



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., seis (6) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 08001-23-31-000-2002-02725-01 (43847)

Actor: JOSÉ MANUEL AVENDAÑO ROMERO Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Y OTROS

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Temas: **ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA** - Falla del servicio médico asistencial / **FALLA PROBADA DEL SERVICIO** – Es carga del demandante acreditar la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y este.

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 20 de octubre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que resolvió negar las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

1.- La demanda

El 29 de noviembre de 2002, en ejercicio de la acción de reparación directa, los señores José Manuel Avendaño Romero y Maryluz Porras Blanco, actuando en nombre propio y en representación de su hija menor Angerling Gissett Avendaño Porras; además, los señores José Carmelo Porras Pabón y la señora Yaneth del Carmen Blanco Donado¹, por intermedio de apoderado judicial, interpusieron demanda² contra el Instituto de Seguros Sociales y la Organización Clínica General del Norte, con el fin de que se les declarara patrimonialmente responsables por los

¹ A folio 449 del cuaderno principal aparece el registro civil de nacimiento de la señora Mariluz Porras Blanco, en él se identifica a su madre como Yaneth Blanco Donado, para los efectos pertinentes en esta sentencia.

² Fls. 12 a 24 c. 1.



Radicación: 080012331000200202725 01 (43847) 2
Actor: José Manuel Avendaño Romero y otros
Demandado: Instituto de Seguros Sociales y otro
Referencia: Acción de Reparación Directa

perjuicios causados con la muerte del menor Jardel José Avendaño Porras, según hechos ocurridos el 24 de enero de 2001, como consecuencia de la *“falla administrativa en la prestación del servicio por omisión”*.

Como consecuencia de la anterior declaración, la parte actora solicitó que se condenara a las entidades demandadas a pagar, por concepto de daño moral, *“en cuantía superior a los 5.000 gramos oro líquidos hasta el momento del pago de la obligación”*.

Así mismo, que se condene a las entidades demandadas al pago de perjuicios fisiológicos a cada uno de los afectados en cuantía superior a los mil gramos oro, para cada uno.

2.- Fundamentos fácticos de la demanda

Se narró que, en julio de 1997, el menor Jardel José Avendaño Porras, cuando tenía 6 meses de edad, fue intervenido quirúrgicamente por un *“astrocitoma pilocítico”*.

Manifestó la parte actora que, en mayo de 1998, el médico Nicolás Laza le ordenó la práctica de una resonancia nuclear magnética; pero, el ISS no la realizó en el momento oportuno y solo lo hizo hasta el mes de febrero de 1999, en virtud de una orden dada en un fallo de tutela. El examen fue practicado en la entidad CIMAR, pero salió mal debido a fallas técnicas.

Indicó que el padre del menor intentó obtener una nueva orden para la práctica del examen; sin embargo, solo pudo obtenerla en mayo de 2000 y se le practicó el procedimiento que determinó que el menor padecía nuevamente el tumor denominado *“astrocitoma pilocítico”*.

Afirmó la demandante que con el resultado del examen se dirigieron al ISS para que intervinieran quirúrgicamente al menor, de conformidad con la decisión de un pediatra neurocirujano. El ISS le entregó al padre del menor una orden dirigida a la Clínica General del Norte; no obstante, dicha entidad se negó en múltiples ocasiones a realizar la cirugía, al aducir que el ISS tenía una obligación pendiente con la entidad.



Radicación: 080012331000200202725 01 (43847) 3
Actor: José Manuel Avendaño Romero y otros
Demandado: Instituto de Seguros Sociales y otro
Referencia: Acción de Reparación Directa

Refirió que el padre continuó solicitando al ISS la orden para la práctica de la cirugía y pidió que lo remitieran a otra institución, debido a que era necesario que le realizaran a Jardel José Avendaño Porras una "*craneotomía de fosa posterior*", por cuanto la salud del niño se deterioraba, pero en el ISS se limitaron a anular la orden inicial y a entregar una remisión para un médico cirujano, quien, después de una valoración y con base en los resultados de la segunda resonancia, determinó que, de manera urgente, debía intervenir quirúrgicamente al menor.

Agregó la actora que la orden no fue entregada, lo que motivó la interposición de una nueva demanda de tutela, la cual fue fallada el 28 de septiembre de 2000 y ordenó la práctica de todos los servicios médicos que requería el menor, en un término de 48 horas.

Indicó la demandante que, a pesar del fallo de tutela, el ISS solo hizo entrega de la orden a finales de noviembre de 2000, época para la cual el menor ya se encontraba en delicado estado de salud.

A pesar de los esfuerzos del padre del menor para que la cirugía se llevara a cabo en el mes de diciembre, la Clínica General del Norte solo la programó para enero de 2001, por cuanto el cirujano tenía programadas vacaciones en diciembre.

