimación en la causa de hecho alude a la relación procesal existente entre demandante —legitimado en la causa de hecho por activa— y demandado —legitimado en la causa de hecho por pasiva— y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma a quien asumirá la posición de demandado, dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño.

De ahí que un sujeto pueda estar legitimado en la causa de hecho pero carecer de legitimación en la causa material, lo cual ocurrirá cuando a pesar de ser parte dentro del proceso no guarde relación alguna con los intereses inmiscuidos en el mismo, por no tener conexión con los hechos que motivaron el litigio, evento éste en el cual las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los actores³⁷.

En suma, en un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra³⁸. De manera ilustrativa, así lo ha explicado la Sala:

“*ad causam* material alude a la participación real de las personas, por regla general, en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que haya demandado o no, o de que haya sido demandado o no. Ejemplo:

“- A, Administración, lesiona a B. A y B, están legitimados materialmente; pero si

³⁷ A propósito de la falta de legitimación en la causa material por activa, la Sección ha sostenido que “... si la falta recae en el demandante, el demandado tiene derecho a ser absuelto, pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo —no el procesal—”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil uno (2001); consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación: 10973.

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de diecisiete (17) de junio de dos mil cuatro (2004); consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación número: 76001-23-31-000-1993-0090-01(14452). En similar sentido y complementando lo dicho en el texto, se ha afirmado lo siguiente: “La legitimación material en la causa, activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado. Nótese que el estar legitimado en la causa materialmente por activa o por pasiva, por sí solo, no otorga el derecho a ganar; si la falta recae en el demandante el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo -no el procesal-; si la falta de legitimación en la causa es del demandado, de una parte al demandante se le negarán las pretensiones no porque los hechos en que se sustenten no le den el derecho sino porque a quien se las atribuyó no es el sujeto que debe responder; por eso, de otra parte, el demandado debe ser absuelto, situación que se logra con la denegación de las súplicas del demandante”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintidós (22) de noviembre de dos mil uno (2001); consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Expediente 13.356. Puede verse, en la misma dirección, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de veintisiete (27) de abril de dos mil seis (2006); consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra; Radicación número: 66001-23-31-000-1996-03263-01(15352).

“- A demanda a C, sólo estará legitimado materialmente A; además si D demanda a B, sólo estará legitimado materialmente B, lesionado. Si D demanda a C, ninguno está legitimado materialmente.

“Pero en todos esos casos todos están legitimados de hecho; y sólo están legitimados materialmente, quienes participaron realmente en la causa que dio origen a la formulación de la demanda»³⁹. (...)”⁴⁰

Ahora, el artículo 42 de la Ley 715 de 2001, dispone entre otras competencias del Ministerio demandado, la de formular las políticas, planes, programas y proyectos de interés nacional para el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud y coordinar su ejecución, seguimiento y evaluación, entre otras.

Basado en lo anterior este Despacho advierte que de acuerdo a las competencias y funciones asignadas al Ministerio de Salud no es factible predicar que haya tenido intervención, por acción o por omisión, en los hechos que llevaron a la lesión permanente del nervio pudendo del paciente José Israel Rivera, dado que no tiene asignada la función de prestación efectiva de servicios médico-asistenciales, mucho menos dentro de las instalaciones del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E.

Además, después de examinar las funciones definidas en el artículo 2° del Decreto 4107 de 2011, en especial las de los numerales 2, 3, 4, 5, 11 y 13, no resulta ser cierto que el Ministerio de Salud y Protección Social es solidariamente responsable frente a una presunta actuación irregular del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., por el sólo hecho de ser una entidad adscrita a dicha cartera.

Advierte el Despacho que el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., por tratarse de una Empresa Social de Estado de acuerdo a la modificación efectuada mediante el Decreto N° 5017 de 2009 y conforme a la definición establecida en el Decreto N° 1874 de 1994, en su artículo 1°, tiene la naturaleza jurídica de una Empresa Social del Estado, es decir constituye una categoría especial de entidad pública, descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa.

Por lo mismo, frente a esa Empresa Social del Estado, que goza de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, no es posible predicar una solidaridad en materia de responsabilidad administrativa del Estado con respecto al Ministerio de Salud y Protección Social, por tratarse de entidades autónomas e independientes entre sí.

De otro lado, la parte demandante sostiene que la responsabilidad extracontractual de una eventual falla del servicio médico-quirúrgico brindada por el Instituto Nacional de Cancerología, bien puede extenderse al Ministerio de Salud y de la Protección Social porque este funge frente a la primera como un ente de inspección, vigilancia y control, y que, por tanto, las secuelas que padece el señor José Israel Rivera Acevedo producto que le practicó el Instituto son igualmente atribuibles a dicha cartera.

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del quince (15) de junio de dos mil (2000); consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación número: 10171.

⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Bogotá, D.C., febrero cuatro (04) de dos mil diez (2010). Radicación número: 70001-23-31-000-1995-05072-01(17720). Actor: ULISES MANUEL JULIO FRANCO Y OTROS. Demandado: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE TOLU Y OTROS.

El Despacho afirma, sin la menor duda, que ninguna disposición jurídica le asigna al Ministerio de Salud y de la Protección Social las funciones de inspección, vigilancia y control respecto del Instituto Nacional de Cancerología, ciertamente porque el ministerio es un órgano del más alto nivel administrativo cuyo rol primordial es la formulación de políticas públicas para ser aplicadas en todo el territorio nacional por los diferentes actores del sector salud. Además, en ningún momento la parte demandante determina o precisa a qué política pública en concreto le dejó de hacer seguimiento el citado Ministerio, que guardara una relación directa con el tipo de cirugía que le fue practicada al actor, como para suponer al menos que su omisión contribuyó en algo al resultado del que ahora se espera una indemnización.

Ahora, si en gracia de discusión se admitiera que el Ministerio de marras tenía las funciones de inspección, vigilancia y control respecto del Instituto Nacional de Cancerología -que no las tiene-, tampoco sería viable afirmar que los daños antijurídicos ocasionados por la prestación del servicio encomendado al último, deben ser reparados en forma solidaria por los dos organismos, ya que terminaría siendo absurdo que el Ministerio tuviera que estar supervisando cada procedimiento médico y/o quirúrgico realizado allí y en cada establecimiento de salud del país.

En consecuencia, como no hay manera de extender al Ministerio de Salud y de la Protección Social la eventual responsabilidad que le quepa al Instituto Nacional de Cancerología por las secuelas que surgieron con posterioridad a la cirugía practicada al actor, se declarará probada la falta de legitimación en la causa por pasiva.

6.2.- De la falla en la prestación del servicio médico del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. y de la NUEVA EPS S.A.

El problema jurídico que se plantea al Despacho, consiste en determinar si la NUEVA EPS S.A. y el INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA E.S.E., son solidaria, administrativa y extracontractualmente responsables por la presunta falla en la prestación del servicio médico que se les atribuye por la secuela que presentó el señor José Israel Rivera Acevedo con ocasión a la práctica de una intervención quirúrgica por parte del mencionado Instituto. En caso afirmativo, se deberá determinar también si a la aseguradora le corresponde asumir el pago de la condena.

