



**RAMA JURISDICCIONAL
JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

REPÚBLICA DE COLOMBIA

**JUZGADO TREINTA Y DOS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-**

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

Expediente: 110013336032201300379 00

Demandantes: MARÍA ELENA BECERRA MARÍN y OTROS

Demandados: INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA E.S.E. y
llamados en garantía LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE
SEGUROS y SALUDCOOP E.P.S.

Asunto: REPARACIÓN DIRECTA

SENTENCIA N° 43

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control sin que se observen causales de nulidad, el Juzgado en primera instancia dictará la sentencia que en derecho corresponda dentro del radicado de la referencia instaurado por MARÍA ELENA BECERRA MARÍN, SANDRA PATRICIA BECERRA MARÍN, MONICA FERNANDA BECERRA MARÍN, ESTEFAN VILLALOBOS y PABLA HERRERA quienes actúan en nombre propio.

I. ANTECEDENTES

1. HECHOS:

- A mediados del año 2007, la EPS Saludcoop, empezó a tratar al paciente Estefan Becerra Rodríguez, de una masa que le salió al lado izquierdo del cuello y con quimioterapia y radioterapia, se logró destruirla y eliminarla.
- El 24 de junio de 2009, la Junta Médica de la EPS Saludcoop, integrada por los médicos Juan Carlos Fonseca y Guillermo Alfonso Rivera Romero, decidió remitir al paciente Estefan Becerra Rodríguez, al Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., para que fuera tratado de manera urgente la enfermedad que le comprometía la región mandibular.
- Los especialistas de la EPS Saludcoop, remitieron al paciente al Instituto Nacional de Cancerología, con el resumen de la Historia Clínica y los demás documentos de rigor.

- El Instituto Nacional de Cancerología, le dio cita al paciente Estefan Becerra Rodríguez, para el día 03 de julio de 2009, es decir, 8 días después de haber sido remitido por la EPS Saludcoop, donde fue atendido por unos residentes que trabajaban allí y por el médico Juan De Francisco Zambrano.
- En esa primera cita el Dr. José Agustín Caraballo del Departamento de Cabeza y Cuello del Instituto diligenció la Historia Clínica del paciente Estefan Becerra Rodríguez.
- En la misma consulta el paciente Estefan Becerra Rodríguez, y su hija Mónica Fernanda Becerra Marín, quien lo acompañaba le explicaron al médico José Agustín Caraballo, todo lo sucedido en la EPS Saludcoop y le hicieron entrega de la Historia Clínica remitida.
- El día 14 de diciembre de 2009, se reunió la Junta Médica del Instituto Nacional de Cancerología y programó para el día 5 de abril de 2010, la intervención quirúrgica que se le debía practicar al paciente Estefan Becerra Rodríguez.
- El día 5 de abril de 2010, el paciente Estefan Becerra Rodríguez, se presentó al Instituto Nacional de Cancerología para que le practicaran la intervención quirúrgica programada y le manifestaron que no podían operarlo por cuanto no había cama disponible en la Unidad de Cuidados Intensivos -UCI, sin importar el estado en que se encontraba el paciente.
- Frente a dicha decisión su hija Mónica Fernanda Becerra Marín, intervino y le reprogramaron la intervención quirúrgica al paciente BECERRA RODRIGUEZ, para el día 12 de mayo de 2010.
- El día 12 de mayo de 2010, el paciente Estefan Becerra Rodríguez, se presentó al Instituto Nacional de Cancerología, para que se le practicará la intervención quirúrgica programada y le manifestaron que no se la podían practicar por lo avanzado de la enfermedad.
- Entre el día 24 de junio de 2009 y el día 12 de mayo de 2010, el Instituto demandado le manifestó al paciente Estefan Becerra Rodríguez, y a sus familiares que no le podían practicar la intervención quirúrgica por lo avanzado de la enfermedad, transcurrieron más de 10 meses.
- El Instituto Nacional de Cancerología, no le practicó la intervención Quirúrgica al paciente Estefan Becerra Rodríguez, por negligencia, por cuanto el día 24 de junio de 2009, fue remitido por la EPS Saludcoop, para que fuera atendido en forma urgente.
- El paciente Estefan Becerra Rodríguez, falleció el día 05 de marzo de 2011, como consecuencia de la enfermedad que venía padeciendo y que no fue atendida por el Instituto demandado.
- El fallecido Estefan Becerra Rodríguez, formuló queja formal sobre la negligencia del Instituto Nacional de Cancerología, para atender su enfermedad a las siguientes entidades: Tribunal Comité de Ética Médica, Ministerio de la Protección Social, la EPS - Saludcoop, Superintendencia Nacional de Salud y al Instituto Nacional de Cancerología con fecha 13 de agosto de 2010.

2. PRETENSIONES

Como consecuencia de lo anterior, el apoderado de la parte actora solicita se acceda a las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA: Que se declare administrativamente responsable al INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGIA E.S.E., por el fallecimiento del señor ESTEFAN BEEERRA RODRIGUEZ, por falta de prestación del servicio médico por la no practica de la intervención QUIRURGICA programada.

SEGUNDA: Como consecuencia de lo anterior, declarar que la demandada es administrativamente responsable de los perjuicios morales subjetivados-PRETIUM DOLORIS, sufridos por los demandantes por el fallecimiento del señor ESTEFAN BECERRA RODRIGUEZ, derivados de la falta de prestación del servicio médico, por parte de la accionada.

TERCERA: Condenar a la demandada a título de reparación directa a pagar a los demandantes los perjuicios morales subjetivados sufridos por el fallecimiento del señor ESTEFAN BECERRA RODRIGUEZ, así:

a.-MARIA ELENA BECERRA MARIN, en su calidad de hija, perjuicios morales equivalentes a 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, que arroja la suma de \$ 294'850.000,00 M/CTE.

b.-SANDRA PATRICIA BECERRA MARIN, en su calidad de hija, perjuicios morales equivalentes a 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, que arroja la suma de \$ 294'850.000,00 M/CTE.

c.-MONICA FERNANDA BECERRA MARIN, en su calidad de hija, perjuicios morales equivalentes a 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, que arroja la suma de \$ 294'850.000, 00 M/CTE.

d.-ESTEFAN BECERRA VILLALOBOS, en su calidad de hijo, perjuicios morales equivalentes a 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, que arroja la suma de \$ 294'850.000,00 M/CTE.

e.-PABLA HERRERA, en su calidad de compañera permanente, perjuicios morales equivalentes a 500 salarios monimos (sic) legales mensuales vigentes, que arroja la suma de \$ 294'850.000,00 M/CTE.

TERCERA: En subsidio se solicita que los perjuicios morales sean determinados por la Corporación en forma prudente, con valoración de los daños irrogados atendiendo los principios de reparación integral, equidad y observancia de los criterios técnicos actuariales.

CIARTA: La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los Arts. 176 y 177 del C.C.A.

QUINTA: Condenar en costas a la entidad demandada".

3. TRÁMITE PROCESAL

1. La demanda fue radicada el 01 de marzo de 2013 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (flo. 13 c. 1), quien mediante auto de fecha 01 de abril de 2013 declaró su falta de competencia funcional para conocer de este asunto y ordenó remitir el expediente a los Juzgados Administrativos de Bogotá (fls. 15-16 c. 1), correspondiéndole por reparto a este Despacho Judicial según acta individual del 7 de mayo de 2013 (flo. 18 c. 1).
2. Mediante auto de fecha 29 de mayo de 2013 la demanda fue inadmitida (flo. 23 c. 1), y con proveído del 24 de julio de 2013 se admitió el presente medio de control

(flo. 34 c. 1) y notificada a la demandada mediante correo electrónico el 29 de enero de 2014 (flo. 35 c. 1), quien presentó la contestación a la misma dentro del término legal (fls. 49-84 c. 1).

3. Con escritos del 01 de abril de 2014, Instituto Nacional de Cancerología E.S.E llamó en garantía a SALUDCOOP EPS y a la Compañía de Seguros LA PREVISORA S.A.; por auto del 01 de octubre de 2014 se aceptó los llamamientos en garantía (fls. 88-89), siendo notificadas a las llamadas en garantía por correo electrónico el 24 de noviembre de 2014 (fls. 91-91 c. 1.) y por correo certificado el 16 de enero de 2015 (fls. 98-103 c.1.), la Previsora S.A. Compañía de Seguros contestó en tiempo el llamamiento en garantía (fls. 110-143 c 3) y frente a SALUDCOOP EPS se tuvo por no contestado el llamamiento en garantía.
4. La audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 se celebró el 6 de agosto de 2015 (fls. 143-147 c. 1), en la cual se decretaron las pruebas documentales, testimoniales y pericial, solicitadas por las partes.
5. Durante los días 20 de octubre de 2015 (Fls. 185-186 c.1), 9 de noviembre de 2016 (fls. 232 - 234 c.1), y 8 de junio de 2017 (fls. 241-244 c.1), se desarrolló la audiencia de pruebas establecida en el artículo 181 de la ley 1437 de 2011. En esta última se dió por concluida la etapa probatoria y se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión; facultad de la que hicieron uso el Instituto Nacional de Cancerología (fls. 245-252 c. 1), La Previsora S.A. Compañía de Seguros y la parte actora (fls. 280 - 281).

II. PLANTEAMIENTOS JURÍDICOS DE LAS PARTES

➤ PARTE DEMANDANTE

Manifiesta que el Instituto Nacional de Cancerología quebrantó las disposiciones contenidas en los artículos 2 y 90 de la Constitución Política, por cuanto estaba en la obligación de proteger al paciente ESTEFAN BECERRA RODRÍGUEZ, en su vida practicándole en forma oportuna la intervención quirúrgica programada, en la región mandibular, para la que fue remitido por la ESE - SALUDCOOP, el día 24 de junio de 2009.

Indica que la responsabilidad del Instituto demandado se deriva en la omisión en la prestación del servicio asistencial, por la no práctica de la intervención quirúrgica al paciente ESTEFAN BECERRA RODRÍGUEZ, durante el tiempo comprendido entre el día 24 de junio de 2009, fecha de remisión por la ESE-SALUDCOOP y el día 12 de mayo de 2010, cuando era requerida para la protección de su salud y desde luego de su vida.

Expone que la omisión se tipifica en el hecho de no haberle practicado al paciente ESTEFAN BECERRA RODRÍGUEZ, la intervención quirúrgica programada y que se requería para aliviarlo de las dolencias que padecía y que con tal finalidad fue remitido por la ESP - SALUDCOOP al Instituto demandado para que con especialistas en la enfermedad que afectaba al paciente fuera tratado urgentemente, servicio asistencial que no fue prestado por la entidad demandada, derivándose la responsabilidad médica de la no prestación del servicio quirúrgico al paciente, cuando ésta había sido requerida y existía el deber del Instituto demandado prestarla.

- **PARTE DEMANDADA: INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA E.S.E.**

Se opone a la prosperidad de todas y cada una de las declaraciones por carecer de fundamentos fácticos, probatorios y legales y a la declaración de la responsabilidad pretendida frente al Instituto Nacional de Cancerología ESE, teniendo en cuenta que dentro de la atención que se describe y se demanda no se erigen elementos para estructurarla, por el contrario el comportamiento del usuario, de su familia, de la EPS y de las IPS, que atendieron al paciente permitieron que la enfermedad avanzara colocando al paciente en una situación de riesgo, cuando asistió al Instituto el cáncer se había propagado y avanzaba rápidamente por lo tanto es imputable a las entidades que lo atendieron fuera del Instituto.

Indica que no se debe condenar ni reconocer u ordenar el pago de una indemnización integral ya que nunca se presentó falla en el servicio médico por omisión u acción o alguna otra conducta que haya colocado en grave riesgo la vida e integridad personal del señor ESTEFAN BECERRA RODRÍGUEZ, otro asunto muy diferente es la evolución de la enfermedad que la familia y el mismo paciente sabían de las consecuencias de su diagnóstico enfermedad grave (cáncer), paciente que fue fumador la gran parte de su vida por cuarenta años como consta en la Historia Clínica.

Arguye que en relación con lo manifestado por los demandantes y la forma como quieren ligar la responsabilidad con unos supuestos daños morales y materiales que no tienen fundamento para crear el nexo causal no corresponde a la realidad, pues en lo que concierne al INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA ESE y las anotaciones de la historia clínica el paciente tenía un diagnóstico bastante delicado que fue tratado por fuera del Instituto por la EPS SALUDCOOP, en sus clínicas u otros centros de atención desde el año 2007, por lo que se desconoce el tratamiento instaurado, por lo que no es posible que se indilgue responsabilidad en el fallecimiento del señor Estefan Becerra Rodríguez, porque no existen los elementos que generan tal responsabilidad, por lo que es claro que el tratamiento ofrecido en el Instituto fue correcto sin embargo por la misma evolución de la enfermedad no se pudo controlar.