El 8 de enero de 2001, el menor Jardel José Avendaño Porras ingresó a la Clínica General del Norte; sin embargo, el médico tratante ordenó una nueva resonancia magnética, haciendo caso omiso de los resultados que ya existían de este examen, pero el menor presentó un cuadro gripal, por lo que fue "*injustamente remitido a casa*" hasta que el cuadro gripal desapareciera.

El estado de salud del menor se deterioró e ingresó nuevamente por urgencias del ISS "*Los Andes*", lugar en el que el menor, después de varios días de tratamiento, presentó dificultad respiratoria y falleció, por cuanto la institución no contaba con la tecnología necesaria para su atención.



Radicación: 080012331000200202725 01 (43847) 4
Actor: José Manuel Avendaño Romero y otros
Demandado: Instituto de Seguros Sociales y otro
Referencia: Acción de Reparación Directa

3.- Trámite procesal

La demanda se admitió por el Tribunal Administrativo del Atlántico, en auto del 8 de mayo de 2003, decisión que se notificó al Instituto de Seguros Sociales y a la Clínica General del Norte en debida forma³.

4.- La contestación de la demanda

4.1.- El Instituto de Seguros Sociales, oportunamente, contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

Sostuvo que no le consta ninguno de los hechos que fundamentan la acción; además, manifestó que el menor fue valorado y remitido a un médico especialista, sin que exista negligencia o imprudencia por parte de los médicos de la entidad.

Alegó que, sin que constituyera aceptación de los hechos, la acción de reparación directa se encuentra caducada, por cuanto las presuntas omisiones alegadas por la parte demandante ocurrieron en mayo de 1998, y la presentación de la demanda se dio en el 2002, después de transcurridos más de cuatro años.

Manifestó que la institución brindó al menor el procedimiento quirúrgico requerido, de conformidad con la historia clínica que obra en el proceso.

4.2.- La Clínica General del Norte, actuando a través de su apoderado judicial, dio respuesta a la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma.

Como argumento de su defensa, manifestó que no existe nexo causal entre la atención de los médicos y enfermeras de la institución y las complicaciones que ocasionaron la muerte del menor Jardel José Avendaño Porras, las que se presentaron después del egreso obligatorio del paciente, toda vez que sufrió un cuadro gripal que impidió realizarle la cirugía programada.

A continuación, indicó lo que considera una actuación temeraria por parte del abogado de la parte demandante, pues insistió en la omisión de este y de sus

³ Vto. folio 502 c. 2.



Radicación: 080012331000200202725 01 (43847) 5
Actor: José Manuel Avendaño Romero y otros
Demandado: Instituto de Seguros Sociales y otro
Referencia: Acción de Reparación Directa

poderdantes en suministrar datos de importancia que permitirían acreditar que la institución actuó de conformidad con la patología del menor.

Al respecto, se refirió expresamente al diagnóstico de hidrocefalia del menor en la IPS Clínica Los Andes del ISS, días antes de ingresar en la Clínica General del Norte, en virtud del cual los médicos ordenaron implantarle al menor una válvula de Hakim, a lo cual los padres se opusieron, situación que no fue advertida por ellos ni fue posible advertirlo en la historia clínica, por cuanto el padre del menor retiró el original del ISS y retuvo este documento, sin que la clínica tuviera acceso al mismo.

Concluyó que la institución no ordenó una nueva resonancia magnética para aplazar la cirugía programada del menor, la cual no era un procedimiento de urgencia, como lo pretenden hacer ver los demandantes. Sostuvo que esta se dispuso con el fin de asegurar la salud del paciente ante la complicada cirugía a la cual debía ser sometido y que debió aplazarse por orden del anestesiólogo, al detectar que el menor padecía *“estertores en ambos campos pulmonares”*.

5.- La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo del Atlántico, en sentencia del 20 de octubre de 2011, negó las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos (se transcribe de forma literal, incluidos los errores si los hay):

“Descendiendo al caso que nos ocupa, se acota que si bien es cierto el niño Jardel Avendaño Porras, ha venido padeciendo desde su nacimiento problemas o patologías de orden neurológico y de suyo motriz, entre otras manifestaciones de su precaria salud a partir de su existencia; la parte actora no ha probado que la misma haya tenido como causa una falla en el servicio médico asistencial de la demandada presentada y que fuera causa eficiente de sus padecimientos, tal como se denuncia en la demanda; es más, lo que aparece evidenciado con las probanzas arrojadas es que la deficiente salud se debe a factores congénitos, pues a los 4 meses de edad, fue sometido a una primera cirugía.

“Además no quedó evidenciado que la no práctica de la cirugía que debió reprogramarse por el cuadro gripal que padecía el menor, hubiera agudizado su enfermedad”⁴.

