

**ACCION DE REPARACION DIRECTA - Muerte de paciente por cáncer. No existió falla del servicio ni indebida prestación del servicio médico / ACCION DE REPARACION DIRECTA - El daño sufrido por una enfermedad con estado médico complicado no genera necesariamente responsabilidad del Estado**

En otras oportunidades, esta Corporación ha considerado que si el daño sufrido por el paciente se origina en una condición adversa de su propio estado de salud que, a pesar de los esfuerzos médicos, no es posible contrarrestar, esta situación impide que surja la responsabilidad estatal. En el caso bajo análisis, al haberse observado que la muerte ocurrió con ocasión de la complicación de la enfermedad que presentaba la señora (...) se aplicará la misma regla. En resumen, no se observa una falla en la prestación del servicio médico imputable al Instituto de Seguros Sociales porque tal afirmación no está demostrada. Por el contrario, al leer en detalle la historia clínica de la señora (...) se encuentra que la entidad demandada prestó el servicio de ortopedia de forma oportuna, formuló diagnósticos adecuados a la situación que se le presentaba, descartó la presencia de cáncer pulmonar a través de exámenes idóneos para ello y, al detectar finalmente la enfermedad, trató de mitigar sus efectos por medio de los recursos médicos y científicos establecidos para el efecto. Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primer grado en el sentido de denegar las pretensiones de la demanda.

**FALLA DEL SERVICIO MEDICO - No se configuró. No se omitió prestación del servicio médico**

Dado que la señora Ortega Álvarez estaba recibiendo tratamiento ortopédico en el trámite de la acción constitucional y lo siguió obteniendo después del fallo de tutela, la Sala no observa que la entidad demandada haya omitido la prestación del servicio y, por lo tanto, no encuentra una conducta irregular imputable a la administración. Además, es contrario a la verdad que el tratamiento ortopédico se haya tardado dos años desde que fue solicitado. En el recurso de alzada se afirma que “transcurrieron dos años para poder enviar a la paciente al ortopedista, para que comenzara a desenvolverse la madeja médica” (...) y se dice que “el tiempo que se perdió de dos años en enviar a la paciente donde los especialistas hizo que el tumor creciera” (...). Sin embargo, entre la orden de remisión al área de ortopedia –7 de mayo de 1999– y la efectiva atención por parte del ortopedista –22 de julio de 1999 –, solo transcurrieron dos meses y quince días, por lo que tampoco se observa una prestación tardía del servicio de salud.

**FALLA DEL SERVICIO MEDICO - No existió prestación tardía del servicio médico. Paciente que fumaba cigarrillo muere a causa de cáncer pulmonar**

Ciertamente, en la apelación se cuestiona que los especialistas, a pesar de conocer que la paciente era fumadora de un paquete diario de cigarrillos desde hacía casi 50 años y de advertir que registraba síntomas de complicación pulmonar como tos, expectoración mucosa y disnea, no la remitieron al neumólogo sino dos años después de su valoración. Está probado que la paciente fue valorada el 7 de mayo de 1998 y que desde ese momento se dejó constancia de que era una persona que fumaba un promedio de veinte cigarrillos diarios durante un lapso de 45 a 50 años, y que se quejaba de tos, por lo que se ordenó la práctica de una placa de rayos X de tórax para descartar carcinoma o bronquitis crónica (...). El 27 de abril de 1999 se practicó la radiografía y en esta se registró que “no hay evidencia de lesión ósea o articular” ni “signos de compromiso infeccioso o tumoral” (...). Luego se le practicaron exámenes de rayos X que no registraron la presencia de masa o tumor pulmonar: el examen del 7 de mayo de

1999 presentó resultados normales (...) el análisis del 22 de julio de 1999 reportó únicamente una disminución del espacio acromio-clavicular y osteofitos (...); y en el examen del 21 de septiembre de 1999 se registró pérdida de peso, antecedentes de bronquitis crónica y pulmones con hipoventilación marcada en ambos campos (...). La detección del cáncer pulmonar tuvo lugar el 26 de noviembre de 1999 al conocerse los resultados de la resonancia magnética nuclear, que reportó haber hallado “incidentalmente” una masa como el posible origen del dolor “ya que hay contacto pleural y costal postero-lateral” (f. 40, c. 1). La tomografía confirmó este hallazgo al evidenciar unas masas cuyas características tomográficas sugerían ser de origen torácico, por lo cual se consignó el diagnóstico de carcinoma broncogénico o tumor de Pancoast (...). Finalmente, la biopsia de masa pulmonar corroboró definitivamente este diagnóstico (...). Podría pensarse, en principio, que el lapso transcurrido entre el 21 de septiembre de 1999 –cuando se registraron dificultades respiratorias y pérdida súbita de peso– y el 26 de noviembre de 1999 –cuando se probó la presencia de una masa pulmonar– es un término excesivo para brindar un tratamiento por las afecciones pulmonares, como parece sugerirlo la demanda. No obstante, la Sala carece de pruebas para afirmar que estos dos meses implicaron una tardanza que se tradujo en un empeoramiento de la condición médica del paciente o en una pérdida de la oportunidad de manejar la enfermedad cancerígena. Ante la ausencia de un concepto especializado en ese sentido, afirmar que la muerte de la paciente pudo haberse evitado con la práctica de unos exámenes dos meses antes, no trasciende del campo de la conjetura. Al contrario, es claro que la entidad, en una etapa muy temprana de la valoración –27 de abril de 1999– descartó el tumor como causa del dolor de la paciente. Además, en los diversos exámenes de rayos X no se registró ningún compromiso de tipo tumoral, de modo que no es cierta la afirmación de la parte apelante, según la cual el ISS dejó transcurrir el tiempo y dejó crecer el tumor sin practicar los exámenes pertinentes. (...) Bien se observa que la paciente presentó casi todos los síntomas relacionados con cáncer de pulmón y, por su parte, los médicos tratantes agotaron el protocolo médico previsto para estos casos.

#### **FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Pérdida de oportunidad. No se configuró**

El recurso de apelación se afirma, por último, que la paciente perdió la oportunidad de un tratamiento quirúrgico, pues al detectarse el tumor pulmonar, ya se había propagado, por lo que debió ser sometida a un proceso de radioterapia que solo le prolongó la vida por dos meses. (...) Al respecto, solo resta (sic) (sic) reiterar que los médicos, en atención a los antecedentes y síntomas de la paciente, practicaron los exámenes que eran necesarios para descartar la presencia de un tumor cancerígeno, si bien estos esfuerzos fueron en vano. De haberlo identificado en una fase anterior, seguramente habrían intentado la opción quirúrgica, pero dado que la masa pulmonar solo se advirtió el 26 de noviembre de 1999, los galenos se limitaron a establecer la naturaleza de la enfermedad a través de la biopsia pulmonar y a paliar sus efectos negativos por medio de la aplicación de radioterapia (...). Al revisar la literatura médica, se encuentra que para determinar si es recomendable someter al paciente con cáncer de pulmón a cirugía, es preciso conocer, por lo menos, el tipo de tumor, el estado de los ganglios linfáticos regionales, si hay o no metástasis a distancia y la estadificación de grupo. Estos elementos no se registran en la historia clínica, por lo que resulta imposible para la Sala predecir si de haberse detectado el tumor cancerígeno en una etapa más temprana, de ser eso factible, el daño final –el fallecimiento de la paciente– se habría evitado o se habría postergado por medio de una intervención quirúrgica. Esta aseveración pertenece al terreno de la conjetura y carece de todo respaldo probatorio, de manera que la Sala se abstendrá de profundizar en esta cuestión.

En todo caso, es claro que la muerte de la señora Ortega Álvarez sobrevino como consecuencia de la agravación natural de la condición que padecía.

**COSTAS - No condena**

No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia una actuación temeraria de ninguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

**FUENTE FORMAL:** LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 55 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, DECRETO 01 DE 1984 - ARTICULO 171

**NOTA DE RELATORIA:** Con salvamento de voto de la consejera Stella Conto Díaz del Castillo

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION B**

**Consejero ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO**

Bogotá, veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014).

**Radicación número: 05001-23-31-000-2002-00456-01(31508)**

**Actor: ROSA VIRGINIA TORO ORTEGA**

**Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**

**Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia de 28 de febrero de 2005, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Risaralda, Caldas y Chocó, Sala de Descongestión, Sección Tercera, en la cual se denegaron las pretensiones de la demanda. La providencia será confirmada.