Argumenta que acorde con lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, no puede hablarse de la existencia de un daño que merezca resarcimiento patrimonial por parte del Estado, pues, en esta ocasión, la actividad lícita desplegada por el Instituto Nacional de Cancerología ESE, estuvo debidamente avalada por un vínculo jurídico que implicaba el deber jurídico de soportarse por las circunstancias de la afección sufrida por el señor Estefan Becerra Rodríguez (cáncer de base de lengua enfermedad grave.).

Aclara que en ningún momento el Instituto Nacional de Cancerología ha querido, ni mucho menos ha pretendido causar perjuicios materiales y morales a ninguno de sus pacientes y en especial al señor Estefan Becerra Rodríguez, por el contrario su único objetivo y misión, que desarrolla diario, es la preservación de la vida o en el peor de los casos el tratar de sobrellevar de la mejor manera, la dignidad de las personas que en nuestro país desean vivir y cumplir con su metas, al verse enfrentados a una enfermedad catastrófica como lo es el cáncer, colocando todos los servicios, tecnología y personal que sea necesario para dar el cuidado que corresponda a sus distintos pacientes.

Concluye que el Instituto agotó con diligencia y exhaustividad el tratamiento pertinente y el procedimiento fue adecuado, oportuno, diligente y se enmarcó dentro de la *lex artis*, teniendo en cuenta las condiciones de la enfermedad del paciente, se ofrecieron alternativas de tratamiento y se instauraron otras y en ningún momento se demuestra el nexo de causalidad y la consecuente falla en el servicio, por lo que solicita negar todas y cada una de las pretensiones hechas por los demandantes.

➤ **Llamada en Garantía: LA PREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.:**

Manifiesta que se opone parcialmente a la pretensión del llamado en garantía formulado por el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., como quiera que las coberturas otorgadas por el contrato de seguros únicamente se pueden afectar en el evento en el que se declare la responsabilidad del Instituto por los hechos que dieron origen a la presente acción, y en todo caso las coberturas se ciñen a los estrictos términos definidos en los respectivos condicionados particulares y generales.

Señala que el régimen de responsabilidad médica establecido en nuestro ordenamiento, descansa sobre la base del sistema de culpa o falla probada. Es así cómo, para endilgar responsabilidad patrimonial a partir de la prestación del servicio médico u hospitalario en un caso concreto, es necesario que el actor demuestre, fehacientemente la culpa o falla incurrida por el agente que prestó el servicio, esto es, la falta cometida por el mismo, a fin que los daños derivados causalmente de dicha falta probada le sean imputables al agente.

Indica que el médico y la institución médica prestadores del servicio, tienen frente al paciente la obligación de medio de proveer todos los medios técnicos y humanos a su alcance para propender por la sanción del paciente, pero claramente su obligación no implica en que el médico o la institución médica correspondiente, deban necesariamente lograr ese resultado esperado, esto es, obtener la efectiva curación del paciente antes o después del tratamiento médico, la cual resulta ajena al agente, puede conducir a que no se alcance ese resultado, en cuyo caso, la no producción del resultado esperado, no puede por ende resultar imputable al médico, si este puso a disposición del paciente todos los medios y herramientas a su alcance para tal fin.

Destaca que la carga probatoria frente a la responsabilidad derivada de la prestación del servicio médico, se aplica tanto en casos de responsabilidad generada a partir del diagnóstico o tratamiento del paciente por parte del médico tratante, como en casos de responsabilidad generada a partir de la prestación del servicio hospitalario, por parte de la entidad correspondiente. Así las cosas, también en los casos en que se pretende la declaratoria de responsabilidad a cargo de una Institución Médica a partir del servicio hospitalario suministrado por la misma, es necesaria la prueba de la culpa o falta incurrida por el personal de la entidad, en la prestación del servicio.

Resalta que en el caso concreto no se percibe nexo de causalidad alguno entre la conducta desarrollada por el personal médico adscrito al Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. y la muerte del señor Estefan Becerra Rodríguez, como quiera que, el personal médico adscrito al Instituto Nacional de Cancerología le brindó al paciente todos los cuidados necesarios desde su ingreso a dicha entidad y agotaron todos los procedimientos respectivos para atender al paciente con vida a pesar del deteriorado estado de salud en el que se encontraba al momento de su transferencia

al Instituto debido al cáncer que padecía previamente diagnosticado, y a pesar de las lesiones de quimioterapia y radioterapia a las que era sometido.

Arguye, que el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. cumplió con todos los deberes de atención frete al paciente, sin éxito, frete al deteriorado estado de salud de éste causado por la grave enfermedad que padecía desde hace años en su garganta, ocasionada por su abuso al cigarrillo.

- **Llamada en Garantía: SALUDCOOP EPS.** La demanda se tuvo por no contestada conforme al proveído del 04 de marzo de 2015, el cual se encuentra en firme.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

➤ PARTE DEMANDANTE

Indica que la responsabilidad por falta en la prestación del servicio médico en que incurrió el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. y los llamados en garantía LA Previsora S.A. Compañía de Seguros y Saludcoop E.P.S., se demuestra con el dictamen pericial rendido por el Dr. Gabriel Sánchez de Guzmán, en el que se concluye no actuaron de manera diligente, prudente e idónea, en el tratamiento de la enfermedad que padecía el señor Estefan Becerra Rodríguez y por lo tanto no se realizó todas las actuaciones necesarias para proteger la vida del paciente fallecido.

Reitera que la responsabilidad por falla en la prestación del servicio médico, se configura en el hecho que las demandadas no le practicaron al paciente, la intervención quirúrgica que requería urgente para aliviarlo de las dolencias que padecía y que con tal finalidad fue remitido por la EPS SALUDCOOP al Instituto de Cancerología.

Manifiesta que el fallecimiento del paciente Estefan Becerra Rodríguez, le originó a los hijos y compañera permanente, sentimientos de dolor, tristeza y angustia, que constituyen perjuicios del orden moral y extra patrimonial, los cuales deben ser reparados por las demandadas a favor de los demandantes, por lo que solicita despachar favorablemente las suplicas de la demanda, por contar con fundamentos fatigos y jurídicos.

PARTE DEMANDADA: INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA E.S.E.

Reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda e indica que la enfermedad fue tratada extra institucional, pero que al ingreso al instituto, el paciente nunca aportó los antecedentes del tratamiento recibido en otras instituciones, por lo que no se pudo establecer la enfermedad, su evolución y si el tratamiento ofrecido fue el correcto.

Manifiesta que de lo allegado al expediente se observa que el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. cumplió con sus obligaciones constitucionales y legales, utilizó los medios disponibles para atender la enfermedad, por lo que se hace evidente que no existe responsabilidad de los médicos ni del Instituto Nacional de Cancerología, pues se actuó de acuerdo con lo establecido para el manejo de este tipo de enfermedades, nunca se negó la atención médica, muy por el contrario fue la EPS Saludcoop, la que se demoró en la expedición de sus autorizaciones.

Aclara que los demandantes no argumentaron el nexo de causalidad, entre los hechos y el daño producido y que supuestamente fueron originados por la atención recibida por el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., por el contrario la entidad actuó de manera diligente, oportuna, conforme a los protocolos y de acuerdo de la LEX ARTIS.

Argumenta que de las pruebas decretadas y recaudadas, no se establece responsabilidad alguna por parte del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. y como los demandantes no allegaron prueba pericial para determinar la gravedad, evolución, tratamiento y demás causas que generaron los padecimientos del señor Estefan Becerra, que no fueron por acción u omisión del Instituto, por lo que solicita se desestimen los argumentos y pretensiones de la demanda por carecer de sustento fáctico, jurídico y probatorio.

➤ **Llamada en Garantía: LA PREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.:**

Reitera los argumentos expuestos en la contestación del llamado en garantía y manifiesta que es improcedente responsabilizar a la entidad por la muerte del paciente, en la medida que se le brindaron todos los cuidados necesarios desde el momento de su ingreso a la entidad y a pesar de su estado de salud causado por el cáncer de base de lengua que padecía desde el año 2007.

Indica que a partir de las pruebas recaudadas dentro del proceso no existe la suficiente certeza que el hecho dañoso ha sido el origen del daño sufrido por el tercero, el nexo causal no revestirá la aptitud para generar responsabilidad civil en cabeza del agente.

Señala que en el caso concreto, no se debe descartar la existencia de una causa extraña, particularmente un hecho de un tercero responsable del hecho dañoso, toda vez que de conformidad a los hechos que dieron origen al presente litigio, la E.P.S. SALUDCOOP generó retrasos en las autorizaciones de servicios para el paciente ESTEFAN BECERRA RODRÍGUEZ, lo cual, posiblemente le generó un empeoramiento al estado de salud del paciente. Esto teniendo en cuenta que evidentemente el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. está sometido a unos procedimientos administrativos por parte de la E.P.S. SALUDCOOP para poder proceder al tratamiento, por lo que se presenta una completa exoneración de eventual responsabilidad por causa extraña, adicionalmente al rompimiento del nexo de causalidad, que no es otra que el hecho de un tercero, por parte de la entidad E.P.S. SALUDCOOP.

➤ **MINISTERIO PUBLICO**

No emitió concepto jurídico.

III. PRUEBAS

Conforman el acervo probatorio las siguientes documentales:

- Registro Civil de Defunción del señor Estefan Becerra Rodríguez, fallecido el 5 de marzo de 2011, (flo. 1 c. 2).
- Copia simple del registro civil de nacimiento de Mónica Fernanda Becerra Marín (flo. 3 c. 2).

- Copia simple del registro civil de nacimiento de Sandra Patricia Becerra Marín (flo. 4 c. 2).
- Copia simple del registro civil de nacimiento de Estefan Becerra Villalobos (flo. 5 c. 2).
- Resumen de la historia clínica N°. 149246 correspondiente al paciente Estefan Becerra, de fecha 9 de agosto de 2010 (fls. 6-13 c.2).
- Quejas formales presentadas ante el Tribunal de Ética Médica de Bogotá, Ministerio de la Protección Social, E.P.S. - SALUDCOOP, Superintendencia Nacional de Salud y el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. (fls. 14-52 c. 2).
- Certificación expedida por la Procuraduría 127 judicial II Administrativa, que declaró fracasada la conciliación, (fls. 53 - 54 c. 2).
- Copia con fecha de radicación en el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. de la solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación (fls. 152 - 158 c. 2).
- Certificación en la que se indica que bajo el número 9246415 se encuentra registrado el nacimiento de María Elena Becerra Marín nacida el 10 de julio de 1969 (173 c.1).
- Copia auténtica de los registros civiles de nacimiento de Mónica Fernanda Becerra Marín, Sandra Patricia Becerra Marín y Estefan Becerra Villalobos (fls. 174-176 c. 1).
- Copia con sello de radicación de la petición reclamación de indemnización de perjuicios radicada ante la Procuraduría General de la Nación y puesta en conocimiento ante el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. (fls. 177-182 c. 1).
- Testimonio de los señores Guillermo Alfonso Rivera Romero, Carlos Cesar Mosquera y Ana Rosa Manosalva Rojas, igualmente el interrogatorio de parte de la señora Pabla Herrera, recepcionados en audiencia de pruebas celebrada el 20 de octubre de 2015 (fls. 185-186 c. 1).
- Dictamen pericial emitido por el Médico Cirujano Gabriel Sánchez De Guzmán, en el cual se resuelve el cuestionario solicitado por el apoderado del Instituto Nacional de Cancerología, e igualmente se hizo contradicción a dicho dictamen en audiencia de pruebas celebrada el 8 de junio de 2017, (fls. 191-206 c. 1).
- Certificaciones de disponibilidad del valor asegurado de la Póliza de Responsabilidad Civil por ocurrencia Nos. 1005315, 1010422 y 1008508, Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. y copia auténtica del clausulado RCP-006-3 de la póliza No. 1008508 (fls. 207-220 c.1).
- Copia simple del concepto emitido por el doctor Juan Francisco Zambrano, médico especialista del servicio de cabeza y cuello del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. (fls. 2779178 c.5).