⁴ Folios 456 y 457 cuaderno del Consejo de Estado.



Radicación: 080012331000200202725 01 (43847) 6
Actor: José Manuel Avendaño Romero y otros
Demandado: Instituto de Seguros Sociales y otro
Referencia: Acción de Reparación Directa

6.- El recurso de apelación

El apoderado de la parte demandante, en su recurso de apelación, sostuvo que si bien es cierto que el menor Jardel José Avendaño Porras nació con problemas de salud, también lo es que en contra del mismo se realizó el llamado “*paseo de la muerte*” por parte de las entidades demandadas, las cuales, por cuestiones internas, incluida la pelea económica que sostenían, demoraron la intervención quirúrgica que habría modificado la esperanza de vida del menor.

Adicionalmente, indicó que sí existe el nexo causal ente la muerte del menor y las fallas en la prestación del servicio médico por parte de las instituciones demandadas, las cuales no prestaron el auxilio inmediato requerido por el niño, esto es, la práctica de la cirugía ordenada para seguir viviendo.

7.- Los alegatos de conclusión en segunda instancia

El 28 de junio de 2012⁵ se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto. En el término otorgado, solo el Instituto de Seguros Sociales presentó escrito de alegatos, las demás partes guardaron silencio, mientras que el agente del Ministerio Público presentó su concepto.

7.1. El Instituto de Seguros Sociales

La apoderada de la entidad, en el escrito contentivo de los alegatos de conclusión, realizó un resumen de los hechos y de la historia clínica del menor Avendaño Porras, para concluir que en el presente caso no se configuró una falla del servicio de las entidades demandadas, consideró que, por el contrario, quedó acreditado que la enfermedad padecida por el menor era irreversible y se le estaba dando el manejo asistencial adecuado⁶.

⁵ Fl. 472 cuaderno del Consejo de Estado.

⁶ Fls. 474 a 480 cuaderno del Consejo de Estado.



Radicación: 080012331000200202725 01 (43847) 7
Actor: José Manuel Avendaño Romero y otros
Demandado: Instituto de Seguros Sociales y otro
Referencia: Acción de Reparación Directa

7.2. El Ministerio Público

Indicó la agente del Ministerio Público que es procedente la revocatoria de la sentencia de instancia para, en su lugar, conceder las pretensiones en contra del Instituto de Seguros Sociales, por cuanto la patología que padecía el menor representaba un riesgo para su vida y, por tanto, requería ser atendido de manera adecuada y oportuna, lo cual no sucedió, por lo que puede inferirse el retraso injustificado de la autorización para que fuera atendido y tratado medicamente, lo que contribuyó a la disminución de las posibilidades de mejoría⁷.

II. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala pronunciarse en relación con el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico el 20 de octubre de 2011, que negó las pretensiones de la demanda, para cuyo efecto se abordarán los siguientes temas: **1)** presupuestos de procedibilidad de la acción: **1.1.** competencia funcional del Consejo de Estado para conocer del presente asunto; **1.2** caducidad de la acción; **1.3.** legitimación en la causa; **2)** caso concreto: **2.1.** el material probatorio allegado; **2.3.** del título de Imputación jurídica; **2.4.** el caso concreto: **2.4.1.** de la presunta omisión **3.** costas.

1. Presupuestos de procedibilidad de la acción de reparación directa en el caso sub examine

1.1- Competencia

El Consejo de Estado, Sección Tercera, es competente para conocer del asunto citado en referencia, comoquiera que se trata de un recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida en primera instancia⁸ por el Tribunal Administrativo del Atlántico, en el proceso de reparación directa promovido por los padres, abuelos y hermana del menor Jardel José Avendaño Porras.

⁷ Fls. 494 a 504 cuaderno del Consejo de Estado.

⁸ La cuantía del proceso supera la exigida por la Ley 954 de 2005 para que esta Corporación pueda conocer en segunda instancia de un proceso de reparación directa (500 S.M.L.M.V), pues por perjuicios morales se solicitó el equivalente a \$145'000.000 para cada uno de los demandantes.



1.2. El ejercicio oportuno de la acción

La Sala ha señalado que, para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, el legislador instituyó la figura de la caducidad como una sanción en los eventos en que determinadas acciones judiciales no se ejerzan en un término específico⁹.

La presente acción de reparación directa se ejerció oportunamente, pues la muerte del menor Jardel José Avendaño sucedió el 24 de enero de 2001¹⁰, como se desprende de la historia clínica allegada al proceso y la demanda se interpuso el 29 de noviembre de 2002¹¹, es decir, dentro de los dos años siguientes a la ocurrencia de ese hecho.