Los reproches que se formulan por los demandantes en contra de las demandadas se contraen a: **i)** la omisión de hacer saber al paciente, en el consentimiento informado, que uno de los posibles riesgos del procedimiento quirúrgico era la lesión del nervio pudiendo, **ii)** error en el actuar médico incurrido en el procedimiento practicado el 1° de junio de 2015 por parte del médico gastroenterólogo Dr. Ricardo Oliveros Wilches, debido al compromiso del nervio pudiendo, lo que condujo a la pérdida permanente de erección del paciente, **iii)** que dicha secuela afectó su vida sexual con su pareja, que inclusive frustra el deseo de ser madre a la señora Adriana Moreno, y **iv)** que esta situación agudizó el trastorno depresivo diagnosticado al paciente con antelación al tratamiento oncológico.

En su defensa, las entidades demandadas, junto con la aseguradora, alegaron inexistencia de falla del servicio médico tras considerar que la conducta médica del especialista tratante fue desarrollada acorde con la *lex artis*, debido a que la resección del tumor maligno ubicado en el recto medio salvaguardó la vida del señor José Israel Rivera Acevedo, y que además, por tratarse de una cirugía compleja debido a la ubicación del tumor, comprendía unos riesgos para él,

complicaciones que no podían ser consideradas como un error del actuar médico.

El extremo pasivo también adujo que las secuelas padecidas por la aquí demandante no obedecen a una falla del servicio, sino a una circunstancia imprevisible, puesto que la lesión en el nervio pudendo, es el producto de riesgos no previsibles para el momento de la firma del consentimiento informado, toda vez que existieron factores intrínsecos del paciente que sobresalieron durante el desarrollo del procedimiento, motivo por el cual dicha complicación configura la eximente de responsabilidad del Estado de fuerza mayor o caso fortuito, ya que escapa al manejo dado por el equipo médico que practicó la intervención quirúrgica.

Como soporte de la falla del servicio médico, los demandantes principalmente se fundamentan en lo siguiente:

Por un lado, obra resumen de atención del Hospital Universitario San Ignacio del 8 de marzo de 2016, contentivo de la consulta de urología realizada por el Dr. José Miguel Silva Herrera, en la cual refirió el diagnóstico de lesión en el nervio pudendo, así:

“(...) MC: “LESION DEL NERVIO PUDENDO”

Enfermedad actual:

HACE 8 MESES RESECCION BAJA DE RECTO POR ADENOCA, DERIVADO CON COLOSTOMIA, EN CIRUGIA APARENTEMENTE LESION DE NERVIO PUDENDO?

DESDE EL POSOPERATORIO ORQUIALGIA BILATERAL Y DOLOR PERINEAL.

ADICIONALMENTE AUSENCIA DE LAS ERECCIONES, CALIDAD 0/10, PREVIO A LA CIRUGIA BUENA CALIDAD DE LAS ERECCIONES LE HAN ADMINISTRADOS (SIC) INHIBIDORES DE FOSFODIESTERASA 5 SIN MEJORIA DE LOS SINTOMAS

- URODINAMIA: UROFLUJOMETRIA 20 ML/S

- ELECTROMIOGRAFIA: LESION PARCIAL DEL NERVIO PUDENDO

(...)

Concepto:

UROLOGIA

ORQUIALGIA CRONICA POSTERIOR A PROCEDIMIENTO QUIRURGICO (RESECCION BAJA DE RECTO).

ADICIONALMENTE EN ELECTROMIOGRAFIA SE DOCUMENTA LESION PARCIAL DEL NERVIO PUDENDO

TIENE MALA CALIDAD DE LAS ERECCIONES DESPUES DE LA CIRUGIA, CALIDAD 0/10. PREVIAMENTE BUENA CALIDAD,

NO RESPUESTA A MANEJO CON INHIBIDOR FOSFODIESTERASA

(...)

SE ACLARAN DUDAS, LA LESION NERVIOSA ES IRREVERSIBLE Y PUEDE CONTINUAR CON DOLOR, DEBE CONTINUAR SEGUIMIENTO CLINICA DE DOLOR, SE EXPLICA CLARAMENTE (...)”⁴¹

Por otro lado, la parte actora fundamentó la responsabilidad del Estado en los resultados de electromiografía del 1° de julio de 2016, analizados por la Dra. Sandra Milena Barrera⁴², quien concluyó una lesión parcial del nervio pudendo.

Ahora, como primer antecedente del diagnóstico del tumor maligno, en la historia clínica se observa que inicialmente fue diagnosticado por la Clínica

⁴¹ Folio 5 del Cuaderno 2

⁴² Folios 182 a 184 del Cuaderno 3

Partenón, a través de la endoscopia digestiva realizada el 11 de noviembre de 2014⁴³, en la cual se logró establecer la existencia de “ca de recto” y “colitis izquierda”.

Es importante destacar los hallazgos del estado de la lesión en aquella endoscopia digestiva, diagnóstica y terapéutica practicada el día 11 de noviembre de 2014. Veamos:

“(…) **TACTO RECTAL:** Esfínter normotónico, ampolla rectal vacía, no se palpan masas.

ANOSCOPIA: Hemorroides internas grado I.

COLONOSCOPIA: Se explora hasta el ciego con los siguientes hallazgos.

Recto a 6 cms del margen anal una lesión exofítica infiltrativa de aspecto neoplásico se toman biopsias. En colon izquierdo hasta el ángulo esplénico edema congestión y eritema en parches de la mucosa se toman biopsias. (…)”⁴⁴

Partiendo de lo anterior, se puede evidenciar el estado avanzado de la patología de cáncer de recto del señor José Israel Rivera Acevedo, dado que, para el mes de noviembre de 2014, a los 6 centímetros del margen anal ya existía una lesión de características neoplásicas, lo que permite inferir un estado avanzado del tumor.

La anterior afirmación tiene como soporte el siguiente análisis de la literatura médica, así:

“(…) El **cáncer de colon y recto** representa una de las neoplasias más frecuentes en los países occidentales, dónde la incidencia se sitúa entre 20-34 casos por cada 100.000 habitantes. (...) Además, y a pesar del avance experimentado en su tratamiento, supone un 41% del total de fallecimientos por **cánceres digestivos** en el mundo. Es la segunda causa de muerte por cáncer, superada por el pulmón en el hombre y la mama en la mujer, con una mortalidad global del 40-50%.

DEFINICIÓN

El cáncer del (sic) colon o el recto también se conoce como cáncer colorrectal. Los síntomas pueden incluir sangre en las heces, heces más delgadas, cambios en los hábitos intestinales y malestar estomacal general. Si se detecta anticipadamente, con frecuencia es curable.

DIAGNÓSTICO

La etiología exacta del cáncer colorrectal es aún desconocida, pero existen múltiples factores que influyen en este proceso neoplásico. (...)”⁴⁵

En este punto no se tiene certeza si para aquella época el paciente José Israel Rivera Acevedo, ya tenía una afectación en el nervio pudiendo en razón al diagnóstico de cáncer de recto, pues de la declaración dada por el mismo demandante, en audiencia del 13 febrero de 2020⁴⁶, si bien manifestó que tenía una vida sexual activa, lo cierto es que dicho medio probatorio no resulta suficiente para demostrar la hipótesis planteada en la demanda.