- Copia auténtica del contrato de prestación de servicios asistenciales suscrito entre la EPS SALUDCOOP y el INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA E.S.E. desde el 01 de marzo de 2009 con una duración de 12 meses (fls. 278-276 c.5).
- Copia auténtica de la historia clínica del señor Estefan Becerra Rodríguez, que corresponde a la impresión legible, completa y clara, emitida por el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. (fls. 1-259 c.5).
- Certificado de existencia y representación legal de La Previsora Compañía de Seguros S.A., expedido por la Superintendencia Financiera, (flo. 145 c. 3).
- Copia auténtica de la póliza de responsabilidad civil No. 1005315 con sus condiciones particulares y generales (fls. 146-157 c. 3).
- Copia auténtica de la póliza de responsabilidad civil No. 1010422 con sus condiciones particulares y generales (fls. 158-168 c. 3).
- Copia de póliza de responsabilidad civil No. 1008508 (fls. 169-177 c.3).

IV. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

Se circunscribe a determinar si el INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA E.S.E., las llamadas en garantía LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS y SALUDCOOP E.P.S., son o no administrativa y solidariamente responsables, de los perjuicios ocasionados a los demandantes como consecuencia del fallecimiento del señor ESTEFAN BECERRA RODRÍGUEZ (q.e.p.d.) acaecido el 5 de marzo de 2011. De demostrarse lo anterior, que título de imputación se presentaría y cuál sería la reparación para cada uno de ellos.

2. ASPECTOS PROCESALES

Analizado nuevamente el expediente no encuentra el Despacho alguna excepción previa que deba estudiar y/o decretar, por lo que se entra a resolver el problema jurídico planteado, conforme lo dispone el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

3. ASPECTOS SUSTANCIALES

3.1 La responsabilidad patrimonial del Estado.

El artículo 2° de la Constitución Política establece que *"Son fines esenciales del Estado, servir a la Comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; (...) Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares"*.

La responsabilidad del Estado que genera reparación o indemnización de perjuicios, es la que se deriva de la acción o la omisión de las autoridades que hayan causado un

daño antijurídico, según se desprende del artículo 90 de la Constitución Política; luego, no todo daño que puedan sufrir los administrados tiene vocación indemnizatoria, según lo ha sostenido en numerosos pronunciamientos el Consejo de Estado y así se deduce fácilmente del texto constitucional.

En materia de responsabilidad extracontractual patrimonial del Estado y en virtud del mencionado artículo 90, para que se pueda condenar a la administración por el daño ocasionado, es indispensable que se acrediten dos presupuestos a saber:

1. La existencia de un daño antijurídico
2. La imputación de ese daño antijurídico al Estado

Entendiéndose el primero como aquél que el administrado no está obligado a soportar por una disposición legal, el cual es independiente de que la causa o hecho generador sea lícito o ilícito o que haya ocurrido por una conducta dolosa o culpable que deba ser sancionada, sino por el deterioro o menoscabo patrimonial que se deba resarcir al perjudicado. La mirada del constituyente, dice la doctrina, se trasladó del autor o conducta generadora del daño, hacia la víctima.

En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial constitucional señala que la:

“(...) antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”¹.

Por su parte, es fundamental que el daño sea imputable al Estado, que exista un título jurídico de imputabilidad que permita atribuirle a la entidad la obligación de resarcir el daño por las acciones y omisiones que generaron ese daño. Se habla entonces de responsabilidad: *i)* de naturaleza objetiva (tales como el daño especial o el riesgo excepcional) y, *ii)* por falla administrativa (subjetiva) siempre y cuando de los hechos y de las pruebas allegadas al proceso se encuentre acreditada la misma.

En resumen, se presentan de la siguiente manera:

- *Régimen objetivo por daño especial:* se presenta cuando el daño se produjo como consecuencia del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas.
- *Régimen objetivo por riesgo excepcional:* se presenta cuando el daño proviene o de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos.
- *Régimen subjetivo de la falla del servicio:* se presenta cuando el daño surge de una irregularidad administrativa.

3.2. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD – FALLA PROBADA DEL SERVICIO.

¹ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, respecto del régimen de responsabilidad aplicable en los casos en que se cuestiona la atención médica suministrada a un paciente, ha hecho una transición entre los conceptos de falla presunta y falla probada, constituyendo en la actualidad la posición consolidada en esta materia, aquella según la cual **es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria.**

Tal evolución jurisprudencial ha sido explicada en reiteradas ocasiones por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en los siguientes términos:

"2.1.- La responsabilidad del Estado por los daños causados como consecuencia de la prestación de los servicios de salud².

La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha desarrollado algunas modulaciones en cuanto tiene que ver con el régimen de responsabilidad aplicable a supuestos como el que en este proceso se examina, en especial por cuanto tiene que ver con el reparto de la carga de la prueba entre las partes; de la anotada evolución ha dado cuenta la propia Sala en los siguientes términos:

"En relación con el tema de la responsabilidad del Estado por la prestación de los servicios de salud, la Sala otrora manifestó que se trataba de un asunto que debía resolverse como falla del servicio probada, pues las obligaciones asumidas por el prestador del servicio eran de medio y no de resultado. Esta tesis fue modificada en sentencia del 30 de julio de 1992³, en la cual la Sala expresó:

"Por norma general corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal es el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales e institucionales, etc., en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicas profesionales sobre los cuales se edifican los cargo que por imprudencia, negligencia o impericia formula en el ejercicio de una determinada acción judicial, contra una institución encargada de brindar servicios médicos u hospitalarios.

Sin duda, resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general, resolver esta clase de conflictos, si en lugar de someter al paciente, normalmente el actor o sus familiares, a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueran éstos, los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan. (...)"⁴.

En sentencia del 10 de febrero de 2000, esta Sala re-estudió la anterior posición y precisó:

"En relación con esta posición, reiterada por la jurisprudencia de esta Sala a partir de la expedición del fallo citado, se considera necesario precisar que, si bien tiene

² En similares términos consultar, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2011, Exp. 18.793.

³ Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp. 6782. Sentencia del 30 de julio de 1992. M.P.: Daniel Suárez Hernández.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2011, Exp. 18.793.

origen en el llamado principio de las cargas probatorias dinámicas - cuya aplicación, aunque no tiene sustento en nuestra legislación procesal, puede decirse que encuentra asidero suficiente en las normas constitucionales que relieves el principio de equidad - ha resultado planteada en términos tan definitivos que se ha puesto en peligro su propio fundamento. En efecto, el planteamiento ha llevado a aplicar, en todos los casos de daño causado en desarrollo de la prestación del servicio médico asistencial, la teoría de la falla del servicio presunta, exigiéndosele siempre a las entidades públicas demandadas la prueba de que dicho servicio fue prestado debidamente, para poder exonerarse de responsabilidad.

Resulta, sin embargo, que no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas o científicas. Habrá que valorar, en cada caso, si éstas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, sin duda, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio.

Así las cosas, la tarea del juzgador resulta más ardua y exigente, pues es él quien debe establecer, en cada caso, cuál de las partes se encuentra en condiciones más favorables para demostrar cada uno de los hechos relevantes, en relación con la conducta del demandado, para adoptar la decisión. (...)»⁵

En este orden de ideas, la Sala ha concluido que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial será carga de la parte demandante, a menos que aquélla resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y dicha carga se torne, entonces, excesiva. Sólo en eventos como estos y de manera excepcional, la Sala⁶ ha considerado procedente la inversión del deber probatorio, previa la inaplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil -que obligaría a la parte actora a probar siempre el incumplimiento por el demandado de su deber de prestar debidamente el servicio mencionado-, por resultar la regla en él contenida, en el respectivo caso concreto, contraria a la equidad, prevista en el artículo 230 de la Constitución Política como criterio auxiliar de la actividad judicial⁷ (énfasis añadido)⁸.

La justificación de la conveniencia de retornar a la postura en virtud de la cual la responsabilidad del Estado en asuntos como el sub examine debe juzgarse en aplicación de un régimen de falla en el servicio probada fue expuesta por la Sala en los siguientes términos:

“Posteriormente, la Sala cuestionó la aplicación generalizada de la presunción de la falla del servicio y señaló que dicha presunción no debía ser aplicada de manera general sino que en cada caso el juez debía establecer cuál de las partes estaba en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia. Dijo la Sala:

“...no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas y científicas. Habrá que valorar en cada caso, si estas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación

⁵ Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp. 11878. Sentencia del 10 de febrero de 2000. M.P.: Alier Hernández Enríquez.

⁶ Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp. 14696. Sentencia del primero de julio de 2004. M.P.: Alier Hernández Enríquez.

⁷ Nota original de la sentencia citada: Sobre la aplicación de la equidad como criterio auxiliar de la actividad judicial, que permite la corrección de la ley para evitar una consecuencia injusta no prevista por el legislador, ver sentencias de la Corte Constitucional C-1547 de 2000 y SU-837 de 2002.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de agosto de dos mil seis (2006); Expediente número: 15.283. En el mismo sentido, puede verse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007; Radicación: 080012331000199603797 01; Expediente: 15.895.

*se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio*⁹.

Sin embargo, se advirtió en la práctica jurisprudencial que la aplicación de esa regla probatoria traía mayores dificultades de las que podría ayudar a solucionar, pues la definición de cuál era la parte que estaba en mejores condiciones de probar determinados hechos relacionados con la actuación médica, sólo podía definirse en el auto que decretara las pruebas y nunca en la sentencia. Lo contrario implicaría sorprender a las partes atribuyéndoles los efectos de las deficiencias probatorias, con fundamento en una regla diferente a la prevista en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, en un momento procesal en el que ya no tenían oportunidad de ejercer su derecho de defensa aportando nuevas pruebas.

Pero, señalar en el auto de decreto de pruebas la distribución de las cargas probatorias es en la práctica sumamente difícil, dado que para ese momento el juez sólo cuenta con la información que se suministra en la demanda y su contestación, la que regularmente es muy incipiente.

Los reparos anteriores han sido controvertidos por los defensores de la teoría de las cargas dinámicas de las pruebas, con fundamento en la existencia del deber de lealtad que asiste a las partes en el proceso, el cual les obliga a suministrar todos los medios de que disponen para acreditar la veracidad de los hechos y, en consecuencia, que bien puede el juez en la sentencia hacer correr a la parte negligente con los efectos adversos de su omisión probatoria.

Sin embargo, no es necesario modificar las reglas probatorias señaladas en la ley para hacer efectivas las consecuencias que se derivan de la violación del deber de lealtad de las partes, dado que el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, establece que el juez podrá deducir indicios de su conducta procesal.

Así, por ejemplo, de la renuencia a suministrar la historia clínica, o hacerlo de manera incompleta, o no documentar datos relevantes de la prestación médica, puede inferirse el interés de la parte de ocultar un hecho que le resulta adverso a sus intereses; como puede serlo también en contra de la parte demandante, el negarse a la práctica de un examen médico con el fin de establecer la veracidad de las secuelas que hubiera podido derivarse de una intervención, o el ocultar información sobre sus antecedentes congénitos, que por ejemplo, pudieran tener incidencia sobre la causa del daño aparentemente derivado de la intervención médica.

Por eso, de manera reciente la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño.

(...)

En efecto, no debe perderse de vista que el sólo transcurso del tiempo entre el momento en que se presta el servicio y aquél en el que la entidad debe ejercer su defensa, aunado además a la imposibilidad de establecer una relación más estrecha entre los médicos y sus pacientes, hace a veces más difícil para la entidad que para el paciente acreditar las circunstancias en las cuales se prestó el servicio. Por eso, el énfasis debe centrarse en la exigencia institucional de llevar las historias clínicas de manera tan completa y clara que su solo estudio permita al juez, con la ayuda de peritos idóneos si es necesario, establecer si hubo o no responsabilidad estatal en los daños que aduzcan sufrir los pacientes como consecuencia de la prestación del servicio médico.

⁹ Nota original de la sentencia citada: Sentencia del 10 de febrero de 2000, exp: 11.878. En el mismo sentido, sentencia del 8 de febrero de 2001, exp: 12.792.

*La desigualdad que se presume del paciente o sus familiares para aportar la prueba de la falla, por la falta de conocimientos técnicos, o por las dificultades de acceso a la prueba, o su carencia de recursos para la práctica de un dictamen técnico, encuentran su solución en materia de responsabilidad estatal, gracias a una mejor valoración del juez de los medios probatorios que obran en el proceso, en particular de la prueba indiciaria, que en esta materia es sumamente relevante, con la historia clínica y los indicios que pueden construirse de la renuencia de la entidad a aportarla o de sus deficiencias y con los dictámenes que rindan las entidades oficiales que no representan costos para las partes."*¹⁰¹¹

De acuerdo con el criterio jurisprudencial ya referido en líneas precedentes, no basta con que la parte actora afirme que se le ha ocasionado un daño, pues es necesario además, que su dicho esté debidamente soportado en el proceso, para lo cual, en ejercicio del principio de libertad probatoria, podrá hacer uso de todos los medios de prueba que considere pertinentes, en aras de demostrar la veracidad de sus manifestaciones y de paso, proporcionarle al juez de conocimiento, elementos de juicio que le permitan determinar si le asiste razón al momento de dictar sentencia.