**SÍNTESIS DEL CASO**

La señora María Berenice Ortega Álvarez, afiliada al Instituto de Seguros Sociales (ISS) en calidad de beneficiaria pensionada, fue tratada por los médicos de esa entidad desde 1998 por un dolor en el hombro que se diagnosticó como bursitis y luego como ruptura del manguito rotador del hombro derecho. La paciente recibió tratamiento de ortopedia, pese a lo cual interpuso acción de tutela y posteriormente incidente de desacato para recibir una mejor atención. En agosto de 1999, la señora Ortega fue valorada por un ortopedista que ordenó la práctica de resonancia nuclear magnética del hombro derecho. Concluido el citado examen, el radiólogo tratante descartó la existencia de ruptura del manguito rotador y halló "*incidentalmente*" una masa pulmonar que, a su juicio, podría constituir el origen del dolor en el hombro, por lo que sugirió una tomografía de tórax. Al practicarse la tomografía, se evidenció que la masa pulmonar era compatible con un carcinoma broncogénico o tumor de Pancoast. Con este diagnóstico, la paciente fue remitida al neumólogo, quien a su vez dispuso la práctica de biopsia pulmonar, y este procedimiento reportó la presencia de un adenocarcinoma de pulmón. Pese a los tratamientos con radioterapia paliativa, el tumor cancerígeno invadió la caja torácica, lo que causó la muerte de la señora Ortega Álvarez el 24 de enero de 2000.

## **ANTECEDENTES**

### **I. Lo que se pretende**

1. Mediante escrito presentado el 18 de enero de 2002 y dirigido al Tribunal Administrativo de Antioquia, la señora Rosa Virginia Toro, en condición de hija de María Berenice Ortega Álvarez y en ejercicio de la **acción de reparación directa** que establece el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda contra el Instituto de Seguros Sociales (ISS) con el objetivo de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (f. 1-7, c. 1):

*PRIMERO: Que se declare que el I.S.S. (Seccional Medellín) es directa, administrativamente y extracontractualmente responsable de los perjuicios materiales y morales causados al actor por falla en la prestación del servicio médico y le originaron la muerte a su madre María Berenice Ortega Álvarez.*

*SEGUNDO: Condénese, en consecuencia, a la demandada, como reparación del daño ocasionado, a pagar al actor (heredero) los perjuicios de orden material y moral, los cuales se estiman como mínimo en \$330.575.742, o conforme con lo que se pruebe en el proceso.*

*TERCERO: Sobre el total de la suma que corresponda a favor del actor, deberá liquidarse la indexación que determina el artículo 178 del C.C.A. y respecto a los perjuicios morales se tendrá en cuenta la cotización que certifique el Banco de la República del grammo oro a la fecha de ejecución de la sentencia final y la certificación del DANE sobre índices de precios al consumidor.*

*CUARTO: La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 del C.C.A.*

*QUINTO: Si no se efectúa el pago oportunamente, la entidad condenada liquidará los intereses comerciales y moratorios hasta que le dé cabal cumplimiento a la sentencia que le puso fin al proceso conforme lo prevé el artículo 177 del C.C.A.*

*SEXTO: La entidad demandada cancelará las costas de este proceso.*

2. Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora alegó que la señora María Berenice Ortega Álvarez estaba afiliada al Instituto de Seguros Sociales en calidad de beneficiaria pensionada y, por lo tanto, la entidad estaba obligada a prestarle el servicio de salud. Como hechos que considera constitutivos de falla en la prestación del servicio médico, señaló: (i) el tratamiento del ortopedista fue deficiente y tardío, como lo demuestra el hecho de que la paciente haya tenido que acudir a acción de tutela e incidente de desacato para recibir una atención oportuna; (ii) pese a que la paciente presentaba un cuadro de expectoración mucosa y disnea, y a que se registraba en la historia clínica que era fumadora constante, los médicos tratantes no acertaron a remitirla al neumólogo; (iii) a pesar de que las radiografías de hombro derecho practicadas en 1997 mostraban la presencia de un nódulo o masa en la parte superior del pulmón derecho, los médicos no detectaron el cáncer de pulmón sino hasta agosto de 1999, cuando se llevaron a cabo la resonancia nuclear magnética y la tomografía

de tórax, lo que causó que por lo avanzado del tumor no pudiera practicarse cirugía alguna y debiera acudir a la radioterapia paliativa (f. 1-7, c. 1).

3. Como estimación razonada de la cuantía, solicitó una reparación de \$298.575.742 por concepto de perjuicios materiales en la modalidad del lucro cesante y el equivalente a 2.000 gramos de oro en calidad de compensación del perjuicio moral (f. 6, c. 1).

## II. Trámite procesal

4. Admitida la demanda por parte del Tribunal (f. 70, c. 1) y notificado el auto admisorio a la entidad (f. 72 c. 1), esta no dio contestación.

5. Dentro del término legal para **alegar de conclusión** en primera instancia, intervinieron las dos partes, así:

5.1. La entidad demandada hizo un recuento detallado del tratamiento médico dispensado a la señora Ortega Álvarez y afirmó que se trataba de una persona de 60 años que había fumado un promedio de una caja de cigarrillos diaria durante 45 años. Señaló que la paciente presentaba una patología con evolución de más de 8 años, consistente en artrosis acromioclavicular y pinzamiento de tendones del manguito rotador del hombro, que no podía ser secundaria al carcinoma broncogénico, dado que el tumor "*no le habría permitido una sobrevida tal alta*" (f. 163, c. 1). Al respecto, agregó que a la paciente se le hicieron exámenes de rayos X de tórax y baciloscopia que dieron negativos para bronquitis, carcinoma y lesiones tumorales. Afirmó que en los estudios radiológicos previos a la resonancia magnética no se encontraron signos de un nódulo pulmonar. Aclaró que aún si se hubiera detectado el adenocarcinoma en una fase más temprana, el procedimiento quirúrgico habría sido insuficiente, pues se trata de un tumor maligno que deja al paciente poco tiempo de vida. Añadió que en el caso de la señora Ortega Álvarez el proceso quirúrgico estaba contraindicado porque la paciente registraba neumopatía crónica secundaria a tabaquismo. En ese sentido, criticó a la parte actora por no haber acreditado que la

entidad haya mostrado una actitud negligente o haya prestado un servicio tardío y afirmó que, al contrario, la institución actuó de manera seria, oportuna y acorde con la patología presentada. Por último, concluyó que al haber sobrevenido la muerte de la paciente por una causa orgánica, se debe eximir de responsabilidad a la entidad y denegar las pretensiones de la demanda (f. 160-167, c. 1).

5.2. La parte actora señaló, en primer lugar, que el presente caso debe resolverse a partir del régimen de responsabilidad de la “*falla presunta*”, según el cual la entidad prestadora del servicio de salud es la encargada de demostrar que actuó según el deber de la ciencia médica, debido al conocimiento especializado que le asiste. En segundo lugar, alegó que los médicos tratantes incurrieron en un error de diagnóstico al presentar como una bursitis o una ruptura del manguito rotador del hombro lo que en realidad era un carcinoma broncogénico. Manifestó que la falla en el servicio se observa en el hecho de no haber detectado a tiempo el tumor que aquejaba a la señora Ortega Álvarez, pues dejaron transcurrir más dos años y permitieron que el mismo se extendiera. Finalmente, afirmó que el ISS no logró demostrar haber actuado con eficiencia, diligencia y cuidado, de modo que debe asumir su responsabilidad (f. 168-171, c. 1).

6. El 28 de febrero de 2005, el Tribunal Administrativo de Antioquia, Risaralda, Caldas y Chocó, Sala de Descongestión, Sección Tercera, profirió **sentencia de primera instancia** en la que denegó las súplicas de la demanda al considerar que no existía falla en el servicio atribuible al Instituto de Seguros Sociales. En primer lugar, señaló que a pesar de evidenciarse que la paciente solo fue valorada por el ortopedista luego de interponer una acción de tutela, esta circunstancia no tiene relación de causalidad con la muerte de la señora Ortega Álvarez. En segundo lugar, encontró que a la paciente se le practicaron distintos exámenes con el objeto de averiguar la causa del dolor y que estos procedimientos arrojaron resultados negativos para la presencia de lesiones tumorales. Indicó que al momento de hallarse incidentalmente el tumor, la paciente no revelaba síntomas de la posible existencia de esa anomalía corporal. Agregó que al

detectarse el carcinoma broncogénico, los especialistas lo trataron adecuadamente, pese a lo cual la paciente murió el 24 de enero de 2000, dos meses después del diagnóstico de la enfermedad, debido al rápido avance de la misma. El *a quo* concluyó que, en general, la atención que la entidad demandada prestó a la señora Ortega Álvarez fue ágil, oportuna y cuidadosa, por lo que no había lugar a declarar su responsabilidad. Este es el fundamento de la decisión (f. 192-194, c. 2):

*Estudiado el escueto acervo probatorio obrante en el expediente, esta Sala parte de considerar que al momento de evaluar al paciente, el médico está ante un juicio incierto, ya que la actividad de la medicina no puede asimilarse a una operación matemática. No se puede imponer a los médicos el deber de acertar en el caso bajo estudio pues la sintomatología presentada por la señora Ortega Álvarez era propia de un problema óseo, y bajo ese criterio se desplegó toda la actividad médica. No desconoce esta Sala que fue solo a través de la acción de tutela que logró ser evaluada por el ortopedista, pero dicho evento no tiene nexo de causalidad con la muerte de la señora Ortega Álvarez.*