Es necesario advertir que para el día 10 de diciembre de 2014, la Nueva EPS S.A. autorizó la consulta externa por la especialidad de oncología al Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., mediante la autorización N° (POS-7252) 0746-40400001.

⁴³ Folio 3 del Cuaderno 3

⁴⁴ Folio 3 del Cuaderno 3

⁴⁵ Consulta efectuada en la dirección <https://www.barnaclinic.com/es/especialidades/8/cancer-de-colon-y-recto>

⁴⁶ Folios 217 a 220 del Cuaderno 6 incluido DVD-R obrante a folio 217 del Cuaderno 6

Entonces, precisado lo anterior tenemos que para el día 6 de enero de 2015⁴⁷ el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., a través de las especialidades de gastroenterología y oncología, determinó la existencia del adenocarcinoma bien diferenciado infiltrante ulcerado con posible invasión linfovascular, y dada la gravedad de la patología, el médico tratante, Dr. Ricardo Oliveros Wilches, estableció como plan de manejo en neoadyuvancia, quimioterapia con capecitabina, y desde ese instante se contempló la práctica de la cirugía en 4 a 6 semanas.

No obstante, pese a que no existe una electromiografía hecha antes de la práctica de la cirugía o un análisis similar, para así establecer en qué estado se encontraba el nervio pudiendo, sí se puede observar que, desde el inicio del tratamiento médico oncológico, el médico tratante le explicó al paciente que la patología era un cáncer T3N1M0, por lo que bajo estas circunstancias es probable asumir que el paciente a la hora de la cirugía podía tener alguna afectación en otros órganos.

Entre el 21 de enero y el 1° de junio de 2015, al paciente José Israel Rivera Acevedo no le era desconocida la magnitud del adenocarcinoma y menos aun las alternativas del tratamiento médico como la práctica de la cirugía de resección del tumor. Además, este tipo de patología es una enfermedad catastrófica, con graves efectos para el aquí demandante.

Tanto así, que después de la valoración por las especialidades de gastroenterología y oncología, fue indispensable dar manejo por quimioterapia y radioterapia, ya que el cáncer padecido en su momento se diagnosticó como neoplasia maligna de recto T3N1, esto es un estadio avanzado.

Tras consultar la literatura médica en la página web de *American Cancer Society*, <https://www.cancer.org/es.html>, se puede observar frente a las fases del cáncer de recto lo siguiente:

“(…) [L]os cánceres colorrectales en etapas más tempranas se identifican como etapa 0 (un cáncer muy precoz), y luego van desde etapas I (1) a IV (4). Por regla general, mientras más bajo sea el número, menos se ha propagado el cáncer. Un número más alto, como la etapa IV, significa una mayor propagación del cáncer. **Además, dentro de una etapa, una letra menor significa una etapa menos avanzada. Si bien la experiencia del cáncer de cada persona es única, los cánceres con etapas similares suelen tener un pronóstico similar, y a menudo son tratados de manera muy similar.**

¿Cómo se determina la etapa?

El sistema de estadificación que se emplea con más frecuencia para el cáncer colorrectal es el sistema **TNM** del *American Joint Committee on Cancer* (AJCC) que se basa en tres piezas clave de información:

- La extensión (tamaño) del tumor (**T**): ¿Cuán lejos el cáncer ha crecido hacia la pared del colon o del recto? Estas capas, de la interior a la exterior, incluyen:
 - El revestimiento interno (mucosa), la capa en la que comienzan casi todos los cánceres colorrectales. Esta incluye una capa muscular delgada (*muscularis mucosae*).
 - El tejido fibroso que se encuentra debajo de esta capa muscular (*submucosa*).
 - Una capa muscular gruesa (*muscularis propia*).
 - Las capas delgadas más externas de tejido conectivo (la subserosa y la serosa) que cubren la mayor parte del colon, pero no el recto.
 - La propagación a los ganglios (nódulos) linfáticos adyacentes (**N**): ¿Se ha propagado el cáncer a los ganglios linfáticos adyacentes?

⁴⁷ Folios 8 a 9 del Cuaderno 3

- o La propagación (**metástasis**) a sitios distantes (**M**): ¿Se ha propagado el cáncer a ganglios linfáticos distantes o a órganos distantes como el hígado o los pulmones?

El sistema descrito a continuación es el sistema AJCC más reciente, en vigor desde enero de 2018. Este sistema usa la etapa patológica (también llamada la etapa quirúrgica), la cual se determina mediante el examen del tejido extirpado durante una operación. Esta etapa también se conoce como etapa quirúrgica. Esta es probablemente más precisa que la etapa clínica, la cual toma en cuenta los resultados de un examen médico, biopsias y estudios por imágenes, realizados antes de la cirugía.

Los números y las letras después de la T, N y M proporcionan más detalles sobre cada uno de estos factores. Los números más altos significan que el cáncer está más avanzado. Una vez que se han determinado las categorías T, N y M de una persona, esta información se combina en un proceso llamado agrupación por etapas para asignar una etapa general. Para más información vea Estadificación del cáncer.

(...)

T3 o T4a, N1/N1c M0	<u>El cáncer ha crecido hacia las capas más externas del colon o del recto (T3), o a través del peritoneo visceral (T4a), pero no ha alcanzado los órganos adyacentes. Se propagó a entre 1 y 3 ganglios linfáticos adyacentes (N1a o N1b) o hacia áreas de grasa cercanas a los ganglios linfáticos, pero no a los ganglios en sí (N1c). No se ha propagado a sitios distantes (M0).</u>
------------------------------	---

(...)”⁴⁸

Basado en lo anterior, y teniendo en cuenta la nota médica registrada en consulta del 6 de enero de 2015⁴⁹ se constata el compromiso de los ganglios linfáticos adyacentes, de la siguiente forma:

“(…)

6/12/2014

MASA RECTAL A 6.5 CM DE LA UNIÓN ANORECTAL CON ENGROSAMIENTO IRREGULAR DE LA PARED LATERAL IZQUIERDA DEL RECTO CON UNA LONGITUD APROXIMADA DE 39 MM, 3 GANGLIOS PERIRECTALES IZQUIERDOS, NEOPLASIA MALIGNA DE RECTO T3N1.

05/12/2014

TAC ABDOMINO PELVICO: ENGROSAMIENTO DE LAS PAREDES DEL RECTO PROXIMAL HASTA 13 MM, CON UNA LONGITUD DE 36 MM, CON DISMINUCIÓN DEL PASO DEL MEDIO DE CONTRASTE A TRAVES D ESTA ZONA, NO SE OBSERVAN GANGLIOS NI ALTERACIONES EN EL PERITONEO.

8/12/2014

TAC TORAX: NODULO CALCIFICADO EN LINGULA

11/11/2014

COLONOSCOPIA: CA DE RECTO A 6 CM DEL MARGEN ANAL

PATOLOGIA: ADENOCARCINOMA BIEN DIFERENCIADO INFILTRANTE ULCERADO POSIBLE INVASION LINFOVASCULAR. (...)”⁵⁰

De acuerdo a lo consignado a la anterior nota médica, es claro que el paciente tenía un compromiso de 3 ganglios perirrectales izquierdos y una posible invasión linfovascular.