Lo anterior teniendo en cuenta que tratándose de la imputación de un daño antijurídico por prestación en los servicios de salud, como se dijo anteriormente, su estudio se realiza bajo la teoría de la **falla probada**.

4. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL EN EL CASO CONCRETO.

a) Daño antijurídico.

De las pruebas aportadas y practicadas en el proceso, se encuentra probada plenamente el daño sufrido por los accionantes, conforme a las siguientes documentales:

Historia clínica del **Instituto Nacional de Cancerología ESE** que da cuenta de la atención prestada al señor Estefan Becerra Rodríguez el 03 de julio de 2009 (flo. 16 c. 5), donde se lee:

"Registro General

Motivo de Consulta:

Remitido por recidiva tumoral

Enfermedad actual:

Paciente antecedita (sic) de 2 años de evolución que inició estudio de masa en región de cuello derecho por masa de base de lengua, valorado extrahistológicamente donde realizan biopsia y paraclínicos. Paciente refiere aumento de la masa desde hace 7 meses, con dificultad para la apertura de la boca. Dificultad para la salivación y masticación. Recibió quimioterapia y radioterapia hace 2 años trae reporte patología junio 17 2007: masa región submaxilar carcinoma escamocelular con nidos infiltrativos de células grandes, moderado pleomorfismo nuclear y presencia de mitosis atípica. Conclusión: compromiso por carcinoma de células escamosas, grandes no queratinizante, infiltrante moderadamente diferenciado. Posteriormente ataractamiento con radio terapia, presentó episodios de

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006; Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Radicación número: 68001-23-31-000-2000-09610-01(15772).

¹¹ Sentencia del 7 de marzo de 2012 – Radicación número: 66001-23-31-000-1997-03906-01(21345), Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ.

**convulsiones realizaron tac cerebral (no hay reporte o placas) sin alteraciones e iniciaron manejo con carbamazepina.
(...)**

Examen Físico:

Se palpa masa indurada en región submaxilar derecha que se extiende desde ángulo mandibular derecho a región parasinfisiaria izquierda, se palpa masa indurada en piso de boca, edentulo total, mucosas húmedas rosadas hidratadas.

Observaciones:

Paciente valorado por dr. Cadena, se decide solicitar gammagrafía osea de cabeza, revisión de plasc(sic) de patología que tiene que traer el paciente, programar para biopsia, valoración por cardiología. Se explica a familiares y paciente hallazgos y conducta."

En control de fecha 13 de agosto se lee lo siguiente (flo. 27 c.5):

"(...)

Paciente antecedneteb (sic) de 2 años de evolución que inicio estudio de masa en región de cuello derecho por masa de base de lengua, valorado extrainstitucionalmente donde realizaron biopsia y paraclínicos. Paciente refiere aumento de la masa desde hace hace (sic) 7 meses, con dificultad para la apertura de la boca, difultad (sic) para la salivación y masticación. Recibió quimioterapia y radioterapia hace 2 años, trae reporte patología junio 17 2007: masa región submaxilar carcinoma escamocelular con nidos infiltrativos de células grandes, moderado pleomorfismo nuclear y prsencia (sic) de mitosis atípica. Conclusión: compromiso por carcinoma de células escamosas grandes, no queratinizante, infiltrante, moderadamente diferenciado. Posteriormente atartamiento con radioterapia, presento episodios de convulsiones realizaron tac cerebral (no hay reporte o placas) sin alteraciones e iniciaron amnejo (sic) con carbamazepina. SE REALIZO BIOPSIA EXSICIONAL DE LESION EN BASE DE LENGUA DEL 28/08/09 CON REPORTE DE PATOLOGIA COMPATIBLE CON CAMBIOS SOSPECHOSOS DE INFECCIONVIRAL, EN LOS CORTES SERIADOS NO SE RECONOCE COMPROMISO POR TUMOR. TRAE GAMMAGRAFIA OSEA DEL 17/07/09 COMPATIBLE CON LESION HIPERCAPTANTE UNICA A NIVEL DEL MENTÓ ALTAMENTE SUGESTIVA DE COMPROMISO INFILTRATIVO. NO TRAE REPORTE DE REVISION DE PLACAS DE BIOPSIA EXTRAINSTITUCIONAL AUN.

Examen Físico

Se palpa masa indurada en región submaxilar derecha que se extiende desde ángulo mandibular derecho a región parasinfisiaria izquierda, se palpa masa indurada en piso de la boca, edentulo total.

Observaciones:

SE REvisa CON DR. GNECCO, SE DECIDE CITAR A JUNTA MEDICOQUIRURGICA EL PROXIMO 31 DE AGOSTO CON RESULTADO DE REVISION DE PLACAS, RX PANORAMICA,TAC DE CARA Y CUELLO DE CONTROL, VALORACION PREANESTESICA, PARA DEFINIR -CONDUCTA QUIRURGICA.

(...)"

En valoración de fecha 4 de mayo de 2010 (flo. 29 c. 5), observa lo siguiente:

"(...)

Motivo consulta:

VALORACIÓN PREQUIRURGICA

Enfermedad actual:

EDAD 64 AÑOS PROCEDENTE: BOGOTA OCUPACION: PROCURADURIA PACIENTE CON ANTECEDENTES DE CA (sic) ESCAMOCELULAR INFILTRANTE EN MAXILAR INFERIOR DIAGNOSTICADO HACE 3 AÑOS RECIBIO QUIMIOTERAPIA Y RADIOTERAPIA MEJORIA PARCIAL POSTERIOR DURANTE 1 AÑO HACE 2 AÑOS NUEVA REAPARICION PROGRAMADO PARA MAXILECTOMIA + RECONSTRUCCION POR LO CUAL REMITEN PARA VALORACION PREQUIRURGICA. TRAE ESPIROMETRIA ORDENADA POR ANESTESIOLOGIA LA CUAL NO CUMPLE CRITERIOS (sic) QUE PERMITAN SU EVALUACION COMPLETA RXS X TOS OCASIONAL SECA DE 20 DIAS SIN FIEBRE SIN DETERIORO DE CLASE FUNCIONAL ANTECEDENTES: PATOLOGICOS: SIND. CONVULSIVO (CRISIS DE ASCENCIA)??? (sic) NIEGA OTROS ANTECEDENTES FARMACOLOGICOS: CARBAMAZEPINA 200 MG C/8 HORAS ALERGICOS: NIEGA QX: NIEGA TABAQUISMO: 4 CIGARRILLOS DIARIOS POR 40 AÑOS.

(...)

Examen Fisico

AL EXAMEN FISICO ALERTA AFEBRIL SV TA 122/86 FC 102 FR 20 SaO2 89 % FIO2 21 % C/C MASA EN MAXILAR INFERIOR QUE LIMITA APERTURA BUCAL C/P RSCS RITMICOS RSRs SIN AGREGADOS ABDOMEN NO DOLOROSO EXTREMIDADES SIN EDEMAS NEUROLOGICO SIN DEFICIT

Observaciones:

PACIENTE PROGRAMADO PARA MAXILECTOMIA + RECONSTRUCCION QUE CONSULTA PARA VALORACION PREQUIRURGICA EN EL MOMENTO PACIENTE CON BUENA CLASE FUNCIONAL SIN DETERIORO DE ESTADO PULMONAR A PESAR DE SU ANTECEDENTE DE TABAQUISMO. EN EL MOMENTO SE CONSIDERA NO HAY CONTRAINDICACION DESDE EL PUNTO DE VISTA DE NEUMOLOGIA PARA SU PROCEDIMIENTO EL CUAL ES PRIORITARIO EN EL MANEJO DE SU PATOLOGIA ONCOLOGICA. SE CONTINUARA SEGUIMIENTO DE SU ESTADO PULMONAR POSTERIOR A PROCEDIMIENTO.

(...)"

De la valoración de radioterapia de fecha 14 de octubre de 2010, se extrae lo siguiente (67-68 c.5):

"Motivo de Consulta:

VALORACION RADIOTERAPIA

Enfermedad actual:

PACIENTE DE 64 AÑOS DE EDAD CON ANTECEDENTE DE CA (sic) DE BASE DE LENGUA DIAGNOSTICADO EN EL APO (sic) 2007 REPORTE DE PATOLOGIA JUNIO 17 2007: COMPROMISO POR CARCINOMA DE CELULAS ESCAMOSAS GRANDES, NO QUERATINIZANTE, INFILTRANTE. MODERADAMENTE DIFERENCIADO. RECIBIO MANEJO EXTRINSITUCIONAL CON ESQUEMA DE QUIMIO-RADIOTERAPIA CONCOMITANTE. SE PROGRAMO TELETERAPIA TECNICA 3DCRT CON ENERGIA DE 1.25 MV SOBRE CAMPOS CERVICOFACIALES EN FRACCIONAMIENTO DE 200 CGY DIA HASTA 6600 CGY FINALIZANDO TRATAMIENTO EN OCTUBRE/2007 (sic). EN JULIO/2009 SE DOCUMENTA RECAIDA A NIVEL DE PISO DE BOCA Y REGION CERVICAL SE REALIZO BIOPSIA EXSICIONAL DE LESION EN BASE DE LENGUA EL 28/08/09 CON REPORTE DE PATOLOGIA COMPATIBLE CON CAMBIOS SOSPECHOSOS DE INFECCION VIRAL, EN LOS CORTES SERIADOS NO SE RECONOCE COMPROMISO POR TUMOR ADEMAS GAMMAGRAFIA OSEA DEL 17/07/09

COMPATIBLE CON LESION HIPERCAPTANTE UNICA A NIVEL DEL MENTI (sic) ALTAMENTE SUGESTIVA DE COMPROMISO INFILTRATIVO. SE REALIZO BIOPSIA GUIADA POR ECOGRAFIA DE GANGLIOS CERVICALES QUE REPORTA ACAF DE GANGLIO LINFATICO ESTACIÓN III IZQUIERDA: - CARCINOMA METASTASICO, COMPATIBLE CON ESCAMOCELULAR NO QUERATINIZANTE, DE CILULA (sic) GRANDE. PACIENTE FUE VALORADO EN JUNTA QUIRURGICA DE CABEZA Y CUELLO EN DICIEMBRE/2009 QUIENES CONSIDERAN RECIDIVA TUMORAL Y SE PROPONE MANEJO QUIRURGICO, PROCEDIMIENTO NO REALIZADO REALIZA (sic). CONSULTA A GAICA POR IMPOSIBILIDAD PARA INGESTA DE ALIMENTOS. ES VALORADO POR EL SERVICIO DE GASTROENTEROLOGIA QUIENES REALIZAN GASTROSTOMIA PERCUTANEA EL 19/08/2010. ACTUALMENTE PRESENTA SANGRADO TUMORAL POR LO CUAL INTERCONSULTAN. 1.# INJUSTIFICACION PARA SU PRESENTACIÓN: RE-IRRADIACION 2.# CONDUCTA SUGERIDA POR LA JUNTA PACIENTE CON DIAGNOSTICO DE CA DE BASE DE LENGUA EN RECAIDA, MANEJADO CON ESQUEMA DE QUIMIO-RADIOTERAPIA CONCOMITANTE EN EL 2007. SE DISCUTE CASO EN JUNTA DE RADIOTERAPIA Y SE CONSIDERA TIRBUTARIO A MANEJO CON RADIOTERAPIA EXTERNA INTENCION PALIATIVA CON ENERGIA DE 6MV SOBRE CAMPOSCERVICOFACIALES EN FX DE 300 CGY DIA HASTA 3000 CGY .

TERMINADO EL 8 DE OCTUBRE DEL 2010 CON MEJORIA DEL 50%

Examen Fisico

BOCA, SIGNOS DE SANGRADO LEVE A MODERADO. LINFEDEMA CERVICAL. LIMITACION PARA LA APERTURA BUCAL C/P: NO DIFICULTAD RESPIRATORIA ABDOMEN: BLANDO, NO DOLOROSO EXT: NO EDEMAS

Observaciones:

SE CONSIDERA DOSIS SUFICIENTE SE DA POR TERMINADO EL TRATAMIENTO PALEATIVO."