1.3. Legitimación en la causa por activa

En el presente asunto se tiene que la demanda fue presentada por José Manuel Avendaño Romero y Maryluz Porras Blanco en su calidad de padres de la víctima directa; además, como padres de la menor Angerling Gissett Avendaño Porras, hermana de la víctima directa. También se presentó el señor José Carmelo Porras Pabón y la señora Yaneth del Carmen Blanco Donado, como abuelos de la víctima directa; dicha condición fue acreditada con los registros civiles de nacimiento¹².

2. Caso Concreto

2.1. El material probatorio allegado

Para verificación del hecho que se alega, la Sala hará acopio de los siguientes elementos materiales probatorios:

- Hoja de evolución de la historia clínica del ISS, del 10 de diciembre de 1998, en la cual se indicó (se transcribe de forma literal, incluidos los errores si los hay):

"Neuropediatría.

⁹ Artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

¹⁰ Fl. 281 cuaderno principal.

¹¹ Fl. 447 cuaderno principal.

¹² Fls. 448 a 450 del cuaderno principal.



Radicación: 080012331000200202725 01 (43847)
Actor: José Manuel Avendaño Romero y otros
Demandado: Instituto de Seguros Sociales y otro
Referencia: Acción de Reparación Directa

9

"Atención del día de hoy sin historia clínica.

"Según los familiares, tiene antecedentes de cirugía de astrocitoma pilocítico operado el 13 de junio de 97. Con recesión total por el Dr. Antonio Berrío (Clínica la Asunción). Antecedentes de cirugía ocular hace más o menos 4 meses, por úlcera córnea, actualmente con recubrimiento corneal (ilegible) para trasplante de córnea? Actualmente el menor no se sienta, aunque ya tiene algo la cabeza, no emite palabras, solo ruidos. Según los familiares en el mas de mayo/98 solicitó RNM de cerebro examen que hasta hoy no han realizado (causas institucionales?) Hoy regresan debido a que la solicitud de la misma fue extraviada. Realizo nueva solicitud y dejo esta hoja con los familiares"¹².

- Copia de la historia clínica aportada por el Instituto de Seguros Sociales, en la cual se incluyen los siguientes documentos:

- ✓ Historia clínica del 23 de enero de 1998 en la que se destaca que el menor *"fue intervenido CX jun/97 resección tumor cerebral tipo astrocitoma I con posterior (ilegible) retardo del desarrollo psicomotor, trastornos auditivos y visuales"*¹³.
- ✓ Resultado del estudio con medio de contraste *"gadolinio DPTA"*, practicado al menor Avendaño Porras, el 23 de agosto de 2000, el cual indicó (se transcribe de forma literal, incluidos los errores si los hay):

"Se realizaron corte simples y posteriores a la aplicación de contraste paramagnético endovenoso y se compara con el estudio previo del 05-00, observándose que ha existido un incremento en la lesión ya conocida en fosa posterior de predominio izquierdo; sin embargo, el aumento en el volumen ventricular (muy leve con comparación con el estudio previo. Tras la aplicación de contraste paramagnético hay un reforzamiento heterogéneo de la lesión, mostrando dos imágenes nodulares a nivel del cerebelo, en línea media, que en el estudio previo no aumentaban de señal como en el presente. No hay evidencia de alteración a nivel de las meninges. A nivel supratentorial no hay desplazamiento de línea media ni hematoma. Cuerpo caloso, tálamo, al igual que la región selar y supraselar de características normales.

"CONCLUSIÓN: Incremento en el tamaño de la tumoración ya conocida en fosa posterior, llamando la atención también incremento en el aumento de señal tras la aplicación de contraste paramagnético endovenoso. Existe disminución en el tamaño de la porción quística de la lesión. Astrocitoma"¹⁴.

- ✓ Nota de ingreso a pediatría, el 8 de octubre de 2000, aquí se anotó (se transcribe de forma literal, incluidos los errores si los hay):

¹² Fl. 401 cuaderno principal.

¹³ Fl. 265 cuaderno principal.

¹⁴ Fls. 261 y 262 cuaderno principal.



Radicación: 080012331000200202725 01 (43847) 10
Actor: José Manuel Avendaño Romero y otros
Demandado: Instituto de Seguros Sociales y otros
Referencia: Acción de Reparación Directa

"Paciente con diagnóstico de astrocitoma recidivante quien ingresa al servicio para realización de exámenes de (ilegible) pre quirúrgicos. Paciente que a los 4 meses de edad se le diagnostica por TAC tumor cerebral, se opera a los 5 meses de edad, (...) se le hizo control V-2000 que reporta tumor recidivante"¹⁵.