⁴⁸ Consulta efectuada a la dirección <https://www.cancer.org/es/cancer/cancer-de-colon-o-recto/deteccion-diagnostico-clasificacion-por-etapas/clasificacion-de-la-etapa.html>

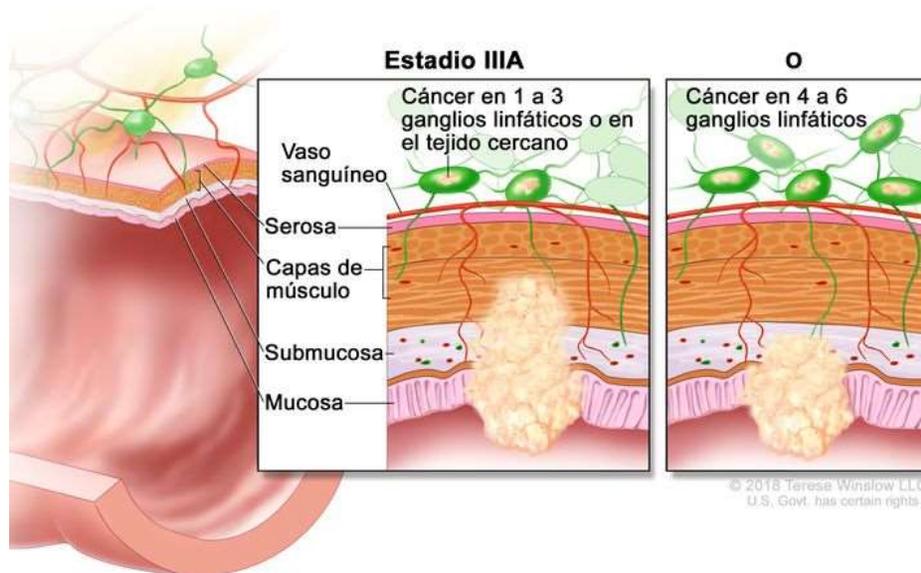
⁴⁹ Ver nota del folio 5 del Cuaderno 3

⁵⁰ Folio 5 del Cuaderno 3

Este tipo de estadio, la literatura médica lo analiza de la siguiente manera. Veamos:

“(...) El cáncer de recto en estadio III se divide en los estadios IIIA, IIIB y IIIC.

En el estadio IIIA, se encuentra una de las siguientes situaciones:



Cáncer de recto en estadio IIIA. El cáncer se diseminó a través de la mucosa de la pared del recto a la submucosa y es posible que se haya diseminado a la capa de músculo; además, se diseminó hasta 1 a 3 ganglios linfáticos cercanos o al tejido cerca de los ganglios linfáticos. O el cáncer se diseminó a través de la mucosa a la submucosa, y hasta 4 a 6 ganglios linfáticos cercanos.

El cáncer se diseminó a través de la mucosa (capa más interna) de la pared del recto a la submucosa (capa de tejido junto a la mucosa) o a la capa de músculo de la pared del recto. El cáncer se diseminó hasta 1 a 3 ganglios linfáticos cercanos, o se formaron células cancerosas en el tejido cerca de los ganglios linfáticos.

El cáncer se diseminó a través de la mucosa (capa más interna) de la pared del recto a la submucosa (capa de tejido junto a la mucosa). El cáncer se diseminó hasta 4 a 6 ganglios linfáticos cercanos. (...)”⁵¹

Posteriormente, a partir del 21 de enero de 2015 el señor José Israel Rivera Acevedo, le fue reclasificado el cáncer de recto como de T3N1M0 EC III A, según nota médica del 21 de enero de 2015, efectuada en consulta bidisciplinaria, oncología clínica – gastroenterología⁵².

Es evidente que, si bien no hay prueba fehaciente sobre la inexistencia de la lesión del nervio antes de la cirugía, tampoco se puede dejar de lado que el paciente ya tenía una afectación de los ganglios, lo que implicaba un tratamiento de quimio radioterapia. Por ende, el 26 de enero de 2015⁵³ en consulta de radioterapia con el Dr. Eduardo Antonio Guerrero Lizcano, se ordenó el tratamiento con radioterapia externa, técnica conformacional 3D CRT, energía 6MV, dosis 4500CGY en fraccionamiento.

⁵¹ Consulta efectuada en dirección <https://www.cancer.gov/espanol/tipos/colorrectal/paciente/tratamiento-rectal-pdq>

⁵² Ver folio 8 del Cuaderno 3

⁵³ Folios 12 a 13 del Cuaderno 3

En consulta del 5 de febrero 2015⁵⁴, con la psicóloga Dra. Ivonne Andrea Casas Roldán, se observó un estado depresivo y de preocupación por el diagnóstico oncológico y temor del inicio de la quimioterapia y radioterapia:

“(…) Se observa en proceso de adaptación y asimilación de su diagnóstico y pronóstico. Adecuada adherencia al tratamiento. Sin embargo, ante (...) antecedente referido por el paciente de #episodio depresivo# el cual fue manejado con hospitalización y medicamento, se solicita valoración por Psiquiatría.

(…)

Paciente tuvo unaprimera (sic) esposa con la cual vivió tres años, expresa tristeza ante muerte de su hija en el 8 mes de embarazo). (sic) (...) No tiene hijos refiere que medicamente tanto su actual esposa como él no pueden (sic) tenerlos. Se observa duelo no resuelto ante pérdida de la hija.

(…)

hospitalización Clínica Campo abierto por 15 días y medicamento: Lorazepam 2 mg día, Fluoxetina y trazodona, la cual utiliza ocasionalmente cuando se siente ansioso y para conciliar el sueño

(…)

Exp. Emocionales Pertubadoras

muerte de su hija, episodio depresivo

(…)”⁵⁵

Luego, en consulta del 5 de marzo de 2015⁵⁶ por psiquiatría con la Dra. Lina del Carmen Ortiz Pérez, el paciente puso de presente que había experimentado reactivación de síntomas depresivos desde el diagnóstico oncológico, asimismo describió fantasías de muerte, sentimientos de frustración, sensación de que los proyectos de vida han quedado paralizados, y disminución de la libido. Igualmente, expuso que contaba con información sobre los posibles efectos secundarios de la quimioterapia.

El 9 de marzo de 2015⁵⁷, en consulta externa de psicología, con la Dra. Ivonne Andrea Casas Roldán, sobresale que el paciente se encontraba emocionalmente estable, con afrontamiento de espíritu de lucha. En la misma oportunidad, se observa que el señor José Israel Rivera Acevedo asistió con su pareja, y que se realizó terapia de pareja.

El 25 de marzo de 2015⁵⁸, en consulta por la especialidad de gastroenterología, con el Dr. Ricardo Oliveros Wilches, se logra establecer que la neoadyuvancia la culminaba el 2 de abril de 2015, asimismo obra registro médico de disminución de sangrado rectal, y a su vez, el médico tratante dejó constancia de la programación de la cirugía de forma tentativa para el 22 de junio del mismo año.

En la misma fecha, en consulta con la especialidad de cuidados paliativos, con los Dres. Helbert Rodrigo Menjura Murcia y Bilena Margarita Molina Arieta⁵⁹, el señor José Israel Rivera Acevedo refirió resección inguinal en la infancia y que desconocía la causa, y se reiteró la presencia de la posible invasión linfovascular, como el compromiso de 3 ganglios. De igual manera, de allí se logra establecer que en esta época era manejado por oncología radioterapéutica.