De igual forma, respecto al dictamen pericial obrante a folios 191-192 c1), emitido por el Dr. Gabriel Sánchez de Guzmán, realizado a la historia clínica del señor Estefan Becerra Rodríguez, en el cual presentó los siguientes conceptos:

"(...)

- 1- Es muy pobre la información sobre el manejo y seguimiento recibidos entre los años 2007 y 2009. Sin embargo, con base en los reportes de las imágenes y el resumen de historia del Dr. Luis Felipe Torres, radioterapeuta, puedo determinar que al momento de iniciar el tratamiento tenía una lesión lingual izquierda de 5 cm fija al piso de la boca, con un conglomerado ganglionar cervical de 5 cm ipsilateral y sin evidencia de lesiones distantes. Para el año 2007 se utilizaba la clasificación del Comité americano de Cáncer (AJCC por sus siglas en inglés, American Joint Committee on Cáncer del 2002) y correspondía a un T4aN2aM0, estado IV A (anexo 1).
- 2- El tratamiento disponible para este estado del cáncer de lengua es el siguiente: A- Cirugía radical (que incluye resección de la lengua, vaciamiento ganglionar del cuello, traqueostomía, gastrostomía y reconstrucción) seguida de radioterapia con o sin quimioterapia concomitante. B- Quimioterapia y radioterapia dejando la alternativa de cirugía de rescate, **en algunos casos.**
- 3- En promedio, la sobrevida a 5 años para el Estado IVA del cáncer de lengua es del 35%. (Referencias 1-4)
- 4- Las complicaciones y secuelas derivadas del tratamiento con quimioterapia y radioterapia son: Disminución de la producción de saliva, disminución del sabor de las comidas, dolor a la deglución, inflamación de las mucosas y de la piel, fibrosis de los tejidos blandos de cara y cuello con limitación para la movilidad de la articulación temporomandibular. Estos cambios dificultan la evaluación clínica y

detección temprana de persistencia tumoral o recaídas. Es por esto que la recomendación de seguimiento para este tipo de paciente es que se evalúe cada 3 o 4 meses en los primeros 2 años, cada 6 meses hasta el quinto año y anualmente después del quinto año. (Referencia 5).

- 5- *Con la historia clínica aportada es difícil evaluar si hubo remisión completa de las lesiones tumorales. Llama la atención que el reporte de la tomografía de cuello de julio 3 de 2008, es decir, 7 meses después de terminada la radioterapia, informa "Masa de la musculatura de la lengua hacia el hemilado izquierdo con las características descritas, secundarias a primario conocido"; comparado con el reporte de la tomografía de enero 19 de 2009 "TAC de cuello con contraste normal". La tomografía de Junio de 2009, es decir 5 meses después informa el hallazgo de lesión destructiva de la mandíbula (Lesión nueva) pero adicionalmente informa la presencia de "imagen nodular heterogénea de 36 mm en la base de la lengua"*
- 6- *Los antecedentes médicos de síndrome convulsivo y tabaquismo crónico son importantes, pero no cambian el riesgo quirúrgico y la decisión de realizar la cirugía radical propuesta al paciente*
- 7- *Para la época de los hechos, pocas Instituciones contaban con la infraestructura humana, técnica y científica que permitiera la atención integral del paciente por un cirujano de cabeza y cuello, un microcirujano, una unidad de cuidado intensivo, un oncólogo y un radioterapeuta.*
- 8- *Evidentemente se observa una falla en la oportunidad de evaluación y manejo integral prioritario que requería este paciente dado por múltiples factores como: A- Biopsia inicial negativa (para documentar la recaída); B- Necesidad de evaluación por varios especialistas (cirujano de cabeza y cuello, microcirujano, anestesia, neumología); C- Negativa de la EPS para asegurar el manejo integral en una sola Institución; D- Demora en las autorizaciones por parte de la EPS; E- Tiempo desproporcionado entre la Junta de decisiones y la programación de la cirugía (4 meses) y F- Falla logística en la disponibilidad de cama en la unidad de cuidado intensivo, lo cual originó la cancelación del procedimiento de Abril de 2010. (subrayado y negrilla del Despacho)*

(...)"

Registro civil de defunción N°. serial 07104555, en el que consta el fallecimiento del señor Estefan Becerra Rodríguez el 05 de marzo de 2011 (flo. 1 c2).

Conforme a ello, se encuentra demostrado plenamente el daño sufrido por los accionantes, en tanto la muerte del señor Estefan Becerra Rodríguez constituye una grave lesión a su integridad, que supone, per se, una aminoración de distintos bienes jurídicos protegidos y amparados por el ordenamiento jurídico.

Establecida entonces la existencia del daño antijurídico, abordará el Despacho el análisis de imputación con el fin de determinar si en el caso concreto dicho daño le puede ser atribuido a la administración pública demandada y, por lo tanto, si constituye deber jurídico a su cargo de resarcir los perjuicios que del mismo se derivan.

b) Imputación de ese daño antijurídico al Estado.

Sea lo primero señalar que el estudio de imputación se realizará advirtiendo que son cuatro las condiciones específicas alegadas por la apoderada de la parte actora en el escrito de demanda, que a su juicio generaron una falla en el servicio médico por parte de las demandadas, y que llevaron a la muerte del señor Estefan Becerra Rodríguez el 05 de marzo de 2011. En resumen consistentes en: 1). Que los especialistas de la EPS SALUDCOOP remitieron al señor Becerra Rodríguez al Instituto Nacional de Cancerología y que dicho instituto lo atendió el 03 de julio de 2009, es decir 8 días después de haber sido remitido por la EPS. 2) Que el 5 de abril de 2010, el paciente Estefan Becerra Rodríguez, se presentó al Instituto Nacional de Cancerología para que le practicaran la intervención quirúrgica programada la cual no se pudo realizar por cuanto no había disponibilidad en la Unidad de Cuidados Intensivos - UCI. 3) La

intervención fue programada para el 12 de mayo de 2010, fecha en la que la intervención quirúrgica no se pudo realizar por lo avanzado de la enfermedad. 4) El Instituto Nacional de Cancerología, no le practicó la intervención quirúrgica al paciente por negligencia.

Para estudio del presente caso, se hace necesario, dar aplicación del referente jurisprudencial contenido en la sentencia dictada por el H. Consejo de Estado, con ponencia de la Consejera OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ, de fecha 20 de octubre de 2014, dentro del radicado 25000-23-26-000-2001-01792-01(30166), donde consideró acerca de la imputación:

"Según la posición jurisprudencial que ha manejado la Corporación, los casos de falla médica son revisados actualmente bajo el régimen de la falla probada del servicio, en el cual no solo debe demostrarse la existencia de un daño, sino también su imputabilidad a la entidad que se demanda.

Una vez acreditado el daño antijurídico, es necesario verificar que el mismo es imputable a la entidad demandada, ya que no es suficiente que en la demanda se hagan afirmaciones sobre la existencia e imputabilidad del mismo, toda vez que se hace necesario que ello se encuentre soportado en el expediente.

Teniendo en cuenta lo anterior, se procederá a estudiar el acervo probatorio, con el fin de determinar si el daño antijurídico alegado por la parte actora, es imputable a la entidad demandada."

Ahora bien, el Despacho aclara que la única historia clínica que reposa en el expediente es la emitida por el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., como quiera que no se encuentra historia clínica del tratamiento brindado al paciente durante el periodo del 2007 a 2009.

Del resumen de la historia clínica de fecha 9 de agosto de 2010, obrante a folio 66 c.5, emitida por el Instituto Nacional de Cancerología, se lee:

"RESUMEN DE HISTORIA CLINICA

PACIENTE CON ANTECEDENTE DE CA DE BASE DE LENGUA ESTADIO IV, QUIEN INGRESO PARA MANEJO CON GASTROSTOMIA, LA CUAL SE REALIZA SIN COMPLICACIONES. PRESENTA DURANTE LA HOSPITALIZACION SANGRADO DE MASA TUMORAL, SE MANEJA DE MANERA LOCAL, SE REVALORA PACIENTE POR NUESTRO SERVICIO CONSIDERANDO QUE HAY COMPROMISO DE LA LUZ FARINGEA POR LO CUAL ES CANDIDATO A MANEJO CON TRAQUEOSTOMIA, LA CUAL SE REALIZA BAJO ANESTESIA LOCAL POR SUGERENCIA DEL SERVICIO DE ANESTESIA, TAMBIEN SE REALIZA IMPLANTACION DE CATETER PARA QUIMIOTERAPIA, CURSANDO CON INFECCION A ESTE NIVEL, REQUIRIENDO EXTRACCION DEL TAMBOR Y CATETER DE QUIMIOTERAPIA.

REPORTE DE CULTIVO, S. (sic) AUREUS METICILINO SENSIBLE, VALORADO POR INFECTOLGIA QUIENES RECOMIENDAN CAMBIO DE ESQUEMA PREVIO DE VANCOMICINA A OXACILINA POR 14 DIAS EN DOSIS DE 2G IV C 4H, HOY DIA 3.

PACIENTE CON EVOLUCION CLINICA FAVORABLE, PRESENTA MOVILIZACION DE SECRECIONES INHERENTES AL PROCEDIMIENTO DE TRAQUEOSTOMIA. CONTINUA EN ESTUDIO Y MANEJO POR PARTE DE ONCOLOGIA Y RADIOTERAPIA.

POR PARTE DE LA FAMILIA SE HACE SOLICITUD DE:

HOSPITAL DOMICILIARIO, CUIDADOS EN CASA COMO PLAN COMPLEMENTARIO, TERAPIA RESPIRATORIA, SOPORTE NUTRICIONAL, ANTIBIOTICOTERAPIA, CUIDADOS DE HERIDAS.

SE HACE LA SOLICITUD A LA EPS, PARA REALIZACION DE VISITA POR PARTE DE UN MEDICO DE SU SERVICIO PARA AUTORIZACION DE LA SOLICITUD DE LA FAMILIA."

Igualmente del resumen de la historia clínica de fecha 8 de septiembre de 2010, obrante a folios 92 - 93 del c. 5, se colige:

(...)

4. RESUMEN DE LA HISTORIA CLINICA (ANEXO)

PACIENTE DE 64 AÑOS DE EDAD CON ANTECEDENTE DE CA DE BASE DE LENGUA DIAGNOSTICADO EN EL AÑO 2007 REPORTE DE PATOLOGIA JUNIO 17 2007: COMPROMISO POR CARCINOMA DE CELULAS ESCAMOSAS GRANDES, NO QUERATINIZANTE, INFILTRANTE. MODERADAMENTE DIFERENCIADO.

RECIBIO MANEJO EXTRAINSITUACIONAL CON ESQUEMA DE QUIMIO-RADIOTERAPIA CONCOMITANTE, SE PROGRAMA TELETHERAPIA TECNICA 3DCRT CON ENERGIA DE 1.25 MV SOBRE CAMPOS CERVICOFACIALES EN FRACCIONAMIENTO DE 200 CGY DIA HASTA 6600 CGY FINALIZANDO TRATAMIENTO EN OCTUBRE/2007. EN JULIO/2009 SE DOCUMENTA RECAIDA A NIVEL DE PISO DE BOCA Y REGION CERVICAL SE REALIZO BIOPSIA EXSICIONAL DE LESION EN BASE DE LENGUA EL 28/08/09 CON REPORTE DE PATOLOGIA COMPATIBLE CON CAMBIOS SOSPECHOSOS DE INFECCION VIRAL, EN LOS CORTES SERIADOS NO SE RECONOCE COMPROMISO POR TUMOR ADEMAS GAMMAGRAFIA OSEA DEL 17/07/09 COMPATIBLE CON LESION HIPERCAPTANTE UNICA A NIVEL DEL MENTÓ ALTAMENTE SUGESTIVA DE COMPROMISO INFILTRATIVO.