- ✓ Nota de enfermería de la atención recibida por el menor, el 13 de octubre de 2000, en la que se dejó la constancia de la orden por valoración de neurocirugía, luego de ser atendido, porque presentaba vómito¹⁶, además, se encuentra la anotación del plan a seguir, así (se transcribe de forma literal, incluidos los errores si los hay):

"13/X/00 8 A.M. Inician la vía oral. Neurocirugía debe determinar la estancia intrahospitalaria del paciente y su programación para cirugía de carácter urgente"¹⁷.

"13/X/00 17+10 (...) No signos de hipertensión endocraneana. (...) Valorado por neurocirugía descarta pdt qx momento. Paciente con cuadro de virosis respiratoria (...) sin criterios para hospitalización y a quien se le va a realizar (ilegible) intervención quirúrgica, se decide manejo en casa se dan signos de alarma a padres y se les explica la (ilegible). Se realizarán paraclínicos pre quirúrgicos la próxima semana y se considera mejor para beneficio del paciente mejor cuidado gripal en casa"¹⁸.

- ✓ Hoja de evolución, del 23 de octubre de 2000, en la que se dejó constancia de la ronda del servicio de neurocirugía, en los siguientes términos(se transcribe de forma literal, incluidos los errores si los hay):

"Se presentó el caso el cual es una lesión tumoral de fosa posterior, operado hace tres años en la clínica Asunción con DX (ilegible) patología a astrocitoma policítico, no fue irradiado, el paciente, el día de hoy (ilegible) RNM, la cual muestra masa cerebelo (ilegible) importante con hidrocefalia tipo obstructiva. Actualmente paciente consciente (...) se le informa a los familiares la necesidad de colocar válvula (ilegible) peritoneal presión media hakim para corregir hidrocefalia y luego (ilegible) CX de fosa posterior. Tanto el padre como la madre son enfáticos en aclarar que se oponen a tratamiento quirúrgico den la Clínica Los Andes, se le explica a la familia la imperiosa necesidad de colocar la válvula y sus padres insisten en la decisión de no dejarlo operar en la clínica. Paciente queda a cargo del servicio de pediatría"¹⁹.

- ✓ Epicrisis del ISS, del 27 de octubre de 2000, en la que se anotó (se transcribe de forma literal, incluidos los errores si los hay):

¹⁵ Fl. 386 vto. cuaderno principal.

¹⁶ Fl. 375 cuaderno de pruebas.

¹⁷ Fl. 377 cuaderno principal.

¹⁸ Fl. 377 vto. cuaderno principal.

¹⁹ Fls. 386 vto. y 400 cuaderno principal.



"Motivo de consulta: para realizar exámenes pre quirúrgicos (...).

"Evolución: paciente con diagnóstico de astrocitoma recidivante quien se encuentra por el resto del examen bien, con evolución estable en espera de la (ilegible) quirúrgica de su entidad.

"(...). Nota: los padres del paciente firmaron salida voluntaria excluyéndonos de cualquier responsabilidad hospitalaria"²⁰.

- ✓ Formato de órdenes médicas, del 27 de octubre de 2000, en el que se indicó: *"dieta adecuada para la edad y p/ traslado para cirugía de fosa posterior"²¹.*
- ✓ Acta de salida voluntaria, del 27 de octubre de 2000, suscrita por los padres del menor Avendaño Porras, en la que se dejaron las siguientes anotaciones (se transcribe de forma literal, incluidos los errores si los hay):

"Nosotros, José Manuel Avendaño Romero (...) y Maryluz Porras (...) padres del menor Jardel Avendaño Porras, solicitamos salida voluntaria de su actual hospitalización en el servicio de pediatría de la Clínica Los Andes. Tenemos total claridad del diagnóstico de tumor de fosa posterior por parte de pediatría y de neurocirugía, la situación de hipertensión endocraneana secundaria que el padece y sus posibles consecuencias. Nos oponemos rotundamente a la colocación de la válvula de (ilegible) ventricular peritoneal que resolvería la situación de hipertensión endocraneana por hidrocefalia. Asumimos la responsabilidad de lo que se derive del egreso voluntario y exoneramos de responsabilidad al servicio de pediatría de la Clínica Los Andes"²².

- ✓ Informe radiológico de la IPS Clínica Los Andes del ISS, del 11 de diciembre de 2000, en el que se reporta que el menor presentaba una mancha blanca en su ojo izquierdo y es remitido para control por consulta externa de neurocirugía²³.
- ✓ Notas de evolución de la atención en el ISS en diciembre de 2000, en la que se indicó (se transcribe de forma literal, incluidos los errores si los hay):

*"11/12/00 Antecedentes patológicos: Astrocitoma de SUC en cerebro, detectado a los 4 meses de nacido, (ilegible) hidrocefalia. Actualmente con **DX***

²⁰ Fl. 383 cuaderno principal.

²¹ Fl. 387 cuaderno principal.

²² Fl. 398 cuaderno principal.

²³ Fl. 350 cuaderno principal.