⁵⁴ Folio 15 a 17 del Cuaderno 3

⁵⁵ Folio 16 del Cuaderno 3

⁵⁶ Folios 27 a 30 del Cuaderno 3

⁵⁷ Folios 29 a 30 del Cuaderno 3

⁵⁸ Folio 31 del Cuaderno 3

⁵⁹ Folios 32 a 33 del Cuaderno 3

El 31 de marzo de 2015⁶⁰, en valoración por Oncología Clínica con el Dr. Fernando Contreras Mejía, refirió continuar con manejo quirúrgico, inicialmente programado para el 22 de junio de 2015.

El 6 de abril de 2015⁶¹, en control de psiquiatría, con la Dra. Lina del Carmen Ortiz Pérez, se puede evidenciar que, para esta fecha, el paciente José Israel Rivera Acevedo, había completado ciclos de quimioterapia, asimismo se advierte que tenía conocimiento de la necesidad de la intervención quirúrgica, consistente en una colostomía, y a su vez manifestó preocupación que fuera permanente. A raíz de esta valoración el paciente fue tratado por la patología de trastorno depresivo mayor recurrente, puesto que se mostró con las siguientes emociones:

“(…) DE MANERA AMPLIA EXPONE RECHAZO A LA COLOSTOMÍA, POR MOMENTOS VERBALIZA QUE SERIA MEJOR NO DEJARSE OPERAR Y EL TRATAMIENTO HA SIDO VIVIDO COMO UNA TORTURA, SU SENSACIÓN ES QUE ANTES DE REALIZAR LA RDT NO TENIA TANTAS MOLESTIAS. COMENTO QUE NO REALIZO AJUSTE DE LA SERTALINA A 50 MG. EM: ALERTA, ORIENTADO, PORTE ADECUADO, AFECTO DEPRESIVO, HIPOBULICO, REFERENCIAL, SUSPICAZ, IRRITABLE, TENDENCIA A LA (SIC) LLANTO, PRESENTA ALUCINACIONES AUDITIVAS SIMPLES. (...)”⁶²

Se evidencia, entonces, que la psiquiatra continuo manejo farmacológico, consistente en sertralina en tableta de 50 miligramos cada 12 horas, trazodone (sic) en tableta de 50 miligramos en la noche. A su vez, se puede constatar el inicio de toma de haloperidol, en una dosis de 10 gotas en la noche.

El 24 de abril de 2021⁶³ en control con la especialidad de dolor y cuidados paliativos, con lo Dres. María Helena Restrepo Restrepo y Juan David Hernández Martínez, se aprecia que el motivo de consulta se contrae a dolor mixto, neurológico y neuropático de predominio en la región lumbar, que irradia a miembros inferiores, siendo tratado con anterioridad con pregabalina de 75 miligramos cada 12 horas, acetaminofén y codeína. Por lo que, ante la persistencia del dolor, se continuó con igual manejo analgésico, en el sentido de aumentar la dosis de pregabalina a 150 miligramos, con acetaminofén, codeína, igualmente se solicitó la práctica de gammagrafía ósea.

Con posterioridad, para el día 6 de mayo de 2015, al señor José Israel Rivera Acevedo le fue practicada rectosigmoidoscopia, cuyo resultado evidenció que el tumor presentaba las siguientes características:

“(…) [a] los 10 cm existe (sic) una lesión de 2 cm de borde levantado ulcerada cubierta por fibrina, se toman biopsias.

DIAGNÓSTICO

Ca recto estado postneoadyuvancia

Úlcera rectal (...)”⁶⁴

El 21 de mayo de 2021⁶⁵ el señor José Israel Rivera Acevedo en valoración de la especialidad de gastroenterología, por parte del Dr. Ricardo Oliveros Wilches, y con ocasión al análisis de la rectosigmoidoscopia realizada el 6 de mayo de 2015, se determinó que la lesión se encontraba a los 10 cmts del margen anal con una dimensión de 2 centímetros del borde levantado y ulcerado. Ante ello

⁶⁰ Folio 41 del Cuaderno 3

⁶¹ Folios 43 a 44 del Cuaderno 3

⁶² Folio 43 del Cuaderno 3

⁶³ Folios 45 a 46 del Cuaderno 3

⁶⁴ Folio 48 del Cuaderno 3

⁶⁵ Folios 51 a 52 del Cuaderno 3

el médico tratante decidió programar cirugía para resección anterior baja vs. resección abdominoperineal, para lo cual se observa la constancia de que le explicó al paciente riesgos y complicaciones, al igual de las dos opciones quirúrgicas “RAB VS. RAP”, igualmente se desprende que el paciente entendió y firmó el consentimiento.

Ahora, de vuelta a lo sostenido en la demanda, se tiene que el señor José Israel Rivera Acevedo en la demanda, así como en la declaración rendida el 13 de febrero de 2020, afirmó que no le informaron el riesgo de la lesión del nervio pudiendo cuando firmó el consentimiento informado el día 21 de mayo de 2013, por lo que los demandantes sostienen que el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., omitió el deber jurídico que tiene el médico de obtener previamente tal consentimiento.

Sobre el particular se tiene, como ya se dijo arriba, que el día 21 de mayo de 2015 el señor José Israel Rivera Acevedo suscribió el consentimiento informado para la práctica del procedimiento de resección anterior de recto vs. resección abdominoperineal, en los siguientes términos:

“NOMBRE TÉCNICO DEL PROCEDIMIENTO QUE SE VA A REALIZAR
 RESECCIÓN ANTERIOR DE RECTO VS RESECCIÓN ABDOMINOPERINEAL

DECLARACION

Me han explicado reiterada y persistentemente y he comprendido satisfactoriamente la naturaleza y propósitos de este procedimiento. También, me han aclarado todas las dudas y me han dicho los posibles riesgos y complicaciones, así como otras alternativas.

Se me dió a conocer ampliamente y soy consiente (sic) que no existen garantías absolutas del resultado del procedimiento. Comprendo perfectamente en qué consiste el procedimiento y que será realizado por los profesionales de la Salud del INSTITUTO NACIONAL DE CANCEREOLOGIA (sic).

Me han explicado y he comprendido los posibles riesgos más importantes que de ello se deriven.

Doy el consentimiento para que practiquen el procedimiento descrito arriba y los procedimientos complementarios que sean necesarios convenientes durante la realización del mismo, a juicio de los profesionales que lo lleven a cabo.

Entiendo que en caso de no aceptar el procedimiento aquí propuesto, puedo continuar recibiendo atención médica en esta institución, evento en el cual asumo consciente y voluntariamente las consecuencias que de ello se me puedan derivar, las cuales también fueron puestas en mi conocimiento y aceptó. (...)”⁶⁶ (Negrillas y subrayado fuera de texto)

De acuerdo a lo anterior, si bien no se enuncia expresamente que la resección anterior de recto vs. resección abdominoperineal, podría causar la lesión del nervio pudiendo, sí obran otros medios de prueba que permiten demostrar que al paciente sí le fueron informadas los riesgos de la cirugía, tal como se observa en la declaración del médico gastroenterólogo, Dr. Ricardo Oliveros Wilches.