*Así las cosas, debe evaluarse si se utilizaron todos los recursos, esto es, si se practicaron los procedimientos adecuados para llegar a un diagnóstico acertado. Del estudio de la historia clínica se observa que de acuerdo con la patología presentada por la paciente y su evolución, le fueron ordenadas resonancias, rayos X, exámenes de laboratorio, entre otros, buscando la causa de sus dolencias; todos ellos fueron ordenados por los médicos, fueron practicados por la institución y los galenos hicieron una valoración adecuada.*

*En el momento en que presentaron patologías familiarizadas con sintomatología respiratoria en el año 1998, le fueron ordenadas placas de rayos X de tórax y baciloscopias, exámenes que fueron practicados y arrojaron resultados negativos frente a una eventual lesión tumoral.*

*Cuando en noviembre de 1999, incidentalmente, en la resonancia nuclear magnética se encontró una masa de origen tumoral, que mediante biopsia percutánea demostró ser un carcinoma broncogénico, se prestó la debida atención médica a la paciente, quien por sus antecedentes de tabaquismo extremo murió rápidamente.*

*Del examen de la historia clínica se concluye que el Instituto de los Seguros Sociales, en este proceso, actuó con diligencia y cuidado; en lo que tuvo que ver con el tratamiento de las patologías presentadas por la paciente, sin que fuese tardío o descuidado el descubrimiento del tumor, cuyo hallazgo se hizo en forma accidental, porque al momento de su descubrimiento no presentaba síntomas que llevaran a pensar que existía tal situación corporal anómala.*

*Finalmente, esta Sala considera que la atención prestada a la señora María Ortega Álvarez, durante el tiempo comprendido entre los años 1998 al 25 de noviembre de 1999, fue adecuado en relación con la sintomatología que presentaba, esto es, el dolor intenso de hombro, debilidad en los músculos, la hipertrofia de trapecio, síntomas que fueron tratados con fisioterapia, infiltraciones, resonancias y medicamentos; tiempo durante el cual el Instituto de los Seguros Sociales brindó la atención médica idónea y necesaria. Ya en noviembre de 1999, a raíz del tratamiento brindado a la señora Ortega Álvarez, se descubrió accidentalmente una masa pulmonar como posible origen del dolor, lo cual originó un nuevo examen: la tomografía de tórax.*

*En la tomografía de tórax se descubrió carcinoma broncogénico, el cual fue tratado de acuerdo a su estado avanzado, ordenando realizar una biopsia percutánea guiada por la tomografía, TAC de tórax contrastado, exámenes de laboratorio, entre otras, órdenes todas que fueron ejecutadas por la entidad prestadora de salud. No obstante las actividades desplegadas por el demandado en la prestación de sus servicios, la paciente falleció el 24 de enero de 2000, por el rápido y definitivo avance de la enfermedad, casi 2 meses después del diagnóstico de la enfermedad.*

7. Contra la decisión anterior, la parte actora interpuso **recurso de apelación**, en el que insiste que la entidad demandada incurrió en falla en el servicio por varias razones: (i) solo con la interposición de la acción de tutela y el posterior incidente de desacato se logró una atención por parte del especialista en ortopedia; (ii) el ortopedista se equivocó en el diagnóstico al formular como tal una ruptura del manguito rotador en el hombro derecho; (iii) a pesar de que se sabía que la paciente fumaba un promedio de 20 cigarrillos diarios y que registraba síntomas de afección pulmonar como tos, expectoración mucosa y disnea, los médicos no se tomaron la molestia de remitirla al neumólogo sino dos años después; (iv) debido a la demora en un diagnóstico adecuado, la paciente perdió la oportunidad de un tratamiento quirúrgico, pues al detectarse el cáncer de pulmón ya este se había propagado, por lo cual la paciente falleció apenas dos meses después de que se le hallara el tumor. Por lo tanto, solicita que se acceda a las pretensiones de la demanda y se declare la responsabilidad de la entidad por el deceso de la señora María Berenice Ortega Álvarez, en estos términos (f. 197-199, c. 2):

*Desde el año 1997 hasta 1999, no se le ocurrió evaluar a la paciente con el ortopedista, solamente a raíz de la tutela se obligó al I.S.S. Y*

*esta entidad quiere solucionar el problema médico de los pacientes con los médicos generales de planta, esa es la razón de la renuencia de no querer remitir la paciente a donde el ortopedista.*

*Luego este señor, el ortopedista, diagnosticó ruptura del manguito rotador y ordena infiltraciones, diagnóstico equivocado.*

*Se ordenó la resonancia nuclear magnética del hombro derecho, el radiólogo descarta todo lo anterior y ordena tomografía que evidencia el cáncer tumor Pancoast.*

*La paciente era una fumadora de aproximadamente 20 unidades diarias. A un abogado, al decirle que esta paciente tiene problemas de salud, enseguida piensa en una enfermedad que se relacione con los pulmones, eso es este profesional, ahora un profesional no intuya, no razone, de pronto es porque no se está interesado en los pacientes y más bien se tiene un control de no enviar pacientes a los especialistas como el neumólogo, el tiempo corría y el tumor crecía.*

*Transcurrieron dos años para poder enviar a la paciente al ortopedista para que comenzara a desenvolverse la madeja médica, no se puede decir que no hubo negligencia por parte de la demandada, la paciente también presentó síntomas referidos al aparato respiratorio como tos, expectoración mucosa, disnea y por último ordenan la interconsulta con el neumólogo, quien, después que el tumor había avanzado ordenó la biopsia pulmonar, ya para qué. Resultó adenocarcinoma pulmonar.*

*La ciencia médica reporta que el adenocarcinoma pulmonar es un tumor maligno pulmonar de mejor pronóstico con el tratamiento quirúrgico oportuno, sobre todo en mujeres, el tratamiento quirúrgico no se le ofreció a la occisa; el carcino avanzó por el I.S.S. no ordenar que a la paciente la tratara el ortopedista, demoró dos años hasta cuando se lo ordenó el juez de tutela, y luego sí se descubrió el cáncer pero ya era tarde.*

*La paciente no estaba obligada a padecer o soportar el comportamiento de la demandada, el tiempo que se perdió de dos años en enviar a la paciente a donde los especialistas, hizo que el tumor creciera y la paciente falleciera, tanto es así que después de dos meses de descubierto el carcinoma la paciente muere. Lo que nos indica que el tiempo que se perdió de dos años, porque la demandada no quería enviar a la paciente donde el ortopedista, a partir de él comienza a solucionarse el problema o diagnóstico, si la conducta de la demandada hubiera sido a la que estaba obligada, se hubiera podido operar a la paciente, quien no estaba obligada o comprometida a soportar esta conducta.*

*El I.S.S. sí obró negligentemente, no envió en tiempo oportuno al paciente donde el especialista, poniendo por encima los gastos médicos que la vida del paciente. Señor superior, a partir del especialista se comienza a aclarar la situación médica del paciente pero ya habían transcurrido dos años y el tumor creciendo.*

8. Dentro del término legal para **alegar de conclusión** en segunda instancia, la parte demandante guardó silencio. Por su parte, el Instituto de Seguros Sociales solicita que se confirme el fallo apelado, para lo cual señala, en primer lugar, que al no estar en discusión el tratamiento brindado a la paciente con ocasión de la dolencia en el hombro, el juicio de responsabilidad se debe circunscribir a la actuación de los médicos en el diagnóstico y el manejo del cáncer detectado. En segundo lugar, considera que la afección en el hombro derecho que cursó la paciente durante siete años fue manejada por el área de ortopedia, que orientó sus exámenes, diagnósticos y tratamientos al tratamiento de ese dolor, pues no se presumía que la señora Ortega Álvarez presentara cáncer. En ese sentido, señala que luego de detectarse el carcinoma se siguió un procedimiento riguroso para tratarlo, pero debido a la gravedad de la enfermedad la paciente murió. Finalmente, aclara que no toda dolencia que presente un fumador está asociada necesariamente a la presencia de cáncer, pues puede obedecer a otras causas (f. 208-210, c. 2).

## CONSIDERACIONES

### I. Presupuestos procesales de la acción

9. Por ser la demandada una entidad estatal, el presente asunto es de conocimiento de esta **jurisdicción**, de acuerdo con el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo.

10. La Corporación tiene **competencia** para conocer del asunto en razón del recurso de apelación presentado por la parte actora, en un proceso con vocación de segunda instancia en los términos del Decreto 597 de 1988, dado que la cuantía de la demanda, determinada por el valor de la mayor de las pretensiones, que corresponde a la solicitud de reparación por concepto de perjuicios materiales, supera la exigida por la norma para el efecto<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> En la demanda presentada el 18 de enero de 2002, la pretensión de mayor valor, correspondiente a la solicitud de indemnización del daño material en la modalidad del lucro cesante a favor de Rosa Virginia Toro Ortega, fue estimada en \$298.575.742 (f. 6, c. 1). Por estar vigente al momento de presentación de la

11. La acción de reparación directa establecida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo es la **procedente** en este caso, por cuanto las súplicas de la demanda van encaminadas a la declaratoria de responsabilidad del Instituto de Seguros Sociales (ISS) por las acciones y omisiones atribuidas a esta entidad y que, según la parte demandante, condujeron a la muerte de la señora María Berenice Ortega Álvarez.