SE REALIZO BIOPSIA GUIADA POR ECOGRAFIA DE GANGLIOS CERVICALES QUE REPORTA ACAF (sic) DE GANGLIO LINFÁTICO ESTACIÓN III IZQUIERDA:

CINOMA (no se determina la palabra) METASTÁSICO, COMPATIBLE CON ESCAMOCELULAR NO QUERATINIZANTE, DE CELULA GRANDE. PACIENTE FUE VALORADO EN JUNTA QUIRURGICA DE CABEZA Y CUELLO EN DICIEMBRE/2009 QUIENES CONSIDERAN RECIDIVA TUMORAL Y SE PROPONE MANEJO QUIRURGICO, PROCEDIMIENTO NO REALIZADO REALIZA. (sic) CONSULTA A GAICA POR IMPOSIBILIDAD PARA INGESTA DE ALIMENTOS. ES VALORADO POR EL SERVICIO DE GASTROENTEROLOGIA QUIENES REALIZAN GASTROSTOMIA PERCUTANEA EL 19/08/2010. ACTUALMENTE PRESENTA SANGRADO TUMORAL POR LO CUAL INTERCONSULTAN. AL EXAMEN FISICO: PACIENTE EN REGULARES CONDICIONES GENERALES, ALERTA. CONCIENTE, IK: 60%

C/C: SE EVIDENCIA GRAN MASA TUMORAL, ULCERADA EN REGION SUBMANDIBULAR Y CERVICAL QUE COMPROMETE EL PISO DE LA BOCA, SIGNOS DE SANGRADO LEVE A MODERADO. LINFEDEMA CERVICAL. LIMITACION PARA LA APERTURA BUCAL

C/P: NO DIFICULTAD RESPIRATORIA
ABDOMEN: BLANDO, NO DOLOROSO
EXT: NO EDEMA

5. JUSTIFICACION PARA SU PRESENTACIÓN: RE-IRRADIACION

6. CONDUCTA SUGERIDA POR LA JUNTA

PACIENTE CON DIAGNOSTICO DE CA DE BASE DE LENGUA EN RECAIDA, MANEJADO CON ESQUEMA DE QUIMIO-RADIOTERAPIA CONCOMITANTE EN EL 2007. SE DISCUTE CASO EN JUNTA DE RADIOTERAPIA Y SE CONSIDERA TIRBUTARIO (sic) A MANEJO CON RADIOTERAPIA EXTERNA INTENCION PALIATIVA CON ENERGIA DE 6MV SOBRE CAMPOS CERVICOFACIALES EN FX DE 300 CGY DIA

HASTA 3000 CGY. SE EXPLICA PROCEDIMIENTO, EFECTOS ADVERSOS Y SE FIRMA COSENTIMIENTO INFORMADO
SE SOLICITA VALORACION POR EL SERVICIO DE ONCOLOGIA PARA DEFINIR CONCOMITANCIA"

Conforme al resumen de la historia clínica emitida por el Instituto Nacional de Cancerología anteriormente anotada, vemos que el señor Estefan Becerra Rodríguez de 64 años de edad, tenía antecedente de cáncer de lengua **estadio IV** diagnosticado en el 2007 e ingresó para manejo con gastrostomía, la cual se le realizó sin complicación. En julio de 2009 cuando es remitido al Instituto Nacional de Cancerología presenta recaída a nivel de piso de boca y región cervical, realizándosele biopsia exsiccional el de lesión en base de lengua el 28 de agosto de 2009, igualmente fue valorado en Junta Quirúrgica de cabeza y cuello en diciembre de 2009 quienes consideraron manejo quirúrgico el cual no se realizó. Es valorado por el servicio de gastroenterología quien realiza gastrostomía percutánea el 19 de agosto de 2010.

Es preciso recordar lo expuesto en la contradicción del dictamen pericial realizado en audiencia de pruebas de fecha 8 de junio de 2016:

"PREGUNTADO: *Sírvase doctor Gabriel informar al Despacho el origen del conocimiento la información con la cual dictó el dictamen y las conclusiones del mismo.* **CONTESTADO:** *(...) A partir del 2009 hay una documentación en donde se evidencia que hay nuevamente tumor en este paciente en este momento fue donde encontré la historia clínica del doctor Luis Felipe Torres radioterapeuta, con la información que él tiene en la historia clínica yo clasifique el tumor de acuerdo a la clasificación del TNM que es una clasificación que se utiliza en cáncer para determinar el estadio del tumor que es el T, el N que se refiere al estadio de los ganglios linfáticos que están cerca del tumor y el M que corresponde hacia si hay metástasis a distancia es decir el pulmón hueso cerebro u otro punto, con base en estos hallazgos de historia clínica yo pude encontrar que el estadio en que se diagnosticó inicialmente en el 2007 era un T4AN2AM0 estado 4, para ser claro el TNM es una clasificación que permite hablar de sobrevida la probabilidad de que un paciente con ese estadio de enfermedad recibiendo un tratamiento este vivo a los 5 años en este caso era un estadio 4 que corresponde al estadio de cáncer son de 1 a 4; 4 es evidentemente el estadio más avanzado y aquí vienen las opciones terapéuticas que se tenían para esa época, estoy hablando del 2007 cuando se diagnosticó este paciente las alternativas que no conozco si se le ofrecieron al paciente o no porque no hay información de la historia clínica pero que son todavía vigentes son la posibilidad de hacer una cirugía radical que consiste, aclaro que el diagnóstico era de un cáncer de base de lengua con metástasis al cuello es el órgano primario del tumor, las alternativas terapéuticas para ese tumor en ese estadio, son: hacer una cirugía radical que consiste en quitar la lengua, quiso de la lengua los ganglios del cuello y hacer una reconstrucción que se puede hacer con colgajos regionales utilizando músculos y piel de otro lado o con colgajo microquirúrgico que es ya sacar piel, Hueso y músculo de otro sitio y conectarlo a las venas y arterias del cuello traído de otra parte del cuerpo para poder hacer la reconstrucción en ese caso. La otra alternativa de tratamiento es quimioterapia y radioterapia que pueden evitar la cirugía o dejarla como una alternativa de manejo quirúrgico en cirugía que nosotros llamamos cirugía de rescate cuando no es posible curar el tumor con la quimio y la radioterapia. Finalmente lo que puedo decir con la historia clínica respecto a si el paciente cumplió el tratamiento y se considera curado o no es decir, si el tumor que se documentó 2 años después, no lo puedo decir exactamente porque no hay historia clínica, nosotros los médicos hablamos de que después de haber recibido un tratamiento a los 6 meses si nosotros documentamos de que no hay tumor por ningún lado, tanto por imágenes, por endoscopia por biopsia, por examen físico del paciente consideramos que hubo respuesta completa al tratamiento y si el paciente después de ese tratamiento vuelve a tener tumor hablaríamos de una recaída. Cuando se documenta que hay tumor persistente a los 6 meses después de terminado el tratamiento se considera que es persistencia tumoral, respecto a ese punto no puedo decir si era una persistencia o si era una residua tumoral. Tercero específicamente respecto a las*

alternativas de tecnologías que teníamos para esa época, para el 2009 que fue cuando se diagnosticó nuevamente la progresión del tumor en este paciente pocas instituciones en Bogotá y en el país tenían la disponibilidad de microcirujano para hacer la reconstrucción, puedo decirle que eran 2 o 3 hospitales (...) digamos que el punto de tratamiento para ofrecerle al paciente en este momento en que se volvió a documentar tumor era la única alternativa que nos quedaba que era una cirugía radical, con los problemas administrativos de ahí en adelante no soy la persona para juzgar eso pero digamos que **el paciente tenía la alternativa de ofrecérsele un tratamiento quirúrgico para ese momento cuando se documentó nuevamente la progresión del tumor.** En la parte final del peritaje, uno tiene que evaluar de realmente que fallo o que se le pudo haber ofrecido a este paciente, evidentemente, en nuestro país se ha vuelto común que los aseguradores que las enfermedades de alto costo como lo es el cáncer y cuando se necesitan cosas muy específicas, gente muy especializada, significa altos costos, hospitalización prolongada y uso de cuidado intensivo desafortunadamente los aseguradores no tienen en cuenta esto y tratan de atomizar la atención del paciente que es en lo que ha fallado nuestro sistema de salud toda la vida y es asegurarle la integridad del tratamiento al paciente con cáncer que debería garantizársele que su atención sea en un solo hospital en donde se cuente con todas las especialidades o subespecialidades médicas que le garanticen el mejor resultado (...) eso hace que los tiempos de atención al paciente se demoren y sucedan este tipo de cosas, en cualquier protocolo internacional específicamente para un cáncer de lengua, normalmente uno hace el diagnóstico y en el siguiente mes debe iniciar el tratamiento el paciente sea radioterapia quimioterapia o cirugía, un esquema de radioterapia puede durar 6 semanas, la quimioterapia son 6 ciclos que se pueden dar 2 antes de empezar la radioterapia y 4 ciclos después de terminar la radioterapia, es decir el tratamiento para un cáncer de lengua en el estadio en que tenemos este paciente y con la terapia que se decidió hacer se ha debido terminar de 3 a 4 meses el tratamiento y fácilmente duró 8 meses en haber terminado su tratamiento porque seguramente hubo dilación en la autorización de la quimioterapia en la autorización de todas las cosas. En cuanto a la parte cuando llegó al instituto de cancerología, lo primero: que paso exactamente lo que suele suceder un procedimiento que es de alta complejidad que requiere microcirujanos, cirujano de cabeza y cuello un anestesiólogo especial y unidad de cuidados intensivos especializada **se dilató el proceso, en la misma queja que presentan los demandantes hablan de que la EPS les generó órdenes para otro sitio que los mando donde el especialista de cardiología a otro sitio, al neumólogo a otro sitio y esas son cosas que dilatan la posibilidad de que el paciente** acceda a las autorizaciones tiempo y se pueda programar. La segunda falla que noto es que evidentemente es que por cuestiones de volumen de pacientes al paciente finalmente lo ven en la Junta Quirúrgica de cabeza y cuello un día y luego la oportunidad de programar la cirugía estaba a 4 meses, lo vieron en diciembre y lo programaron en abril obviamente no es un tiempo racional pero pues no puedo decirle a otro paciente que su cáncer es menos importante y me toca cancelar el suyo y programar este, es una falla administrativa y una falla en la posibilidad de ofrecerle un tratamiento a un paciente que su oportunidad de cirugía este a 4 meses, se falló administrativamente la razón por la cual se canceló la primera vez la cirugía en el Instituto de cancerología, porque no había cuidado intensivo, es responsabilidad de uno garantizar que no solo se le haga la cirugía sino que su posoperatorio está en el lugar adecuado para garantizar que todo el esfuerzo que se hizo de una cirugía mayor se compense con un cuidado intensivo posoperatorio y finalmente veo en la historia clínica que hubo un problema en la primera biopsia que hizo el Instituto para documentar la recaída salió negativa entonces toco repetir la biopsia, todo eso dilató y dilató la atención del paciente, finalmente respecto al momento en que ya lo programan pero después de haberse documentado el diagnóstico de la recaída fue en junio de 2009 y el finalmente terminó programado para septiembre la segunda vez, casi un año después cuando ya se toma la decisión que no es operable, en cáncer uno tiene que estar seguro que lo que le puede ofrecer al paciente desde el punto de vista quirúrgico le garantice al menos unos márgenes donde uno pueda dejar tejido sano y no dejar tejido residual tumor residual, en este caso cuando llegó nuevamente para programar pues ya no era factible ofrecerle un tratamiento con intención curativa en esta fase el paciente entra en una fase que se llama paliativo, se le ofrece nuevamente radioterapia o quimioterapia y los cuidados que todos queremos darle al paciente, controlar su dolor, se controle vía de alimentación que en este caso por ser cavidad oral iba a ser difícil que se pudiera alimentar, la respiración a el terminó haciéndosele una

traqueostomía que es un tubo en la tráquea para poder respirar, se le colocó una sonda en el estómago para poderlo alimentar y tuvo muchos controles tanto por el servicio de urgencias, como por el servicio de cuidado paliativo en el Instituto de Cancerología hasta que finalmente falleció y el único llamado de atención es que nuestro sistema es el que ha permitido que todo esto se junte en contra de nuestros pacientes porque finalmente no reciben una atención oportuna y cuando uno quiere hacer el tratamiento probablemente ya el diagnóstico el tumor inicial que diagnóstico no es el que va a operar o tratar con radioterapia.

De otra parte, el perito hace referencia a la clasificación del cáncer, es decir, en el estadio que se encontraba el cáncer que padecía el señor Estefan Becerra Rodríguez:

"PREGUNTADO: De acuerdo al peritazgo que usted allegó, según la clasificación mundial usted lo calificó como un estadio 4, podría decirle al despacho ese estadio 4 del paciente al ingreso al Instituto, cuáles son las consecuencias sobre la salud del paciente que implicaciones tiene si este cáncer había hecho metástasis a otros órganos y en general los tratamientos que había hecho el paciente fuera del Instituto Nacional de Cancerología que eran quimioterapia y radioterapia, si había tenido consecuencias sobre el paciente? **CONTESTADO:** (...) yo hice la clasificación basado en la historia clínica aportada por el doctor Luis Felipe Torres el radioterapeuta quien describe en su examen físico que encuentra una masa en la lengua de 5 cmts y una masa en el cuello también de 5 cmts (...) la probabilidad de que un paciente con cáncer de lengua de base de lengua en estado 3 después de 5 años de haber recibido tratamiento es más o menos en nuestro país como del 30%, la probabilidad de que un estado 4 del mismo cáncer de lengua en nuestro país esté vivo es de por debajo del 10% (...) en este caso la alternativa era ser muy estrictos en los primeros 2 años de diagnosticado y tratado el tumor para poder haber detectado esa persistencia o recaída y haberle ofrecido un tratamiento más oportuno que insisto ese tratamiento del 2009 hubiera sido con intención curativa o con intención curativa o relativa que llamamos los cirujanos de cáncer y es que yo puedo operar el paciente sabiendo que me van a reportar márgenes positivos en cuanto al tumor aunque no quite todo el tumor, pero me queda la alternativa de tratarlo con quimioterapia y radioterapia nuevamente después de la cirugía y garantizarle que ese paciente sobreviva unos meses o unos años más sin haber curado su enfermedad".