⁶⁶ Folios 50 a 51 del Cuaderno 3

De acuerdo a lo narrado por el mencionado gastroenterólogo en audiencia de pruebas del 23 de julio de 2020⁶⁷, quien integró el equipo médico que practicó la intervención quirúrgica del 1° de junio de 2015, si fueron precisados los detalles relacionados con el consentimiento informado, así como las implicaciones de la intervención quirúrgica en el paciente.

En lo atinente al consentimiento expuso que, al paciente se le explicaron los beneficios, así como los riesgos de la cirugía, al igual que las consecuencias en caso que la misma no se efectuara, frente a lo cual él firmó en señal de asentimiento.

De igual manera, de la audiencia de pruebas del 23 de julio de 2021⁶⁸, el gastroenterólogo Ricardo Oliveros Wilches, explicó que la cirugía tenía varios objetivos: i) conservar la función rectal, ii) controlar la enfermedad, y iii) hacer un control local de la enfermedad. Aclaró que en este tipo de cirugías podía haber algunas alteraciones desde el punto de vista urinario, sexual o de incontinencia rectal. A su vez, el médico tratante hizo énfasis en que, en el caso del José Israel Rivera Acevedo, el tumor era avanzado, asimismo precisó que el recto al estar ubicado en la parte posterior de la estructura ósea de la pelvis, es un órgano de difícil manipulación desde la óptica quirúrgica.

Expuso que, en ningún momento la intención era causarle daño al paciente, sino que al contrario el desarrollo del procedimiento quirúrgico era la de evitar la menor complicación. No obstante, aclaró que, con posterioridad a la intervención, el paciente manifestó dolor en los testículos y afectación de su función sexual, y que según los resultados de la electromiografía se estableció una afectación parcial del nervio pudendo.

Frente a ello el gastroenterólogo Ricardo Oliveros Wilches precisó que la lesión parcial del nervio pudendo, no puede estar propiamente relacionada con la práctica de la cirugía, puesto que también podría tener otro tipo causas como el tumor por encontrarse situado en el recto o ser una de las consecuencias de las quimioterapias y radioterapias.

Explicó que tratamientos como la quimioterapia y radioterapia pueden causar fibrosis en los tejidos, y también puede afectar la función vesical, sexual y la función del ano - recto. La fibrosis en los tejidos es una secuela de la radioterapia, pero que puede causar lesiones alternas y contribuir a efectos colaterales.

Insistió en que la falta de erección tiene 2 componentes, uno fisiológico y otro psicológico, por lo que aun cuando tenga una afectación del nervio pudendo, aclaró que en este tema incide el componente neurovascular. Aunado a ello, explicó que al paciente se le hizo el cierre de la colostomía, actualmente se encuentra normal desde el punto de vista oncológico, que tiene su función ano rectal adecuada, no tiene manifestaciones desde el punto de vista de vejiga. Por lo que, en estos términos se cumplieron los objetivos quirúrgicos. Indicó que es probable que entre la tercera parte y la mitad de los pacientes puedan tener alguna de estas manifestaciones, ya que se interviene el recto, donde pueden presentarse lesiones en los nervios. Sin embargo, aclaró que, en estos casos, si no se hubiera practicado el tratamiento quirúrgico, muy probablemente el paciente no estuviera vivo.

⁶⁷ Folios 265 a 266 del Cuaderno 6 incluido 1 DVD-R contentivo de la audiencia de pruebas obrante a folio 268

⁶⁸ Folios 265 a 266 del Cuaderno 6 incluido 1 DVD-R contentivo de la audiencia de pruebas obrante a folio 268

Sin embargo, reiteró que la electromiografía mostró que la lesión del nervio pudiendo era parcial, lo que permite tener cierta complacencia, y por lo que consideró que en ello influye la parte psicológica.

En este contexto, se tiene que el mismo gastroenterólogo Dr. Ricardo Oliveros Wilches, planteó diferentes causas probables de la lesión del nervio pudiendo, como son la presencia del tumor maligno situado en el recto, o los efectos colaterales de la radio y quimioterapia por cuanto puede causar la fibrosis de los tejidos, o inclusive la cirugía propiamente, porque el recto se encuentra cubierto por diferentes nervios.

En este sentido, no se explica el Juzgado por qué razón en la demanda se afirma que el paciente tenía un total desconocimiento de los beneficios, riesgos y complicaciones de la resección anterior de recto vs. resección abdominoperineal, cuando lo que se observa en lo dicho por el mismo demandante en su declaración, es que en el Instituto lo venía tratando por el tumor maligno y que le explicaron que si no se operaba podía tener una menor expectativa de vida.

Es claro, entonces, que el procedimiento quirúrgico requerido para extraer el tumor maligno del recto era la resección anterior de recto vs. resección abdominoperineal, por cuanto para la época de la cirugía la lesión tenía un diámetro de 2 cms de borde levantado, ulcerado cubierta fibrina.

No se puede dejar de lado que, desde la fecha del estudio de colonoscopia calendarado el 11 de noviembre de 2014, se evidenció a 6 centímetros del margen anal una lesión exofítica infiltrativa de aspecto neoplásico, y meses después, con ocasión a la práctica de la rectosigmoidoscopia del 6 de mayo de 2015, se observó a 10 centímetros del margen anal una lesión de 2 cm de borde levantado ulcerada cubierta por fibrina.

De manera que, la hipótesis planteada en la demanda no desvirtúa lo dicho por el gastroenterólogo Dr. Ricardo Oliveros Wilches, porque obra consentimiento firmado, y además, en la historia clínica se dejó constancia de que le informaron los riesgos de la cirugía, y en la audiencia de pruebas del 23 de julio de 2020 se determinó que también le explicaron claramente sobre la posible afectación a su calidad de vida, inclusive que el galeno contaba con la suficiente experiencia para llevar a cabo el procedimiento, porque se vinculó al Instituto desde el 4 de enero 1989, y que a la fecha de cirugía contaba con más de 26 años de experiencia.

En la literatura médica se describe dicho procedimiento quirúrgico de la siguiente manera:

“(…) Cirugía del cáncer de recto

Generalmente la cirugía constituye el tratamiento principal contra el cáncer del recto. A menudo se administra radioterapia o quimioterapia antes o después de la cirugía. El tipo de cirugía depende de la etapa (extensión) del cáncer, donde está localizado, y el objetivo de la cirugía.

Una pieza clave de información necesaria antes de la cirugía es cuán cerca del ano se encuentra el tumor, lo cual influye en el tipo de cirugía a ser realizada. Esto también puede tener un efecto sobre el resultado en caso de que el cáncer se ha propagado hacia los músculos del esfínter en forma de anillos alrededor del ano que impiden la salida de la materia fecal hasta que dichos músculos se relajan durante una evacuación intestinal.

(…)

Resección abdominoperineal

Esta operación es más compleja que la resección anterior baja. Puede que se use para tratar algunos casos de cáncer en etapa I y muchos en etapa II y III que se encuentren en la parte inferior del recto (la parte cercana al ano). A menudo es necesaria cuando el cáncer se ha desarrollado hacia el músculo del esfínter (el cual mantiene el ano cerrado para impedir la salida de las heces fecales) o cuando el tumor está cerca de los músculos que ayudan a controlar el flujo de la orina (referidos como músculos elevadores).