Radicación: 080012331000200202725 01 (43847) 12
Actor: José Manuel Avendaño Romero y otros
Demandado: Instituto de Seguros Sociales y otro
Referencia: Acción de Reparación Directa

de nuevo tumor cerebral desde mayo/00. Pendiente neurocirugía para biopsia²⁴.

*"15/12/00 Paciente de 3 años que ingresó con DX de hipertensión endocraneana secundaria a un astrocitoma cerebral, en su cuarto día en el servicio de observación. (...) Después de hacer los trámites en la Clínica del Norte esta lo programa para cirugía para el día 9 de enero"*²⁵(resalto de la Sala).

- Copia auténtica, aportada por la Organización Clínica General del Norte, de la aceptación de la oferta, del 29 de noviembre de 2000, efectuada por esta entidad al ISS, para realizar la cirugía *"resección de tumor fosa posterior código 01138 a nuestro afiliado Jardel Avendaño Porras (...)". El plazo para hacer uso de esta aceptación de oferta será de 30 días calendario, a partir del recibo de la misma por parte del prestador*²⁶.
- Copia auténtica de la historia clínica, aportada por la Organización Clínica General del Norte, en la que se consignaron, respecto de la atención brindada al menor Jardel José Avendaño Porras, los siguientes aspectos relevantes (se transcribe de forma literal, incluidos los errores si los hay):

"Ingreso por: urgencias.

"Fecha: 8/01/01.

"Motivo de consulta: programado para cirugía.

*"Enfermedad actual: acude a hospitalización para cirugía de resección de tumor en fosa posterior con antecedente de cirugía de cráneo que afectó ojo izquierdo"*²⁷.

- Órdenes médicas:

"8/01/01 1. N.V.O.

"5:00 pm 2. Valoración por anestesiólogo.

"3. Depilar cuero cabelludo.

"4. Canalizar con solución (ilegible) antes de la cirugía.

"5. (...).

"6. Avisar a su médico tratante.

"01/8/01 Anestesia:

*"8+20 pm 1. Suspender procedimiento (...)"*²⁸.

²⁴ Fl. 361 cuaderno principal.

²⁵ Fl. 357 cuaderno principal.

²⁶ Fls. 156 a 157 cuaderno principal.

²⁷ Fl. 145 cuaderno principal.

²⁸ Fl. 146 cuaderno principal.



- Apuntes de enfermería:

"(...) por anesthesiólogo de turno el cual osculta y suspende la cirugía por encontrar paciente manejando secreciones y pide hablar con el doctor Ángel Guzmán pediatra de turno el cual (ilegible) osculta y acuerda lo mismo de suspender cirugía"²⁹.

- Epicrisis:

"Paciente con historia clínica de tumor cerebral, con cirugía de cráneo anterior, que se programa para nueva cirugía. Con compromiso de ojo izquierdo. A la valoración por anestesia se encontró paciente con síntomas gripales con (ilegible) por lo que se postergó la cirugía"³⁰.

- Formato contentivo del consentimiento para realizar la transfusión de sangre, suscrito por el padre del menor, José Manuel Avendaño Romero, autorizando el procedimiento para su hijo, el 8 de enero de 2001³¹.
- Copia de la certificación del 10 de noviembre de 2000, suscrita por un neurocirujano del ISS, en el que indicó (se transcribe de forma literal, incluidos los errores si los hay):

"Que al paciente Jardel Avendaño de 3 A se le diagnosticó lesión tumor de recidivante a nivel de fosa posterior con (ilegible) cefalea moderadas. El tumor cerebeloso amerita cirugía de fosa posterior y este procedimiento puede ser precedido de implantación de válvula según criterio del neurocirujano que se ocupe del caso. La implantación de la válvula se practica en esta institución; sin embargo, la craneotomía de fosa posterior deberá ser practicada en un centro hospitalario de 4 nivel"³².

- Historia clínica del menor Avendaño Porras, del 19 al 24 de enero de 2001, que da cuenta de su ingreso a la Clínica Los Andes con signos de dificultad respiratoria, por lo que fue conectado a un ventilador mecánico hasta que sufrió un paro respiratorio, sin que reaccionara, y falleció. La muerte se registró por parte de la entidad, de la siguiente forma (se transcribe de forma literal, incluidos los errores si los hay):

"Diagnóstico de ingreso: 1. HVDA, 2. Síndrome gripal 2. Astrocitoma.

²⁹ Fl. 153 cuaderno principal.

³⁰ Fl. 162 cuaderno principal.

³¹ Fl. 155 cuaderno principal.

³² Fl. 443 cuaderno principal.



Radicación: 080012331000200202725 01 (43847) 14
Actor: José Manuel Avendaño Romero y otros
Demandado: Instituto de Seguros Sociales y otro
Referencia: Acción de Reparación Directa

"Diagnóstico de egreso: 1. Astrocitoma.