A su turno, esta juzgadora indagó al galeno en cirujano de cabeza y cuello, doctor Gabriel Sánchez de Guzmán, en la mentada audiencia de contradicción de la prueba pericial, lo cual se refiere:

"PREGUNTADO: Sírvase informar al Despacho la clasificación de los estados en esta clase de cáncer en el cuello y lengua, para que nos diga el estado 1-2-3 y 4 que son lo que presentan. **CONTESTADO:** (...) específicamente en el cáncer de lengua se divide en T1-T2-T3 y T4 (...) el T4 es cuando existe un tumor de cualquier tamaño pero que invade órganos vecinos, en este caso tenía 5 cmts. Y estaba en toda la base de lengua contra el piso de la boca eso quiere decir que ya se salió del órgano primario y está invadiendo estructuras vecinas lo cual lo hace a un T4, la clasificación de los ganglios hace referencia a que yo tenga metástasis de ese mismo tumor a los ganglios del cuello de forma uni o bilateral, si por ejemplo el tumor era izquierdo la mayor probabilidad es que la metástasis sea al lado izquierdo del cuello pero puede ser que también haya metástasis al otro lado lo cual aumenta el grado de agresividad del tumor, entonces cuando hablamos de la clasificación N (...) Con base en ese TMN vienen los estadios, lo que nosotros llamamos los estadios tempranos son los estadios 1 y 2 en donde el tumor tiene menos de 4 cmts. (...) los estadios que nosotros llamamos avanzados son el estado 3 y el estado 4 en donde pasa esto, el tumor ya invade estructuras vecinas da metástasis a los ganglios linfáticos ese sería como el estado 3 cuando la metástasis es grande como en este caso era de 5 cmts. La metástasis única que tenía o cuando la metástasis se va para el pulmón, pues ya pasa a ser un estado 4 y obviamente independiente del tamaño o los ganglios si yo documento que si hay metástasis en el cerebro o en el pulmón, eso ya automáticamente la hace estar en un estado 4 y automáticamente el paciente pasa a tener una intención de tratamiento paliativa no significa que no se pueda operar o que no se le puedan

hacer algunas cosas pero ya sabe uno que la probabilidad de curar con el tratamiento disponible para ese momento el paciente no es posible.

PREGUNTADO: Conforme a lo que usted ha dicho en esta audiencia el paciente que hoy nos ocupa, usted ha mencionado que cuando ya paso al Instituto de Cancerología se encontraba en un estadio 4, conforme a ese estadio que se encontraba el tratamiento que se le presto al paciente fue el adecuado y necesario conforme a la lex artis **CONTESTADO:** Si, el paciente ya había recibido la primera alternativa terapéutica que era quimio y radioterapia, cuando vuelve a aparecer tumor nosotros lo llamamos que el paciente es candidato a una cirugía de rescate con intención curativa o intención curativa relativa, entonces quiero decir que si que lo que se le ofreció era lo adecuado en ese momento cuando se presentó en el instituto de cancerología en la primera junta y se le solicitó la autorización para hacer un mono bloque faríngeo que es simplemente sacar todo en bloque que es la lengua, mandíbula, piso de boca y hacerle la reconstrucción era la mejor alternativa terapéutica para el momento en que se le ofreció. **PREGUNTADO:**

Usted nos habló de una cirugía radical en que paciente se puede hacer una cirugía radical, en que estadio debe estar el paciente para hacerle la cirugía radical. **CONTESTADO:** Cirugía radical en cáncer en cirugía oncológica es un término más que todo técnico, cuando uno habla de radicalidad no está hablando de cantidad de tejido que está tomando aunque generalmente incluye bastante tejido, radical incluye que se trate esto mismo que yo les he explicado del TNM el cáncer tiene que estar dirigido al tumor primario a las metástasis regionales o alas metástasis distales, cuando yo hablo de uno glosectomía radical, estoy hablando de que tengo que quitarle parcial o totalmente la lengua al paciente con un segmento de piso de boca o con un segmento de boca si toca con los ganglios de ese lado del cuello y hacer la reconstrucción entonces el término radical obedece a unos términos más técnicos desde el punto de vista de cirugía oncológica para diferenciarlo de una glosectomía por un tumor benigno o por otra cosa.

PREGUNTADO: Esa cirugía radical que nos ha descrito en el la lengua para tratar de quitarle la parte donde está el tumor, cuando este paciente fue ingresado ya al instituto de cancerología se le podía aplicar esta cirugía radical? **CONTESTADO:**

Si, ese fue el tratamiento propuesto y eso fue lo que se ordenó a su asegurador para tratar de garantizar, ahora cuando hablamos de cirugía radical también estamos hablando de la complejidad de la cirugía, eso implicaba que para la cirugía se necesitaba al cirujano de cabeza y cuello, al cirujano maxilofacial y al microcirujano que es un cirujano plástico especializado en microcirugía reconstructiva y uno tiene que garantizar que todo ese equipo este en la institución y en el sitio donde se va a recibir el tratamiento pero esa era la indicación de tratamiento en ese momento. **PREGUNTADO:** Aclárele al Despacho en realidad cual fue el tratamiento que le presto el instituto de cancerología al paciente conforme a la historia clínica que usted estudió? **CONTESTADO:** La historia clínica lo que muestra es una decisión terapéutica que toma una junta del servicio de cabeza y cuello que era la de operar al paciente finalmente el paciente requiere unos estudios adicionales para poder determinar el riesgo anestésico, requiere una programación de cirugía y se cancela su cirugía por la no disponibilidad de cuidado intensivo, después de eso mientras vuelve a rellenar los requisitos y el trámite administrativo de garantizar nuevamente la programación del procedimiento quirúrgico, se dilata hasta septiembre y en el momento en que se evalúa en septiembre para la segunda programación se considera que ya su mejor opción de tratamiento no es la cirugía porque hubo progresión tumoral, entonces si uno no puede garantizar la recepción completa del tumor y obviamente no tiene sentido hacer una reconstrucción si uno va a dejar tumor porque va a volver a crecer y no va a servir todo ese esfuerzo tecnológico humano, administrativo, todo ese tema pues va a fracasar, (...) cuando le cancelan su cirugía y le dicen que ya técnicamente no es resecable el tumor y que se le va a ofrecer el tratamiento que recibió, están claras las notas de cuidado paliativo, sus ingresos a guaica por el servicio de urgencias, las evaluaciones que tuvo por clínica de dolor, entonces recibió el tratamiento adecuado para el estadio en que ya cambio su enfermedad que fue de un tratamiento uno hubiera podido "ofrecerle una curación de su recaída de tumor vs. ya un tratamiento que era paliativo sabiendo que el paciente iba a fallecer por su enfermedad y que quedaba de garantía era ofrecerle calidad de vida ponerle una sonda para que se pudiera alimentar, hacerle una traqueotomía porque ya no podía respira, el tumor ya no le permitía respirar por la boca y nariz, manejarle su dolor darle soporte familiar o institucional, él tuvo esa atención en el Instituto de Cancerología, entonces respecto a que si recibió el tratamiento que debía recibir para su enfermedad en la fase terminal fue adecuado el manejo en el instituto

nacional de cancerología" **PREGUNTADO:** *Dígale al Despacho si esa demora que hubo en la prestación del servicio por parte del Instituto de cancerología, en este caso porque no había disponibilidad en la unidad de cuidados intensivos, si esa demora para practicar la cirugía que ya estaba planificada, programada (...), si esa demora afectó al paciente y que en ese transcurso de tiempo el paciente se agravara, si se le hace la cirugía en ese momento podemos decir que el paciente hubiese podido salir adelante o no?* **CONTESTADO:** *Con la historia clínica aportada yo no puedo hacer esa afirmación, uno como cirujano siempre tiene un objetivo terapéutico si se le plantea por el servicio de cabeza y cuello la cirugía radical, probablemente la intención era de curarlo, los resultados de cirugía oncológica se miden con el tiempo y el paciente es el que le dice a uno, si se hicieron bien las cosas o no o si algo nos faltó o simplemente la biología del cáncer hizo su trámite normal (...) en este caso en el estado en que él llegó al instituto yo no puedo asegurar que habiéndolo operado en la primera oportunidad no hubiera vuelto a recaer y finalmente no hubiera fallecido por su enfermedad, lo único que puedo asegurar es que evidentemente la calidad de vida del paciente se alteró por progresión tumoral y finalmente fue lo que llevo a que no se pudiera operar ya se hiciera técnicamente irresecable el tumor entonces no puedo asegurar que esa espera haya sido la causa del fallecimiento del paciente.* **PREGUNTADO:** *El hecho de que el Instituto Nacional de Cancerología desconociera o no tuviera una prueba que le confirmara que el señor había tenido una recaída o si ere un nuevo cáncer* **CONTESTADO:** *(...) nunc se curó el cáncer si no se hizo más pequeño y volvió a crecer después o si simplemente se curó y un año después se presentó yo no lo puedo asegurar y creería que el Instituto de Cancerología cuando lo evaluó no tenía tampoco argumentos porque es evidente que la atención de la parte pre hospitalaria o previa al instituto nacional de cancerología no hay historia (...)*

Así las cosas, diferente a lo que plantea el actor en su escrito de demanda, el Instituto Nacional de Cancerología y el personal médico atendió y prestó los servicios requeridos para tratar el cáncer de base de lengua que padecía el señor Estefan Becerra Rodríguez, a pesar que su enfermedad ya había sido tratada extra institucionalmente, pero que al ingreso al Instituto Nacional de Cancerología no se allegó sus antecedentes de tratamiento en otras instituciones.

Ahora bien, conforme a la historia clínica se evidencia que el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., realizó todas las diligencias pertinentes para brindar el tratamiento adecuado al señor Estefan Becerra Rodríguez, en tanto el paciente fue programado para cirugía, la cual no se pudo llevar a cabo porque no había disponibilidad en la unidad de cuidados intensivos del Instituto, sin embargo en la contradicción del peritaje rendido por el doctor Gabriel Sánchez de Guzmán Manifestó: *"es responsabilidad de uno garantizar que no solo se le haga la cirugía sino que su posoperatorio está en el lugar adecuado para garantizar que todo el esfuerzo que se hizo de una cirugía mayor se compense con un cuidado intensivo posoperatorio"* es decir que la cirugía que requería el señor Becerra comprometía muchos órganos y por lo tanto exigía de una unidad de cuidado intensivo que garantizara su recuperación, teniendo en cuenta que el procedimiento ponía en grave riesgo la vida e integridad del paciente.

De hecho, considera el Despacho, que en caso de que los profesionales de la salud del Instituto Nacional de Cancerología hubiesen tomado la determinación de practicar el procedimiento quirúrgico, como considera el apoderado de la parte actora debió haber sido el proceder de la entidad, sería un acto de irresponsabilidad, pues el paciente requería de un cuidado intensivo posoperatorio que garantizara su mejoría y muy seguramente el desenlace hubiese sido fatal para el paciente.

A esa conclusión arriba esta juzgadora, teniendo de presente las siguientes manifestaciones realizadas por el Doctor Gabriel Sánchez de Guzmán (médico cirujano de cabeza y cuello), en la audiencia de contradicción del dictamen, cuando

hace referencia al servicio prestado por el Instituto Nacional de cancerología para lo cual manifiesta:

(...) entonces recibió el tratamiento adecuado para el estadio en que ya cambio su enfermedad que fue de un tratamiento uno hubiera podido "ofrecerle una curación de su recaída de tumor vs. ya un tratamiento que era paliativo sabiendo que el paciente iba a fallecer por su enfermedad y que quedaba de garantía era ofrecerle calidad de vida ponerle una sonda para que se pudiera alimentar, hacerle una traqueotomía porque ya no podía respira, el tumor ya no le permitía respirar por la boca y nariz, manejarle su dolor darle soporte familiar o institucional, él tuvo esa atención en el Instituto de Cancerología, entonces respecto a que si recibió el tratamiento que debía recibir para su enfermedad en la fase terminal fue adecuado el manejo en el Instituto Nacional de Cancerología."