12. Interesa recordar que, de acuerdo con el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, la Sala debe limitarse a analizar los aspectos de la sentencia de primer grado que el impugnante cuestiona en el recurso de apelación<sup>2</sup> o aquellos “*consecuenciales, accesorios o derivados del aspecto de la sentencia que fue recurrido*”<sup>3</sup>. Al respecto, la Corporación ha insistido en que el juez de segunda instancia no puede determinar libremente lo desfavorable al recurrente ni enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso<sup>4</sup>.

13. En cuanto a la **legitimación en la causa** por activa, se demostró el lazo de parentesco entre la señora María Berenice Ortega Álvarez y la demandante Rosa Virginia Toro Ortega<sup>5</sup>. Sobre la legitimación en la causa por pasiva, se comprueba que el daño invocado en la demanda proviene de actuaciones del Instituto de Seguros Sociales, de manera que la Nación, representada por esta entidad, se tiene legitimada como parte demandada en este asunto.

14. Finalmente, en lo atinente a la **caducidad** de la acción, la Sala constata que en el presente caso no opera tal fenómeno, pues el daño que

---

demanda, se aplica el artículo 2° del Decreto 597 de 1988, que modificó el numeral 10 del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, y que dispone que la cuantía necesaria para que un proceso de reparación directa iniciado en 2002 fuera de doble instancia, debía ser superior a \$36.950.000.

<sup>2</sup> El artículo 357 del Código de Procedimiento Civil consagra al respecto: “*el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella*”.

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 9 de febrero de 2012, exp. 20104, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 26 de junio de 2012, exp. 21507, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

<sup>5</sup> Está probado que Rosa Virginia Toro era hija de la señora Berenice Ortega Álvarez (certificado de registro civil de nacimiento –f. 54, c. 1–).

se alega –la muerte de la señora Ortega Álvarez– tuvo ocurrencia el 24 de enero de 2000 y la demanda se interpuso el 18 de enero de 2002, es decir, dentro del término bienal que prevé para tal efecto el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

## **II. Problema jurídico**

15. La Sala debe determinar si la muerte de la señora María Berenice Ortega Álvarez resulta imputable jurídica o fácticamente al Instituto de Seguros Sociales por haber prestado un servicio médico u hospitalario negligente, deficiente o tardío, o por otra causa que le sea atribuible. De comprobarse la responsabilidad de la entidad demandada, se procederá a la respectiva liquidación de los perjuicios a indemnizar.

## **III. Validez de los medios de prueba**

16. Según el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al procedimiento administrativo en virtud de lo dispuesto en el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo<sup>6</sup>, las pruebas practicadas válidamente en un proceso judicial podrán trasladarse a otro en copia auténtica y serán apreciables sin más formalidades, *“siempre que en el proceso primitivo se hubieran practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella”*.

16.1. En este caso, la parte actora solicitó expresamente en la demanda que se requiriera al Juzgado 26 Penal del Circuito de Medellín para que allegara copia auténtica del proceso de tutela n.º 990104, la sentencia y los llamados hechos al ISS para que cumpliera el citado fallo (f. 5, c. 1). El Tribunal decretó dicha prueba (f. 73, c. 1) e instó a la autoridad requerida para que allegara el mencionado proceso (f. 82, c. 1). En virtud de esta disposición, el Juzgado 26 Penal del Circuito de Medellín remitió copia auténtica del proceso de tutela antes referido (f. 83-130, c. 1).

---

<sup>6</sup> Código Contencioso Administrativo. *“Artículo 267. En los aspectos no contemplados en este código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo contencioso administrativo”*.

16.2. Las pruebas ordenadas y practicadas en el curso del proceso de tutela serán apreciadas por la Sala dado que fueron aportadas en copia auténtica<sup>7</sup> por la entidad requerida y que estuvieron a disposición de la parte demandada, por lo que tuvo la oportunidad procesal de conocerlas y de controvertirlas. El ISS integra la persona jurídica de la Nación, de modo que no puede alegar el desconocimiento de tales pruebas, porque fueron practicadas en el proceso primitivo a petición y con intervención de la misma parte –la Nación– contra quien se aducen ahora<sup>8</sup>.

#### **IV. Hechos probados**

17. De acuerdo con las pruebas incorporadas al expediente, están acreditados en el proceso los siguientes hechos relevantes:

17.1. El 7 de mayo de 1998, el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Antioquia, valoró a la señora María Berenice Ortega Álvarez, registró que se trata de una paciente de 58 años, fumadora de un paquete diario de cigarrillos por un lapso de 50 años, que se queja de tos, y dispuso la práctica de un examen de rayos X de tórax para “*descartar carcinoma o bronquitis crónica*” (historia clínica –f. 14, c. 1–).

17.2. El 5 de agosto de 1998 se le practicó a la paciente un examen de baciloscopia que arrojó resultados negativos para presencia de bacilos acido-alcohol resistentes (historia clínica –f. 15, c. 1–).

17.3. El 7 de septiembre de 1998, la paciente presentó paresias en los miembros superiores y el cuello, en el lado derecho, por lo cual el ISS le solicitó electromiografía cervico-bronquial. Como impresión diagnóstica se planteó discopatía cervical u osteoporosis (historia clínica –f. 20, c. 1–).

---

<sup>7</sup> Sin perjuicio de la reciente decisión de unificación de la Sala Plena de esta Sección, según la cual los medios de prueba documentales traídos en copia simple al proceso serán valorados sin mayores formalidades, siempre que no se haya cuestionado su autenticidad a través de la tacha de falsedad. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 28 de agosto de 2013, exp. 25022, C.P. Enrique Gil Botero.

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 20 de febrero de 2014, exp. 30615, C.P. Ramiro Pazos Guerrero; sentencia de 9 de febrero de 2011, exp. 16934, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

17.4. El 27 de abril de 1999, en la Clínica Víctor Cárdenas Jaramillo, el servicio de imagenología reportó la ausencia de lesión ósea o articular y la falta de signos de compromiso infeccioso o tumoral, pero no descartó la posibilidad de bursitis. Concluyó que el estudio de hombro está dentro de los parámetros normales (historia clínica –f. 21, c. 1–).

17.5. El 7 de mayo de 1999, el ISS remitió a la señora Ortega Álvarez al área de ortopedia, dejó constancia de que tiene cinco años de evolución de artralgia en el hombro derecho, sin antecedentes de trauma, indicó que el examen de rayos X presenta resultados normales y diagnosticó artralgia de hombro (historia clínica –f. 18, c. 1–).

17.6. El 17 de junio de 1999, la señora Ortega Álvarez interpuso acción de tutela contra el Instituto de Seguro Sociales para que se ordenara a la entidad “*otorgarle la cita con el ortopedista*” (acción de tutela –f. 84-85, c. 1–).

17.7. El 6 de julio de 1999, el Juzgado 26 Penal del Circuito de Medellín tuteló los derechos de la señora Ortega Álvarez a la salud y la vida y, en consecuencia, ordenó al ISS que hiciera la valoración por el ortopedista y le prestara a la paciente la asistencia debida para la recuperación total de su estado de salud (sentencia de tutela –f. 92-96, c. 1–).

17.8. El 21 de julio de 1999, se registró como impresión diagnóstica una ruptura del manguito rotador del hombro derecho y se citó a la paciente para valoración ortopédica en un mes (historia clínica –f. 22, c. 1–).

17.9. El 22 de julio de 1999, el área de ortopedia consignó que la señora Ortega Álvarez presenta un dolor crónico intenso de hombro derecho y el examen físico reportó limitación severa de extensión y debilidad de los músculos abductores. El examen de rayos X evidenció disminución del espacio acromio-clavicular y osteofitos. Como impresión diagnóstica se señaló ruptura del manguito rotador del hombro derecho. Se solicitó una resonancia magnética del hombro derecho (historia clínica –f. 24, c. 1–).

17.10. El 21 de septiembre de 1999, la paciente ingresó por urgencias a la Clínica León XIII por dolor intenso en epigastrio, especialmente en la noche, lo cual se interpretó como crisis ulcerosa y se suministró Milanta, sin observar mejoría; se registró el abdomen sin tolerancia a la palpación superficial o profunda; no se encontró peristaltismo; se advirtió pérdida de peso; se describieron como antecedentes bronquitis crónica y ruptura del manguito rotador del hombro derecho; pulmones con hipoventilación marcada en ambos campos. La evaluación de cirugía general reportó presencia de dolor abdominal, náuseas y vómito, con abdomen blando y depresible; examen de rayos X en abdomen arrojó resultados normales, con presencia de materia fecal; se intentó aplicar sonda nasogástrica y la paciente se resistió; se aplicó ranitidina y ciprofloxacina intravenosa para tratar la crisis ulcerosa (historia clínica –f. 25-34, c. 1–).