"Complicación: Deterioro neurológico, muerte encefálica.

"Causa básica de muerte: Masa en fosa posterior compromete el tallo"³³.

- Testimonio rendido por el médico Guillermo Jiménez, cirujano en la Clínica General del Norte, quien se refirió a los hechos de la siguiente manera (se transcribe de forma literal, incluidos los errores si los hay):

*"Yo me enteré por medio del abogado de la clínica de un niño que ingresó a comienzo del año 2001 portador de un tumor de fosa posterior (astrocitoma pilocítico) en malas condiciones generales con deterioro muy marcado del estado neurológico, consecuentemente a esto presentaba alteraciones pulmonares debido a su enfermedad de base y las complicaciones consecuentes a la misma, remitido de los Seguros Sociales después de varios años de ser tratado en esa institución y con la intención de resolverle el problema del tumor, **se intentó operar de forma rápida programada por mí persona, para su intervención quirúrgica por mí, por la condiciones del niño tales como alteraciones respiratorias, estertores pulmonares con abundantes secreciones bronquiales, el anestesiólogo que es el especialista que maneja la parte hemodinámica y pulmonar del paciente durante la cirugía, consideró prudente no realizar dicho procedimiento en ese momento por el gran riesgo de un resultado malo en el posquirúrgico inmediato, ya que el intercambio gaseoso durante el procedimiento anestésico se vería afectado y por ende el sistema nervioso central, sería en ese momento más perjudicial para el niño por lo cual se consideró ser valorado por pediatría para mejorar las condiciones del paciente y, posteriormente, ser revalorado por neurocirugía y anestesiología para su reprogramación quirúrgica,** con respecto a unos comentarios presentados en la demanda en la cual el abogado manifiesta que yo no le presté atención a los estudios de resonancia presentados por el paciente, para mí ese concepto es falso, ya que si le presté atención a los estudios, igualmente informo que yo no me encontraba de vacaciones, de pronto fue mi intención tener unos días de vacaciones pero en vista de que se presentan pacientes a quien uno tiene que resolverle su situación ya que la mayoría son pacientes graves, uno deja a un lado las intenciones de salir en esos días como consta en la historia clínica en la cual yo estaba presente durante los días en que el paciente estuvo hospitalizado y el día de la programación quirúrgica, igualmente consta en la clínica que yo realicé otro tipo de cirugías en otros pacientes. Dado el caso que yo no me encontrara en la institución, la clínica cuenta con un cuadro de neurocirujanos que hubiesen podido resolver el caso del paciente. (...) PREGUNTADO: En algún momento durante el ingreso a la estancia del niño a la IPS Clínica General del Norte se reportó por parte de sus padres el hecho de que el niño padecía de hidrocefalia, o se tuvo conocimiento del ello. CONTESTÓ: No fue informado sin embargo aclaro que la intención de enviar nuevos estudios es para ver las condiciones en que se encontraba el paciente tales como se encontraba el tumor, el cerebro, los ventrículos para resolver el caso del paciente ya que es una patología compleja, ya que complicaciones puede presentarse como la hidrocefalia sin embargo para el acto quirúrgico puede ser tratado en un mismo tiempo las dos patologías el tumor y la hidrocefalia, particularmente yo intento operar la patología de base y con eso se resuelve la hidrocefalia, agrego que era un niño que fue tardíamente remitido donde el*

³³ Fl. 281 cuaderno principal.



deterioro era muy marcado. **PREGUNTADO: Cuál es la importancia de la válvula tipo hakim para el control de la hidrocefalia. CONTESTÓ: Es importantísimo en algunos casos para el pronóstico vital del paciente haberle colocado válvulas con anterioridad si la cirugía se estaba prolongando. PREGUNTADO: Usted explicó a los padres el motivo por el cual se suspendió la cirugía y cuáles fueron esos motivos. CONTESTÓ: Se le explicó a los padres por mí persona y por el anesthesiólogo que era el directo responsable de la suspensión de la cirugía, y yo no puedo realizar cirugías sin el concurso del anesthesiólogo, los motivos fueron el estado pulmonar del paciente. (...) Yo le ordeno una salida con permiso que significa que el paciente inmediatamente mejores sus condiciones puede regresar para su intervención por eso se le solicitó valoración por pediatría para mejorar las condiciones nutricionales, bronquio respiratorias. (...) Yo no ignoré en ningún momento los estudios porque mal haría yo en programar a un paciente a cirugía sin saber las condiciones en que está este paciente, en el momento no me acuerdo si solicité nueva resonancia, en el supuesto caso de haberla solicitado no estaba haciendo nada en contra de la evolución de la enfermedad ya que ese es un estudio que se realiza el mismo día y para mí hubiese sido de gran importancia conocer el estado actual de la patología del paciente**³⁴(negrillas de la Sala).