En este procedimiento, el cirujano hace un corte o incisión (o varias incisiones pequeñas) sobre la piel del abdomen y otra en la piel alrededor del ano. Esto permite al cirujano extirpar el recto, el ano y los tejidos alrededor, incluyendo el músculo del esfínter. Debido a la extirpación del ano, se requerirá de una colostomía permanente (el extremo del colon se conecta a un orificio que se hace sobre la piel del abdomen) para permitir la expulsión de los residuos fecales del cuerpo.

Esta operación requiere el uso de anestesia general (uso de medicamentos para que el paciente se encuentre profundamente dormido durante el procedimiento). La mayoría de los pacientes pasará varios días en el hospital después de la cirugía, dependiendo de cómo se realizó la operación y de su estado general de salud. El periodo de recuperación en el hogar puede ser de tres a seis semanas. (...)”⁶⁹

Es claro, entonces, que esta técnica fue la empleada por el médico gastroenterólogo, Dr. Ricardo Oliveros Wilches, según lo manifestado por este profesional en su declaración rendida el 23 de julio de 2020, pues ante el tipo de tumor, no era posible la cirugía de forma laparoscópica, por cuanto era necesario hacerla de forma abierta, ya que el tumor era avanzado.

Entonces, es claro que este tipo de procedimientos se encuentra acorde a la *lex artis*, por lo tanto, no puede considerarse dicha secuela como un error médico dado que la misma literatura médica concibe como probables los siguientes efectos secundarios. Veamos:

“(…) Los posibles riesgos y efectos secundarios de la cirugía dependen de varios factores, incluyendo la extensión de la operación y el estado general de salud de la persona antes de la cirugía. Los problemas que se pueden presentar durante o poco después de la operación pueden incluir: sangrado debido a la cirugía, infecciones en el sitio de la cirugía y coágulos sanguíneos en las piernas.

Al despertar tras la cirugía, habrá algo de dolor y probablemente se necesitará de medicamentos contra el dolor durante varios días. Durante los primeros días, puede que no sea posible comer o que se permita el consumo limitado de líquidos, ya que el colon necesita tiempo para recuperarse. La mayoría de la gente puede volver a comer alimento sólido después de unos cuantos días.

Rara vez, puede que las nuevas conexiones entre los extremos del colon no logren adherirse originándose una fuga. Esto puede rápidamente generar un grave dolor abdominal, fiebre y una sensación de endurecimiento en la región estomacal. Puede que una fuga menor impida la evacuación de los intestinos, que se tenga pérdida del apetito y que no sea posible la recuperación tras la cirugía. Una fuga puede resultar en infecciones y puede que se requiera de cirugía para solucionar este problema. También es posible que la incisión en el abdomen se abra causando una herida abierta que demande de atención especial para que cicatrice.

⁶⁹ Consulta efectuada en dirección, <https://www.cancer.org/es/cancer/cancer-de-colon-recto/tratamiento/cirugia-rectal.html>

Después de la cirugía, usted puede presentar tejido cicatricial en el abdomen que cause que algunos órganos o tejidos se adhieran entre sí. Estos tejidos cicatriciales son denominados *adherencias*. Normalmente los intestinos pueden deslizarse con libertad dentro del cuerpo. En raras ocasiones, las adherencias pueden ocasionar que los intestinos se tuerzan pudiendo incluso bloquear los intestinos. Esto provoca dolor e inflamación en el estómago que a menudo empeora después de comer. Puede que se requiera de otra operación para eliminar el tejido cicatricial.

(...)

Función sexual y fertilidad

La cirugía rectal ha sido asociada a problemas con la función sexual y la calidad de vida tanto en hombres como en mujeres. Hable con su médico sobre cómo su cuerpo lucirá y funcionará tras la cirugía. Pregunte sobre el impacto que la cirugía tendrá sobre su vida sexual. Usted y su pareja deben saber lo que se puede esperar, por ejemplo:

En el caso de los hombres, una resección abdominoperineal puede impedir la erección o la capacidad de alcanzar el orgasmo. En otros casos, puede que el placer en el orgasmo sea menos intenso. El envejecimiento normal puede ocasionar algunos de estos cambios, pero éstos pueden empeorar debido a la cirugía.

Una resección abdominoperineal también puede afectar la fertilidad. Consulte con su médico si usted considera tener hijos en el futuro, ya que puede que haya maneras de lograr esto.

En el caso de las mujeres, por lo general una cirugía rectal (excepto la exenteración pélvica) no causa pérdida alguna de la función sexual. Las adherencias abdominales (tejido cicatricial) algunas veces pueden causar dolor o molestia durante el acto sexual. Si se extirpa el útero, el embarazo ya no es una posibilidad.

Puede que con una colostomía haya un impacto sobre la imagen corporal y sobre el nivel de aceptación en un contexto sexual tanto en hombres como en mujeres. Aunque puede que se requieran ciertos cambios, no debe impedir que disfrute de su vida sexual. (...)⁷⁰

En su declaración el médico gastroenterólogo Dr. Ricardo Oliveros Wilches, explicó que si el paciente no hubiera sido sometido al procedimiento él continuaría con el crecimiento del tumor, igualmente precisó que su expectativa de vida se vería disminuida, y que aun cuando le dio manejo con viagra no hubo una respuesta favorable, por lo que concluyó que en ello incidió el componente psicológico, sobre todo porque la lesión del nervio pudendo fue apenas parcial.

Entonces, resulta claro que existen diferentes causas probables de la lesión del nervio pudendo, luego sí con la cirugía fue afectado, ello no puede considerarse como un error del actuar del médico gastroenterólogo Dr. Ricardo Oliveros Wilches, pues puede ser un efecto secundario de la resección del tumor, lo cual es así aceptado en la literatura médica.

El médico gastroenterólogo que practicó la cirugía cuestionada insistentemente manifestó que este caso es excepcional, porque en su experiencia en el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., no es común que pueda considerarse como una consecuencia de la cirugía, la lesión del nervio

⁷⁰ Consulta efectuada en la dirección, <https://www.cancer.org/es/cancer/cancer-de-colon-o-recto/tratamiento/cirugia-rectal.html>

podendo. Por consiguiente, dejó claro que nunca su intención fue la de afectar un nervio, y que en la electromiografía post operatoria si bien se observa una lesión parcial del nervio pudendo, tampoco existe certeza que haya surgido como una complicación intraoperatoria.

Desde esta perspectiva no obra prueba alguna que demuestre que estos hallazgos obedezcan a una indebida ejecución de la resección anterior de recto vs. resección abdominoperineal, pues de la lectura de los conceptos médicos que invocan los demandantes, se advierte que no afirman que la lesión del nervio pudendo sea consecuencia de un error del actuar médico.

El Despacho señala que, en el resumen de atención del Hospital Universitario San Ignacio del 8 de marzo de 2016, contentivo de la consulta de urología, realizada por el Dr. José Miguel Silva Herrera, refirió la lesión de nervio pudendo, con un signo de interrogación, así:

“(…) MC: “LESION DEL NERVIO PUDENDO”

Enfermedad actual:

HACE 8 MESES RESECCION BAJA DE RECTO POR ADENOCA, DERIVADO CON COLOSTOMIA, EN CIRUGIA APARENTEMENTE LESION DE NERVIO PUDENDO?