17.11. El 22 de septiembre de 1999 se indicó que la paciente presenta dolor en el hombro derecho por un lapso de siete años y se remite para la práctica de resonancia magnética nuclear por una posible ruptura del manguito rotador; al examen físico presenta buena movilidad articular y fuerza, sin dolor; el manguito rotador se reporta como íntegro; se sugiere confirmar el diagnóstico mediante rayos X y evaluación por módulo del hombro (historia clínica –f. 35, c. 1–).

17.12. El 9 de noviembre de 1999, se señaló que la paciente registra dolor en el hombro derecho, en la región escapular posterior y en la cara anterior del tercio proximal del brazo, que no le impiden movimiento ni le generan pérdida de fuerza o sensibilidad. La impresión diagnóstica es de síndrome de escaleno o “neuropnosia”. Se recomienda electromiografía de velocidad de conducción del miembro superior derecho (historia clínica –f. 36, c. 1–).

17.13. El 12 de noviembre de 1999, el Juzgado 26 Penal del Circuito de Medellín le solicitó al Instituto de Seguros Sociales que informara a ese despacho las razones del incumplimiento de lo resuelto en la sentencia de

tutela, pues aunque se llevó a cabo la evaluación del ortopedista, este no ordenó ningún tratamiento médico (auto de desacato –f. 63, c. 1–).

17.14. El 18 de noviembre de 1999, la coordinadora de ortopedia de la Clínica León XIII le informó al juzgado de conocimiento que a la señora Ortega Álvarez, en la cita del 4 de octubre, se le diagnosticó síndrome angular de la escápula, se le practicó una infiltración local y se ordenó fisioterapia y resonancia magnética (oficio del ISS –f. 103-104, c. 1–).

17.15. En la misma fecha, la paciente continuó con el dolor, se observó hipertrofia de trapecio y malestar en el ángulo de la escápula, por lo que se le remitió a fisioterapia, se ordenó resonancia de hombro y lateral de escápula y se le suministraron medicamentos; se registró patología de osteoartritis degenerativa; como impresión diagnóstica se consideraron bursitis, quiste o fibromiositis (historia clínica –f. 36-39, c. 1–).

17.16. El 26 de noviembre de 1999, se realizó la resonancia magnética nuclear, en la que el radiólogo concluyó que si bien hay pinzamiento de manguito rotador, no hay imágenes que sugieran la ruptura del mismo, y reportó la presencia de atrofia muscular. Además dijo: *“incidentalmente observamos lo que pudiese corresponder a una masa pulmonar y puede ser el origen del dolor ya que hay contacto pleural y costal postero-lateral”*, y sugirió una tomografía de tórax (historia clínica –f. 40-41, 43, c. 1–).

17.17. Ese mismo día, la paciente fue atendida en la Clínica León XIII, en donde se registró la presencia de masa pulmonar, contacto pleural y postero-lateral, pérdida de quince kilos de peso, tos con expectoración, malestar, astenia, adinamia, anorexia, palidez marcada y pulmones con hipoventilación; se constató un antecedente de carcinoma broncogénico en su hermano; se solicitó TAC de tórax contrastado y examen urgente de neumología (historia clínica –f. 42, c. 1–).

17.18. El 6 de diciembre de 1999, en los resultados del TAC de tórax contrastado, se hallaron unas masas cuyas características tomográficas

sugerían ser de origen intratorácico con extensión a la pared costal y los planos musculares; en el diagnóstico diferencial se observó carcinoma broncogénico (tumor de Pancoast), sin descartar la posibilidad de lesión de origen óseo primaria o metastásica; cambios de enfisema pulmonar, principalmente paraseptal; infiltrados broncoalveolares adyacentes a la lesión descrita por posible diseminación broncogénica. Se concluyó que la lesión es susceptible de un examen de biopsia percutánea guiada por tomografía (historia clínica –f. 41A, c. 1–).

17.19. El 16 de diciembre de 1999, la paciente se remitió a radioterapia por el diagnóstico de carcinoma broncogénico (historia clínica –f. 52, c. 1–).

17.20. El 20 de diciembre de 1999, se llevó a cabo la biopsia de masa pulmonar, en la cual se confirmó la existencia de masa pulmonar, que se interpretó como tumor de Pancoast; la masa se describió como epitelio con pleomorfismo moderado en medio del cual se ven frecuentes acinos con algunas células en el anillo de sello; la rata mitótica del tumor se dijo que era moderada; se tomaron cinco muestras con agujas Tru-cut, que se enviaron a patología para estudio (historia clínica –f. 49-50, c. 1–).

17.21. La señora María Berenice Ortega Álvarez murió el 24 de enero de 2000 (certificado del registro civil de defunción –f. 9, c. 1–).

## **V. Análisis de la Sala**

18. En primer lugar, dado que la parte apelante alega que el presente asunto debe abordarse a partir del régimen de responsabilidad de “*falla presunta*”, según el cual la entidad prestadora del servicio de salud debe probar que actuó de manera adecuada y oportuna en la atención médica que dispensa a sus pacientes, la Sala considera pertinente recordar la evolución de la jurisprudencia sobre responsabilidad médica y las reglas de la Corporación que en la actualidad rigen en esta materia.

18.1. El desarrollo inicial de la jurisprudencia estuvo orientado por el

estudio de la responsabilidad estatal bajo un régimen subjetivo de falla probada del servicio. En este primer momento, se exigía al demandante aportar la prueba de la falla para la prosperidad de sus pretensiones, pues, al comportar la actividad médica una obligación de medio, de la sola existencia del daño no había lugar a presumir la falla del servicio<sup>9</sup>.

18.2. A partir del segundo semestre de 1992, la Sala acogió el criterio, ya esbozado en 1990<sup>10</sup>, según el cual los casos de responsabilidad por la prestación del servicio médico se juzgarían de manera general bajo un régimen subjetivo pero con presunción de falla en el servicio, que es la lectura que el apelante propone en el presente caso. En ese segundo momento jurisprudencial se consideró que el artículo 1604 del Código Civil<sup>11</sup> debía ser aplicado también en relación con la responsabilidad extracontractual y, en consecuencia, la prueba de la diligencia y cuidado correspondía al demandado en los casos de responsabilidad médica<sup>12</sup>. Esta postura se fundamentó en la capacidad en que se encuentran los profesionales de la medicina, dado su “*conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta*”, de satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que puedan formularse contra sus procedimientos<sup>13</sup>.

18.3. Posteriormente, en una sentencia del año 2000, se cuestionó la aplicación generalizada de la presunción de la falla en el servicio y se postuló la teoría de la carga dinámica de las pruebas, según la cual el juez debe establecer en cada caso concreto cuál de las partes está en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia, pues no todos los debates sobre la prestación del servicio médico tienen implicaciones de carácter técnico o científico. En estos términos se pronunció la Sala:

---

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de septiembre de 1991, exp. 6253, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; sentencia de 14 de febrero de 1992, exp. 6477, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; sentencia de 26 de marzo de 1992, exp. 6255, C.P. Julio César Uribe Acosta; sentencia de 26 de marzo de 1992, exp. 6654, C.P. Daniel Suárez Hernández, entre otras.

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 24 de octubre de 1990, exp. 5902, C.P. Gustavo de Greiff Restrepo.

<sup>11</sup> Código Civil. “*Artículo 1604. (...) La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega*”.

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 24 de agosto de 1992, exp. 6754, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de julio de 1992, exp. 6897, C.P. Daniel Suárez Hernández.

*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 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<sup>14</sup>.*

18.4. El abandono de la presunción de falla como régimen general de responsabilidad y la aceptación de la carga dinámica de la prueba, al demandar de la parte actora un esfuerzo probatorio significativo, exige la aplicación de criterios jurisprudenciales tendientes a morigerar dicha carga. Por ejemplo, frente a la relación de causalidad entre la falla y el daño antijurídico, se ha señalado que cuando resulte imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, no solo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación, el nexo de causalidad queda acreditado *“cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad”*<sup>15</sup>, que permita tenerlo por establecido.

18.5. En ese sentido, también se han precisado ciertos criterios sobre la carga de la prueba en los casos de responsabilidad médica: (i) por regla general, al demandante le corresponde probar la falla del servicio, salvo en los eventos en los que resulte *“excesivamente difícil o prácticamente imposible”* hacerlo; (ii) de igual manera, corresponde al actor aportar la prueba de la relación de causalidad, la cual podrá acreditarse mediante indicios en los casos en los cuales *“resulte muy difícil –si no imposible- la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la*

---

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de febrero de 2000, exp. 11878. C.P. Alier Hernández Enríquez. Esta línea se reiteró, entre otras, en sentencia de 7 de diciembre de 2004, exp. 14421, C.P. Alier Hernández Enríquez; sentencia de 11 de mayo de 2006, exp. 14400, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de mayo de 1999, exp. 11169, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Se dijo en esa oportunidad que si bien no existía certeza *“en el sentido de que la paraplejía sufrida (...) haya tenido por causa la práctica de la biopsia”*, debía tenerse en cuenta que *“aunque la menor presentaba problemas sensitivos en sus extremidades inferiores antes de ingresar al Instituto de Cancerología, se movilizaba por sí misma y que después de dicha intervención no volvió a caminar”*, de manera que existía una alta probabilidad de que la causa de la invalidez de la menor hubiera sido la falla de la entidad demandada, probabilidad que además fue reconocida por los médicos que laboraban en la institución.