De esta manera, es indiscutible que la atención prestada por el Instituto Nacional de Cancerología al señor Estefan Becerra Rodríguez, fue la necesaria y pertinente como quiera que realizó todas las diligencias indispensables para brindar el tratamiento requerido; conforme a la historia clínica del paciente, es claro que la atención que recibió desde su ingreso, demuestra que el servicio ofrecido era con calidad, oportunidad, eficiencia y los tratamientos ordenados eran los adecuados, a pesar de lo avanzada que estaba la enfermedad, pues según la clasificación se encontraba en el estadio cuatro (iv) en donde el tumor puede hacer metástasis de estructuras vecinas, como el cerebro o el pulmón.

En cuanto a la segunda intervención que tenía programada para el 12 de mayo de 2010, se diagnosticó al paciente y se dictaminó lo siguiente (flo. 168 c5):

"Paciente programado para procedimiento quirúrgico (operación comando) hemimandibulectomía, vaciamiento radical de cuello y reconstrucción con colgajo libre. Se valoran imágenes con dres Gnecco, Bailen, Hidalgo y Jimenez y se considera que por extensión tumoral hacia vasos de cuello carotídeos y compromiso de espacio parafaríngeo no es conveniente realizar procedimiento quirúrgico. Se explica a familiares del paciente los posibles riesgos que esto implica y el porqué de la decisión tomada." (subraya el Despacho).

De lo anterior, se evidencia que se le explicó a los familiares del paciente los riesgos del procedimiento para el cual estaba citado el paciente para el 12 de mayo de 2010, dicha decisión que adoptaron los galenos correspondió a un criterio médico por el avance de la enfermedad, pues no se trataba simplemente de realizar la cirugía, sino que se tenía que analizar, se repite por el avance de la enfermedad, las complicaciones y consecuencias que podrían causar al señor Estefan Becerra un mayor daño al que ya padecía. De igual forma al paciente se le siguió brindando la atención necesaria como lo indicó el perito Dr. Gabriel Sánchez de Guzmán "...en este caso cuando llegó nuevamente para programar pues ya no era factible ofrecerle un tratamiento con intención curativa en esta fase el paciente entra en una fase que se llama paliativo, se le ofrece nuevamente radioterapia o quimioterapia y los cuidados que todos queremos darle al paciente contralor su dolor, se controle vía de alimentación que en este caso por ser cavidad oral iba a ser difícil que se pudiera alimentar, la respiración a el terminó haciéndosele una traqueotomía que es un tubo en la tráquea para poder respirar, se le colocó una sonda en el estómago para poderlo alimentar y tuvo muchos controles tanto por el servicio de urgencias, como por el servicio de cuidado paliativo en el Instituto de Cancerología hasta que finalmente falleció."

Así las cosas, se deduce de la historia clínica emitida por el Instituto Nacional de Cancerología, que este procuró la curación del cáncer de base de lengua que padecía el señor Estefan Becerra Rodríguez (q.e.p.d), con técnicas, procedimientos médicos y

quirúrgicos, para controlar dicha enfermedad, como las quimioterapias y las radioterapias, denominadas para el tratamiento de tumores como "tratamientos oncológicos" que consiste en la radicalidad y utilización de todos los métodos y elementos necesarios para lograr éxito en el procedimiento y ofrecer al paciente sometido a tratamiento la mejoría o controlar la enfermedad y procurar una buena calidad de vida.

Al respecto la Sección Tercera del H. Consejo de Estado en sentencia del 22 de marzo de 2012¹², hizo la siguiente precisión:

*"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 del Despacho).*

(...)

En consecuencia, para esta juzgadora no es viable endilgar responsabilidad al Instituto Nacional de Cancerología, en la medida que dicha institución fue diligente y oportuna en la asistencia y tratamientos ordenados al paciente, por lo que su actuar se enmarcó dentro de la *Lex Artis*, pues como se colige de la historia clínica, puso a disposición del paciente no solo el personal médico especialista requeridos para tratar la enfermedad que padecía, sino también los recursos físicos, tecnológicos y medicamentos disponibles en su momento, para tratar la enfermedad tan compleja y de alta gravedad que padecía el paciente que se encontraba en un estadio avanzado.

Es evidente que el Instituto Nacional de Cancerología agotó con diligencia y exhaustividad el tratamiento pertinente y el procedimiento fue adecuado oportuno y diligente teniendo en cuenta las condiciones de la enfermedad del paciente, ofreciendo alternativas para el tratamiento y brindarle una atención integral para garantizarle calidad de vida, en la fase terminal en que se encontraba.

De lo anterior, es fácil evidenciar que los demandantes no lograron demostrar el nexo causal entre el hecho y el daño, generado presuntamente por parte del personal médico adscrito al Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. y la lamentable muerte del señor Estefan Becerra Rodríguez, como quiera que dicha Institución le brindó a dicho paciente todos los cuidados desde su ingreso a la entidad y agotaron todos los procedimientos respectivos para mantener al paciente con vida a pesar del deteriorado estado de salud en el que llegó a dicha institución, toda vez que se encontraba en el estadio en el estadio IV de la enfermedad, es decir, en el nivel más alto en el que se puede calificar la gravedad del plurimentado cáncer.

¹² Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera- Subsección B; Consejera Ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO; Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil doce (2012); Radicación número: 08001-23-31-000-1996-00921-01 (23132).

De la responsabilidad de SALUDCOOP E.P.S., llamada en Garantía por el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E.

En cuanto a la llamada en garantía Saludcoop E.P.S., sea lo primero resaltar que la parte actora no la tuvo como demandada en la presente litis, pues solo endilgó responsabilidad al Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. quien hizo el llamamiento en garantía a Saludcoop E.P.S.; frente a esta entidad, aclara el Despacho, no existe ninguna prueba que pueda establecer, ni la veracidad de los hechos en que se fundamentan las pretensiones de la demanda, ni la responsabilidad de Saludcoop E.P.S., pues dentro del plenario no se encuentra probado que dicha E.P.S. realmente haya negado e incurrido en la demora de autorizaciones o negado la prestación del servicio médico que el paciente requería.

Si bien es cierto, el señor Estefan Becerra Rodríguez (q.e.p.d) presentó escritos de queja al Tribunal de Ética Médica, Ministerio de la Protección Social, a la E.P.S. Saludcoop, Superintendencia Nacional de Salud y al Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., que fueron allegados con la demanda, en los cuales hace referencia a que presentó una acción de tutela contra la E.P.S. Saludcoop, y que la misma fue decidida en su favor, también lo es, que ni el escrito de tutela ni la sentencia que decidió la misma fueron adosados al expediente, como tampoco las respuestas de las entidades en donde se radicaron las quejas, que muy seguramente con estos documentos se hubiese podido estudiar el grado de responsabilidad por parte de precitada E.P.S.

Ahora bien, como se ha reiterado en esta providencia, en el expediente no reposa copia de la historia clínica del señor Estefan Becerra Rodríguez o de los tratamientos practicados por Saludcoop E.P.S. u otras I.P.S., que puedan determinar si efectivamente Saludcoop E.P.S. incurrió en falla administrativa alguna, como lo es la demora en autorizaciones y exámenes que requieren los pacientes que padecen la enfermedad de cáncer, pues se repite, no se encuentra acreditado que se haya negado el acceso del afiliado a los servicios de salud y que la demora en las autorizaciones haya sido la causa eficiente del fallecimiento del señor Becerra Rodríguez.

Así las cosas, la parte actora y el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. no lograron demostrar que Saludcoop E.P.S. haya incumplido con su obligación legal de garantía de acceso a los servicios de salud determinados en la Ley 100 de 1993, en consecuencia, el nexo causal entre el daño sufrido y las presuntas actuaciones desplegadas por la EPS Saludcoop, no se encuentran acreditadas en el presente litigio.

Aunado a lo anterior, se encuentra demostrado el incumplimiento de la carga procesal probatoria por la parte demandante, conforme a lo siguiente:

- a. Al respecto, el Código General del Proceso, sobre la carga probatoria, en su Artículo 167¹³, dispuso que las partes interesadas dentro del proceso son

¹³ Artículo 167. Carga de la Prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

las encargadas de probar los supuestos de hecho y que, cabe resaltar, es el juez el encargado, de oficio o a petición de parte, de distribuir la carga procesal probatoria que le incumbe a alguna de las partes que suscita un hecho que debe ser probado.

- b. Así pues, **(i)** la parte demandante no cumplió con la carga probatoria que le imponía la norma citada con antelación, teniendo en cuenta que no allegó al proceso oportunamente la prueba idónea y eficaz que diera sustento al hecho que supone el daño antijurídico del demandante; y, **(ii)** en efecto, tampoco aportó pruebas de una actividad diligente, tendiente a que se allegara el medio de convicción necesario para determinar la existencia del daño antijurídico alegado en la demanda, es decir, no asumió la carga probatoria que le correspondía para demostrar la ocurrencia de los hechos narrados en la demanda como el nexo causal entre el daño padecido y la acción u omisión en que haya incurrido la entidad demandada.

Por consiguiente, en el presente asunto no se logró demostrar que el daño haya sido causado por una situación imputable a la administración, que exista una relación causal entre el daño y la entidad, situación que, si estuviera probada, podría configurarse la antijuridicidad del daño.

Es preciso resaltar, que en el presente caso, el nexo causal entre el hecho y el presunto daño generado a la parte actora por parte del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. que tuvo como consecuencia la muerte del señor Estefan Becerra Rodríguez, brilla por su ausencia, como quiera que no se le puede endilgar responsabilidad a la misma toda vez que:

(i) El señor Becerra Rodríguez, cuando acudió a dicho instituto la enfermedad que padecía tenía una evolución de aproximadamente dos (2) años, **(ii)** no se allegó al expediente documento alguno (historia clínica) que demostrara el tratamiento que se le había aplicado al paciente para contrarrestar la enfermedad que venía padeciendo (cáncer de base de lengua) en otra u otras instituciones que le hubiesen prestado el servicio de salud, específicamente lo relacionado con la quimioterapia y radioterapia, **(iii)** la enfermedad que padecía se encontraba en el cuarto **(iv)** estadio, es decir, el más alto dentro de la clasificación para esta clase de enfermedad, **(iv)** ingresa al Instituto Nacional para manejo de gastrostomía, la cual le fue realizada sin complicación. **(v)** Al paciente se le brindaron los servicios médicos y asistenciales que requería para la enfermedad que padecía, **(vi)** si bien es cierto en junta médica de cabeza y cuello se autorizó realizar cirugía para un monobloqueo faríngeo, no es menos cierto que la mentada cirugía no pudo practicarse en la fecha inicialmente programada debido a que no se contaba para el momento con disponibilidad de la unidad de cuidados intensivos (UCI), de vital importancia para garantizar el éxito no solo de la cirugía a practicar sino de su posoperatorio, **(vii)** que la mentada cirugía, luego de realizar todos los exámenes pertinentes se reprogramó, pero llegado el día ya no era factible realizar la misma, sino ofrecerle un tratamiento paliativo, el cual efectivamente se le prestó con el fin de controlar el dolor, que pudiera respirar y alimentarse, recibiendo controles tanto por el servicio de urgencias, como por el servicio de cuidado paliativo del Instituto de Cancerología hasta que finalmente falleció.

Habida consideración de lo expuesto, el Despacho negará las pretensiones de la demanda, como quiera que no se logró demostrar la responsabilidad del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. y de los llamados en garantía, en los hechos que conllevaron al deceso del señor Estefan Becerra Rodríguez.

5. DE LA CONDENA EN COSTAS

El numeral 8º del artículo 365 del C.G.P., señala que *"Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"*.

Como en el presente proceso no se encuentra demostrada tal situación, no se condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TREINTA Y DOS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- Negar las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO.- Sin condena en costas en el presente asunto, atendiendo lo expuesto en precedencia.

TERCERO.- Por Secretaría del Juzgado, procédase a la notificación de la sentencia en la forma dispuesta en el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011 y/o artículo 295 del C.G.P., según corresponda.

CUARTO.- Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría del Juzgado liquídense los gastos del proceso, y en caso de remanentes devuélvanse al interesado. Cumplido lo anterior archívese el expediente, dejando las constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


JAZMÍN DEL SOCORRO ESLAIT MASSON
JUEZ