(…)”⁷¹

De manera que, el urólogo puso el signo de interrogación al final del diagnóstico, así “?”, lo que pone en duda si la lesión del nervio pudendo fue consecuencia de la cirugía. Por ello, no se puede tener la certeza de la causa de la lesión aludida.

Ahora bien, la parte actora fundamenta la responsabilidad del Estado en los resultados de electromiografía del 1° de julio de 2016 analizados por la Dra. Sandra Milena Barrera⁷², quien concluyó una lesión parcial del nervio pudendo.

En criterio del Despacho ello denota que tales documentales demuestran un cambio de estructuras en el nervio pudendo, pero no se puede afirmar que fue causado por un error del actuar médico.

El Despacho no encuentra demostrado que este tipo de lesión obedezca a un error en el actuar médico, ya que la responsabilidad de la falla médica del servicio no puede surgir de conjeturas, sino de la valoración conjunta del material probatorio, lo que incluye, entre otros medios de prueba, la historia clínica, los testimonios recibidos y la literatura médica en este tipo de procedimientos.

En criterio del juzgado, la lesión fue parcial más no como lo afirman los demandantes, que aducen que fue total, luego la intensidad de la afectación aun no se tiene certeza si fue por las secuelas de la presencia del tumor en el recto, o de las consecuencias de las radioterapia o quimioterapia o de la cirugía, pues aun así, si se hubiera probado que se derivara de alguna de estas circunstancias, ello no prueba que fue por un error por parte del personal médico que participó en la cirugía del demandante para hacer la resección del tumor.

Aunado a ello, no se desconoce la situación por la cual atraviesa el demandante, pues no se puede ignorar que el trastorno depresivo se agudizó

⁷¹ Folio 5 del Cuaderno 2

⁷² Folios 182 a 184 del Cuaderno 3

con ocasión al diagnóstico, sin embargo, no es factible reconocer indemnización alguna por esta sintomatología, ya que existen diferentes factores estresores causantes de la patología, a lo que se suma el hecho que al no estar demostrada una falla en la práctica de la cirugía efectuada al demandante, no es posible calificar el cuadro depresivo como un daño antijurídico atribuible al Instituto Nacional de Cancerología E.S.E.

Lo dicho hasta el momento es suficiente para descartar la hipótesis de la demanda, relativa a que el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., causó un daño antijurídico al señor José Israel Rivera Acevedo por las secuelas que aparecieron con posterioridad a la intervención quirúrgica que su personal médico le practicó, pues está visto (i) que sí se firmó un consentimiento informado por parte del paciente, (ii) que la cirugía se realizó posterior a múltiples exámenes médicos y valoraciones por parte de médicos de diferentes especialidades, de todo lo cual participó el paciente, lo que supone su pleno conocimiento de la patología que lo aquejaba y de los pormenores y posibles efectos de la cirugía que le ofreció dicho instituto, (iii) que las secuelas relativas a la lesión del nervio pudiendo no está probado que se hayan causado por una falla en el procedimiento quirúrgico que se le practicó para reseca el tumor en su recto, puesto que la intervención quirúrgica se hizo bajo el método menos invasivo posible y el más recomendado por la medicina según el estado de la ciencia para la fecha en que se surtió, por el contrario, lo que sí está demostrado es que la afectación a la vida sexual está contemplado en la literatura médica como un posible efecto secundario de la resección abdominoperineal.

Es decir, que sí se probó un daño en la humanidad del señor José Israel Rivera Acevedo, pero no se acreditó que el mismo fuera antijurídico, dado que por tratarse de secuelas inherentes al complejo tratamiento oncológico o a la magnitud del cáncer de recto por encontrarse clasificado en un estadio III, sus efectos adversos deben ser asumidos por el accionante, sin que por lo mismo pueda la jurisdicción reconocerle el pago de una indemnización, pues no debe olvidarse que las obligaciones derivadas de este tipo de prácticas son de medios y no de resultados, lo que se traduce en que los profesionales de la salud tienen solamente la obligación de poner toda la ciencia, su conocimiento y experticia al servicio de los pacientes, sin que ello implique la garantía de un resultado exitoso; y, en el *sub lite*, se demostró que el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., puso al servicio del señor José Israel Rivera Acevedo todos sus equipos, laboratorios y sus mejores profesionales de la salud, para hacer la resección del tumor alojado en su recto, resultado que sí se obtuvo y que garantiza al paciente una expectativa de vida más alta.

La improsperidad de las pretensiones frente al Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., desde luego se extiende a la Nueva EPS S.A., frente a quien no se alegó, ni se podía alegar, una falla médica, como tampoco se acreditó que hubiera incurrido en demoras administrativas para aprobar la cirugía en cuestión, la que dicho sea paso, se hizo bajo criterios de calidad y oportunidad. Lo mismo aplica para la llamada en garantía, cuya responsabilidad, como se dijo al fijar el litigio, está subordinada al éxito de las pretensiones de la demanda, lo que no ocurrió.

6.- Costas

El artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, prescribe que la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y que cuando se establezca que la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal habrá lugar a ello. En este caso, al ponderar la argumentación del libelo introductorio, resulta razonable no imponer costas en

esta instancia, dado que la parte actora decidió instaurar la demanda bajo una hipótesis que no puede considerarse descabellada.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Treinta y Ocho Administrativo Oral – Sección Tercera del Circuito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de “Falta de legitimación en la causa por pasiva” respecto del **MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL**.

SEGUNDO: DENEGAR las pretensiones de la demanda de **REPARACIÓN DIRECTA** promovida por **JOSÉ ISRAEL RIVERA ACEVEDO** y **ADRIANA MORENO** contra el **INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA E.S.E.** y la **NUEVA EPS S.A.**

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: ORDENAR la liquidación de los gastos procesales, si hay lugar a ello. Una vez cumplido lo anterior **ARCHÍVESE** el expediente dejando las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE Juez 38 Administrativo Bogotá D.C.

DMAP

DEMANDANTE:	ginadueortiz@hotmail.com;
DEMANDADOS:	secretaria.general@nuevaeps.com.co; notificacionesjudiciales@cancer.gov.co; notificacionesjudiciales@minsalud.gov.co; dcalderon@minsalud.gov.co; svelandia@minsalud.gov.co; ocarreno@cancer.gov.co; avanzar.a.c@gmail.com; milciadesnova77@gmail.com; notificacionesjudiciales@previsora.gov.co; contactenos@previsora.gov.co; radicaciones@litigando.com; correos@litigando.com; angela.urrego@litigando.com; nicolas.jimenez@litigando.com; sandra.yaquen@litigando.com; laborales.bogota4@gmail.com; albertogarciacifuentes@outlook.com; nuevaeps@gmail.com; abcm.notificacionesjudiciales@gmail.com; maconsu.2001@gmail.com;
ANDJE:	procesos@defensajuridica.gov.co;
MIN. PÚBLICO	mferreira@procuraduria.gov.co;

Firmado Por:

HENRY ASDRUBAL CORREDOR VILLATE
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 038 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTA-CUNDINAMARCA

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: **d3b863ca115da6b22aa942dcaba299d1a2811ac0311d66a3ba9e10b1fa94d948**
Documento generado en 07/07/2021 03:49:59 PM

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