*obligación de indemnizar*"; (iii) en la apreciación de los indicios tendrá especial relevancia la conducta de la parte demandada, sin que haya lugar a exigirle en todos los casos que demuestre cuál fue la causa efectiva del daño; (iv) la valoración de esos indicios deberá ser muy cuidadosa, pues no puede perderse de vista que los procedimientos médicos se realizan sobre personas con alteraciones en su salud; (v) el análisis de la relación causal debe preceder el de la falla del servicio<sup>16</sup>.

18.6. Finalmente, en 2006 se abandonó definitivamente la presunción de falla en el servicio para volver al régimen general de falla probada<sup>17</sup>. Actualmente se considera que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el expediente todos los elementos que la configuran, esto es, el daño, la actividad médica y el nexo causal entre esta y aquel<sup>18</sup>, sin perjuicio de que para la demostración de este último elemento las partes puedan valerse de todos los medios de prueba legalmente aceptados, incluso de la prueba indiciaria:

*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.*

*Se acoge dicho criterio porque además de ajustarse a la normatividad vigente (art. 90 de la Constitución y 177 del Código de Procedimiento Civil), resulta más equitativa. La presunción de la falla del servicio margina del debate probatorio asuntos muy relevantes, como el de la distinción entre los hechos que pueden calificarse como omisiones, retardos o deficiencias y los que*

---

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2005, exp. 14786, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2006, exp. 15772, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia de 30 de noviembre de 2006, exp. 15201-25063, C.P. Alier Hernández Enríquez; sentencia de 30 de julio de 2008, exp. 15726, C.P. Myriam Guerrero de Escobar. El consejero Enrique Gil Botero aclaró el voto en el sentido de señalar que no debe plantearse de forma definitiva el abandono de la aplicación del régimen de falla presunta del servicio.

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2006, exp. 15772, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia de 30 de julio de 2008, exp. 15726, C.P. Myriam Guerrero de Escobar; sentencia de 21 de febrero de 2011, exp. 19125, C.P. (E) Gladys Agudelo Ordóñez, entre otras.

*constituyen efectos de la misma enfermedad que sufra el paciente. La presunción trasladada al Estado la carga de desvirtuar una presunción que falló, en una materia tan compleja, donde el álea constituye un factor inevitable y donde el paso del tiempo y las condiciones de masa (impersonales) en las que se presta el servicio en las instituciones públicas hacen muy compleja la demostración de todos los actos en los que éste se materializa.*

*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. (...)*

*La desigualdad que se presume del paciente o sus familiares para aportar la prueba de la falla, por la falta de conocimiento 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<sup>19</sup>.*

18.7. Claro está que, según se ha indicado recientemente, la actividad médica capaz de comprometer la responsabilidad de la administración no es solamente aquella que se desarrolla contrariando los postulados de la *lex artis* o, dicho de otro modo, que es consecuencia del funcionamiento anormal, negligente o descuidado del servicio médico, pues también la actividad que se despliega en condiciones normales o adecuadas puede dar lugar a que ello ocurra<sup>20</sup>.

19. Al asumir el juicio de responsabilidad en el presente caso, la Sala

---

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2006, exp. 15772, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia de 28 de septiembre de 2012, exp. 22424, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2013, exp. 30283, C.P. Danilo Rojas Betancourth. En esta oportunidad, la Subsección señaló que “la ausencia demostrada de una falla del servicio atribuible a la entidad no conduce necesariamente a afirmar la ausencia de responsabilidad, pues pueden existir otras razones tanto jurídicas como fácticas, distintas al incumplimiento o inobservancia de un deber de conducta exigible al ISS en materia de atención y prevención de enfermedades infecciosas, que pueden servir como fundamento del deber de reparar”. Un criterio similar se utilizó en la sentencia de 28 de septiembre de 2012, exp. 22424, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, en estos términos: “la menor (...) estando en satisfactorio estado de salud, tan pronto como le fue aplicado el plan de inmunización, previsto en las políticas de salud públicas, para la atención infantil falleció y aunque las pruebas técnico científicas y testimoniales no permiten relacionar la muerte de la pequeña de ocho meses con la aplicación de la vacuna, se conoce que el componente “pertusis” de la DPT (difteria, tos ferina y tétanos), en un porcentaje bajo, pero cierto, implica riesgo para quien lo reciba”.

encuentra probado el **daño**, dado que en el registro civil de defunción aportado por la parte actora se evidencia que la señora María Berenice Ortega Álvarez murió el 24 de enero de 2000 en la ciudad de Medellín (f. 9, c. 1). Sobre la causa de la muerte, si bien no fue esclarecida, la historia clínica de la paciente permite establecer que el deceso sobrevino como consecuencia natural del carcinoma broncogénico (cáncer de pulmón), diagnosticado y tratado por los médicos especialistas (f. 40-52, c. 1).

20. Con el objeto de establecer si este daño es imputable a la entidad demandada debido a una prestación tardía, negligente o deficiente del servicio médico, es preciso analizar los cuestionamientos que los actores dirigen al procedimiento de atención en salud que le fue dispensado a la señora Ortega Álvarez, a la luz del material probatorio que obra en el plenario, en especial de la historia clínica<sup>21</sup> de la paciente.

21. Los apelantes consideran que estas actuaciones y omisiones son constitutivas de falla en el servicio imputable al ISS: (i) la señora Ortega Álvarez debió interponer una acción de tutela y promover un incidente de desacato para lograr la atención del ortopedista; (ii) este especialista en ortopedia incurrió en un error de diagnóstico al formular como tal una ruptura del manguito rotador en el hombro derecho; (iii) a pesar de que se sabía que la paciente era fumadora activa desde hacía años y que registraba síntomas de afección pulmonar, los médicos no la remitieron al neumólogo sino dos años después de su valoración; (iv) debido a lo anterior, la paciente perdió la oportunidad de un tratamiento quirúrgico, pues al detectarse el cáncer de pulmón ya este se había propagado, por lo que aquella murió apenas dos meses después de hallado el tumor.

22. Con respecto al primer argumento, la Sala se permite reiterar que la salud es un derecho fundamental y, al tiempo, un servicio público a cargo del Estado, sin perjuicio de su prestación por parte de particulares, cuya

---

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 2011, exp. 18793, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia de 10 de agosto de 2007, exp. 15178, C.P. María Elena Giraldo Gómez. “*Es de resaltarse que la historia clínica asentada en entidades públicas es un documento público, que da fe, desde el punto de vista de su contenido expreso, de la fecha y de las anotaciones que en ella hizo quien la elaboró (art. 264 del C. P. C.), y desde el punto de vista negativo, da fe de lo que no ocurrió*”.

finalidad es el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos. Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho que se trata de un derecho humano autónomo, independiente y fundamental de cuyo goce pleno depende la vida y la integridad de las personas<sup>22</sup>. En el sistema internacional de protección de los derechos humanos, se ha considerado que la efectividad del derecho a la salud depende de cuatro condiciones: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, y que frente al mismo al Estado le asisten obligaciones de respeto, protección, garantía y desarrollo progresivo, y una prohibición de regresividad<sup>23</sup>.

22.1. En esa medida, la administración debe organizar su estructura y disponer los recursos necesarios para que todas las personas accedan a un servicio de salud de calidad, sin que tengan que acudir a instancias judiciales para exigir la protección de un derecho que por orden superior les pertenece. Aunque la acción constitucional de tutela ha demostrado ser una herramienta eficaz para la garantía de este derecho<sup>24</sup>, la falta de prestación del servicio de salud o su prestación tardía o negligente es un fenómeno que atañe a los órganos competentes de regulación, de modo que es el Estado el que debe propender por la prestación adecuada del mismo, bien sea que lo haga directamente o a través intermediarios. Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado:

*Durante más de una década las personas han tenido que acudir a la acción de tutela para que la justicia resuelva controversias que habrían podido ser dirimidas de manera general por los órganos competentes de regulación. Este fenómeno constituye un claro indicio acerca de las fallas en la regulación del sistema de salud, lo cual a su vez es el fundamento de las órdenes generales atinentes a corregir dichos problemas<sup>25</sup>.*

22.2. Ahora bien, en el presente caso está probado que el 17 de junio de 1999, la señora Ortega Álvarez interpuso acción de tutela contra el ISS para

---

<sup>22</sup> Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>23</sup> Organización de Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación general No. 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, Ginebra, 22º período de sesiones, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000.

<sup>24</sup> Sobre la eficacia de la acción de tutela para la protección del derecho fundamental a la salud, ver Defensoría del Pueblo. *La Tutela y el Derecho a la Salud 2009*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2010.

<sup>25</sup> Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

que se le ordenara a la entidad “*otorgarle la cita con el ortopedista*” –párrafo 17.6–; el 6 de julio de 1999, el Juzgado 26 Penal del Circuito de Medellín tuteló los derechos de la paciente a la salud y la vida y ordenó al ISS que hiciera la valoración por el área de ortopedia –párrafo 17.7–; y el 12 de noviembre de 1999, en el marco de un incidente de desacato, debido a que el especialista al parecer no había ordenado tratamiento alguno, el mismo despacho le insistió al ISS que diera cumplimiento a la sentencia de tutela a favor de la señora Ortega Álvarez –párrafo 17.13–.

22.3. Sin perjuicio de lo decidido por el juez de tutela, la Sala observa, en primer lugar, que la remisión al ortopedista se había realizado antes de que la paciente decidiera acudir a las vías judiciales. El expediente evidencia que el 7 de mayo de 1999, el ISS remitió a la señora Ortega Álvarez al área de ortopedia, dejó constancia de que tiene cinco años de evolución de artralgia en el hombro derecho, sin antecedente de trauma, indicó que el examen de rayos X arroja un resultado normal y diagnosticó preliminarmente artralgia de hombro (f. 18, c. 1). Por lo anterior, es claro que el procedimiento que se echó de menos en la tutela –la valoración ortopédica– ya había sido ordenada al momento de ejercerse la acción.

22.4. En segundo lugar, se constata que la entidad no se limitó a impartir la orden, sino que practicó los procedimientos ortopédicos para averiguar la causa del dolor de la paciente en el hombro derecho y para descartar posibles patologías de base. Ante el requerimiento del juzgado penal del circuito, el ISS informó el 18 de noviembre de 1999 (f. 127, c. 1):

*La accionante María Berenice Ortega, con afiliación n.º 900503871, viene siendo tratada por consulta externa de ortopedia, en su última cita el día 4 de octubre se le pronosticó un síndrome angular de la escápula, para la cual se le practicó infiltración local y se le ordenó fisioterapia y seguimiento por consulta externa por el módulo de hombro derecho, donde continuó con revisiones periódicas.*

*La paciente se evaluó hoy nuevamente en vista de que en los archivos de ortopedia no reposa la historia clínica en Junta Médica con el módulo de hombro y se encontró que la paciente tiene en su poder la historia clínica, al igual que la orden de EMG y VCC, la cual no se ha practicado, y ante la insistencia de la paciente y lo difícil que ha sido su manejo y respuesta clínica, se le ordenó una*

*resonancia magnética de la escápula, se le indicó que esta debe ser por Staff, por lo tanto debe allegar a la coordinación de ortopedia la orden original de la resonancia para continuar el trámite y no lo ha hecho.*

*Cabe anotar que por el momento su patología no requiere manejo quirúrgico y hasta el día de hoy ha sido evaluada en dos oportunidades en Junta Médica.*

22.5. Además, en la comunicación de 24 de noviembre de 1999, añadió que el día anterior le habían sido entregadas a la paciente las órdenes ya autorizadas de fisioterapia, electromiografía con velocidad de conducción y resonancia magnética nuclear de hombro derecho (f. 128, c. 1).

22.6. Estas afirmaciones se corroboran al observar la historia clínica de la señora Ortega Álvarez, en la que consta que el 22 de julio de 1999 se hizo una valoración ortopédica y examen físico que reportó dolor crónico en el hombro, limitación de extensión y debilidad de músculos (f. 24, c. 1); el 22 de septiembre de 1999 se le practicaron nuevos exámenes físicos que registraron buena movilidad articular y fuerza, sin dolor, y se señaló como diagnóstico la posible ruptura del manguito rotador (f. 35, c. 1); el 9 de noviembre de 1999, el área de ortopedia advirtió la localización del dolor en la región escapular posterior del hombro, que sin embargo no le impedía movimiento ni le generaba pérdida de fuerza (f. 36, c. 1); y el 26 de noviembre de 1999 se realizó la resonancia magnética nuclear, en la que se descartó la ruptura del manguito rotador y se reportó la presencia de atrofia muscular (f. 40-41, c. 1).

22.7. Dado que la señora Ortega Álvarez estaba recibiendo tratamiento ortopédico en el trámite de la acción constitucional y lo siguió obteniendo después del fallo de tutela, la Sala no observa que la entidad demandada haya omitido la prestación del servicio y, por lo tanto, no encuentra una conducta irregular imputable a la administración.

22.8. Además, es contrario a la verdad que el tratamiento ortopédico se haya tardado dos años desde que fue solicitado. En el recurso de alzada se afirma que *“transcurrieron dos años para poder enviar a la paciente al*

*ortopedista, para que comenzara a desenvolverse la madeja médica” (f. 198, c. 2) y se dice que “el tiempo que se perdió de dos años en enviar a la paciente donde los especialistas hizo que el tumor creciera” (f. 198, c. 2).*

22.9. Sin embargo, entre la orden de remisión al área de ortopedia –7 de mayo de 1999– y la efectiva atención por parte del ortopedista –22 de julio de 1999 –, solo transcurrieron dos meses y quince días, por lo que tampoco se observa una prestación tardía del servicio de salud.

23. La segunda inconformidad radica en afirmar que el especialista en ortopedia incurrió en un error de diagnóstico al tener como tal la ruptura del manguito rotador del hombro derecho, aunque la parte demandante no argumenta por qué considera que el diagnóstico fue equivocado.

23.1. Al respecto se tiene que, en efecto, ante el dolor persistente en el hombro derecho de la paciente y luego de practicados los exámenes de rigor, los médicos tratantes plantearon como impresión diagnóstica una ruptura del manguito rotador del hombro derecho.

23.2. Esta impresión se registró por primera vez el 21 de julio de 1999, por lo cual se remitió a la paciente al área de ortopedia (f. 22, c. 1). Luego, el 22 de julio de 1999, al practicarse un examen de rayos X, se insistió en este diagnóstico y se solicitó resonancia magnética del hombro derecho (f. 24, c. 1). No obstante, el 22 de septiembre de 1999 se llevó a cabo un examen físico que describió el manguito rotador como íntegro (f. 35, c. 1) y, finalmente, el 26 de noviembre de 1999 se practicó una resonancia magnética nuclear que, si bien corroboró un pinzamiento del manguito rotador del hombro, descartó la ruptura del mismo (f. 40-41, c. 1).

23.3. También se observa que en la resonancia magnética en la que se rechazó la ruptura del manguito rotador del hombro como diagnóstico, se registró *“incidentalmente”* una masa pulmonar que *“puede ser el origen del dolor ya que hay contacto pleural y costal postero-lateral”* (f. 40, c. 1).

23.4. No obstante, el hecho de que el diagnóstico inicial fuera rechazado o descartado en un momento posterior no significa que los especialistas hubieran incurrido en un error constitutivo de falla en el servicio, pues la naturaleza de la ciencia médica es el avance progresivo del diagnóstico preliminar y su respectiva variación, con fundamento en los exámenes, procedimientos, evaluaciones e intervenciones de los médicos tratantes. El hecho de no haberse formulado como diagnóstico la presencia de una masa pulmonar en un estadio anterior de la valoración médica no puede tenerse como una conducta anómala que comprometa la responsabilidad de la administración, pues esta siguió los protocolos médicos, y a medida que realizaba exámenes más complejos y con equipos tecnológicos más precisos, variaba el diagnóstico inicial para darle mayor certeza.

23.5. La impugnante ha alegado que este supuesto error de diagnóstico está relacionado con la incapacidad de los médicos para advertir el tumor cancerígeno a tiempo, pese a la condición especial de la señora Ortega Álvarez. Este argumento, al estar vinculado a una discusión más general sobre el deber de los médicos de interpretar los síntomas y antecedentes de la paciente en determinado sentido, se abordará en el siguiente ítem.

24. Ciertamente, en la apelación se cuestiona que los especialistas, a pesar de conocer que la paciente era fumadora de un paquete diario de cigarrillos desde hacía casi 50 años y de advertir que registraba síntomas de complicación pulmonar como tos, expectoración mucosa y disnea, no la remitieron al neumólogo sino dos años después de su valoración.

24.1. Está probado que la paciente fue valorada el 7 de mayo de 1998 y que desde ese momento se dejó constancia de que era una persona que fumaba un promedio de veinte cigarrillos diarios durante un lapso de 45 a 50 años, y que se quejaba de tos, por lo que se ordenó la práctica de una placa de rayos X de tórax para descartar carcinoma o bronquitis crónica (f. 14, c. 1). El 27 de abril de 1999 se practicó la radiografía y en esta se registró que “*no hay evidencia de lesión ósea o articular*” ni “*signos de compromiso infeccioso o tumoral*” (f. 21, c. 1).

24.2. Luego se le practicaron exámenes de rayos X que no registraron la presencia de masa o tumor pulmonar: el examen del 7 de mayo de 1999 presentó resultados normales (f. 18, c. 1); el análisis del 22 de julio de 1999 reportó únicamente una disminución del espacio acromio-clavicular y osteofitos (f. 24, c. 1); y en el examen del 21 de septiembre de 1999 se registró pérdida de peso, antecedentes de bronquitis crónica y pulmones con hipoventilación marcada en ambos campos (f. 25, c. 1).

24.3. La detección del cáncer pulmonar tuvo lugar el 26 de noviembre de 1999 al conocerse los resultados de la resonancia magnética nuclear, que reportó haber hallado “*incidentalmente*” una masa como el posible origen del dolor “*ya que hay contacto pleural y costal postero-lateral*” (f. 40, c. 1). La tomografía confirmó este hallazgo al evidenciar unas masas cuyas características tomográficas sugerían ser de origen torácico, por lo cual se consignó el diagnóstico de carcinoma broncogénico o tumor de Pancoast (f. 41A, c. 1). Finalmente, la biopsia de masa pulmonar corroboró definitivamente este diagnóstico (f. 49-50, c. 1).

24.4. Podría pensarse, en principio, que el lapso transcurrido entre el 21 de septiembre de 1999 –cuando se registraron dificultades respiratorias y pérdida súbita de peso– y el 26 de noviembre de 1999 –cuando se probó la presencia de una masa pulmonar– es un término excesivo para brindar un tratamiento por las afecciones pulmonares, como parece sugerirlo la demanda. No obstante, la Sala carece de pruebas para afirmar que estos dos meses implicaron una tardanza que se tradujo en un empeoramiento de la condición médica del paciente o en una pérdida de la oportunidad de manejar la enfermedad cancerígena. Ante la ausencia de un concepto especializado en ese sentido, afirmar que la muerte de la paciente pudo haberse evitado con la práctica de unos exámenes dos meses antes, no trasciende del campo de la conjetura.

24.5. Al contrario, es claro que la entidad, en una etapa muy temprana de la valoración –27 de abril de 1999– descartó el tumor como causa del dolor de

la paciente. Además, en los diversos exámenes de rayos X no se registró ningún compromiso de tipo tumoral, de modo que no es cierta la afirmación de la parte apelante, según la cual el ISS dejó transcurrir el tiempo y dejó crecer el tumor sin practicar los exámenes pertinentes.

24.6. De acuerdo con el Instituto Nacional de Cancerología, algunos de los síntomas generales que presentan las personas con cáncer pulmonar de célula no pequeña son astenia, adinamia y pérdida de peso, algunos síntomas respiratorios son tos, hemoptisis, disfonía, dolor torácico, dolor osteoarticular, y se consideran factores de alto riesgo el tabaquismo, los antecedentes familiares de cáncer y la exposición ocupacional. Según el mismo instituto, el procedimiento adecuado para la detección y el manejo de la patología es la práctica de exámenes paraclínicos como radiografía de tórax (postero-anterior y lateral), tomografía contrastada de tórax, de manera opcional resonancia magnética, y exámenes de laboratorio como cuadro hemático química sanguínea, glicemia, creatinina, entre otros<sup>26</sup>.

24.7. Bien se observa que la paciente presentó casi todos los síntomas relacionados con cáncer de pulmón y, por su parte, los médicos tratantes agotaron el protocolo médico previsto para estos casos.

24.8. Se ha insistido en que los antecedentes de fumadora activa y los síntomas de dificultad respiratoria debieron ser suficientes para que los médicos interpretaran estas circunstancias como indicativas del cáncer pulmonar. En efecto, en vista de ese historial los médicos se propusieron descartar o confirmar un posible adenocarcinoma, para lo cual realizaron exámenes de rayos X, físicos y pruebas de laboratorio, con resultados negativos, por lo que se orientaron al análisis del dolor en el hombro y condujeron todos los procedimientos subsiguientes hacia ese fin. Por lo anterior, es de concluir que la entidad, al haber intentado la detección del cáncer desde la primera etapa de la valoración, cumplió con el deber que la parte que demanda ahora echa de menos.

---

<sup>26</sup> Ministerio de Protección Social e Instituto Nacional de Cancerología. *Protocolos de manejo del paciente con cáncer*, Bogotá, INC, 2010, p. 177.

25. En el recurso de apelación se afirma, por último, que la paciente perdió la oportunidad de un tratamiento quirúrgico, pues al detectarse el tumor pulmonar, ya se había propagado, por lo que debió ser sometida a un proceso de radioterapia que solo le prolongó la vida por dos meses.

25.1. Al respecto, solo resta (sic) (sic) reiterar que los médicos, en atención a los antecedentes y síntomas de la paciente, practicaron los exámenes que eran necesarios para descartar la presencia de un tumor cancerígeno, si bien estos esfuerzos fueron en vano. De haberlo identificado en una fase anterior, seguramente habrían intentado la opción quirúrgica, pero dado que la masa pulmonar solo se advirtió el 26 de noviembre de 1999, los galenos se limitaron a establecer la naturaleza de la enfermedad a través de la biopsia pulmonar y a paliar sus efectos negativos por medio de la aplicación de radioterapia (f. 49, 52, c. 1).

25.2. Al revisar la literatura médica, se encuentra que para determinar si es recomendable someter al paciente con cáncer de pulmón a cirugía, es preciso conocer, por lo menos, el tipo de tumor, el estado de los ganglios linfáticos regionales, si hay o no metástasis a distancia y la estadificación de grupo<sup>27</sup>. Estos elementos no se registran en la historia clínica, por lo que resulta imposible para la Sala predecir si de haberse detectado el tumor cancerígeno en una etapa más temprana, de ser eso factible, el daño final – el fallecimiento de la paciente– se habría evitado o se habría postergado por medio de una intervención quirúrgica. Esta aseveración pertenece al terreno de la conjetura y carece de todo respaldo probatorio, de manera que la Sala se abstendrá de profundizar en esta cuestión.

25.3. En todo caso, es claro que la muerte de la señora Ortega Álvarez sobrevino como consecuencia de la agravación natural de la condición que padecía, esto es, cáncer de pulmón, surgida del tabaquismo extremo que sufrió la paciente durante casi toda su vida. Esta enfermedad, como es

---

<sup>27</sup> *Ibíd.*, pp. 172-173, 178.

ampliamente sabido, afecta a millones de personas en el mundo<sup>28</sup>, y la señora Ortega, lamentablemente, no fue la excepción.

25.4. En otras oportunidades, esta Corporación ha considerado que si el daño sufrido por el paciente se origina en una condición adversa de su propio estado de salud que, a pesar de los esfuerzos médicos, no es posible contrarrestar, esta situación impide que surja la responsabilidad estatal<sup>29</sup>. En el caso bajo análisis, al haberse observado que la muerte ocurrió con ocasión de la complicación de la enfermedad que presentaba la señora María Berenice Ortega, se aplicará la misma regla.

25.5. En resumen, no se observa una falla en la prestación del servicio médico imputable al Instituto de Seguros Sociales porque tal afirmación no está demostrada. Por el contrario, al leer en detalle la historia clínica de la señora María Berenice Ortega Álvarez se encuentra que la entidad demandada prestó el servicio de ortopedia de forma oportuna, formuló diagnósticos adecuados a la situación que se le presentaba, descartó la presencia de cáncer pulmonar a través de exámenes idóneos para ello y, al detectar finalmente la enfermedad, trató de morigerar sus efectos por medio de los recursos médicos y científicos establecidos para el efecto. Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primer grado en el sentido de denegar las pretensiones de la demanda.

## **VI. Costas**

26. No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia una actuación temeraria de ninguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

---

<sup>28</sup> Según la Organización Mundial de la Salud, casi 6 millones de personas mueren por el tabaco, tanto por el uso directo como por el humo de segunda mano. Para 2020, este número se incrementará a 7.5 millones, es decir, el 10% de todas las muertes en el mundo. Se estima que el tabaco causa el 71% del cáncer de pulmón, el 42% de las enfermedades respiratorias crónicas y casi el 10% de los problemas cardiovasculares. World Health Organization. *Global status report on noncommunicable diseases 2010*, WHO, Geneva, 2011, p. 1.

<sup>29</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010, exp. 17606, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. En esta decisión se encontró que el daño que se alegó en la demanda –la pérdida de riñón– obedeció a una enfermedad natural y congénita del paciente, a saber, hidronefrosis, hipoplasia renal y estenosis ureteral.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA**

**PRIMERO. CONFIRMAR** la sentencia de 28 de febrero de 2005, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Risaralda, Caldas y Chocó, Sala de Descongestión, Sección Tercera, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**  
Presidente

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**  
Salvó voto

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**