- Testimonio rendido por la enfermera Graciela Gómez de Rubio, atendió al paciente en la Clínica General del Norte, y manifestó (se transcribe de forma literal, incluidos los errores si los hay):

*“Este es un paciente que ingresó a las dos y cincuenta de la tarde del día 8, lo recibí mi compañera Leidy Palma en brazos de su mamá, tenía un ojo iris nublado y disfácea ósea, no hablaba bien, acompañado de sus padres, se le llamó al doctor Guillermo Jiménez y se le informó sobre la cirugía del paciente, el médico de planta ordenó la reserva de sangre para la cirugía, termina el turno de mí compañera y recibe el turno mí otra compañera a las siete de la noche en brazos de su mamá, en espera de cirugía programada para las 9 de la mañana del día 9 de enero de 2001, a las 8 de la noche lo valora el anesthesiólogo de turno en cual lo osculta y suspende la cirugía por encontrar al paciente manejando secreciones y pide valoración por el doctor Guzmán pediatra de turno el cual también lo osculta y encuentra lo mismo y ordena suspender la cirugía, a las 7 de la mañana lo recibo yo, Gabriela Gómez, consciente, orientado en espera de recibir cirugía, lo recibo yo despierto en brazos de la mamá, sin vena canalizada, manejando regular patrón respiratorio recibiendo ronda por enfermería a las 7:30 de la mañana (...) es valorado por el doctor Guillermo Jiménez, ya se le había avisado de la cirugía, quien ordena salida con permiso por frecuentar problemas respiratorios*³⁵.

- Testimonio rendido por el médico Ramiro Jaraba González, neurocirujano que atendió el caso del menor Avendaño Porras, quien indicó (se transcribe de forma literal, incluidos los errores si los hay):

³⁴ Fls. 210 y 2011 cuaderno principal.

³⁵ Fls. 216 y 217 cuaderno principal.



“La persona que suspendió el procedimiento fue el doctor Leopoldo Angulo anesthesiólogo según la valoración pre anestesia realizada al paciente que no se encontraba en condiciones para realizar el procedimiento quirúrgico. (...) La hidrocefalia es muy común en los pacientes que tienen tumor de la fosa posterior, por tal razón es importante conocer si presenta este problema. (...) El tratamiento de hidrocefalia depende de la causa que la genere, en el caso particular de Jardel Avendaño, el operarse el tumor y dejar un catéter ventricular externo, versus la colocación de la válvula ventriculoperitoneal antes de operarse el tumor, ambos procedimientos son válidos según la literatura médica”³⁶ (resaltos y subrayas de la Sala).

- Testimonio rendido por el anesthesiólogo Leopoldo Angulo, quien se refirió a los hechos de esta forma (se transcribe de forma literal, incluidos los errores si los hay):

“(...) encontrando al momento del examen físico, afección pulmonar consistente en abundantes secreciones bronquiales con estertores roncus y crepitantes en ambas bases pulmonares y todo el hemotórax derecho, ante la eventualidad se le explica a los representantes del niño que bajo esas condiciones los riesgos de complicaciones ventilatorias podrían llevar al traste la vida del paciente ya que se compromete seriamente el intercambio gaseoso normal bajo estas circunstancias que podía ser en un alto porcentaje llegar a comprometer la vida del paciente aun por encima de la patología quirúrgica. Se le explica todo lo anterior a los familiares, se les recomienda una interconsulta con pediatría para el manejo de la patología pulmonar que cuando estuviera resuelta en un lapso de más o menos diez días poder reprogramarlo nuevamente para la cirugía de cráneo. Se les explicó también a los familiares que la cirugía de cráneo en ese momento no era de urgencia y era mejor llevarlo a cirugía en condiciones óptimas. Hago salvedad que fui yo la persona que suspendió la cirugía en ese momento. (...) No, en el momento de la valoración preanestésica el paciente no ameritaba que fuese intervenido inmediatamente ya que era una cirugía programada con anterioridad, la persona encargada de determinar la urgencia del procedimiento dependía exclusivamente del neurocirujano que del anesthesiólogo, tan es así que el neurocirujano en ningún momento contradujo la decisión del anesthesiólogo y permitió la salida o alta con permiso para que se manejara por parte de pediatría el trastorno respiratorio”³⁷.

- Documento suscrito por el señor José Manuel Avendaño Romero y presentado ante el Juzgado Trece Civil del Circuito de Barranquilla, el 4 de junio de 2001, a través del cual pretendió que este iniciara el incidente de desacato del fallo proferido el 29 de septiembre de 2000, en contra del ISS, por cuanto la entidad no había ordenado la práctica de la cirugía denominada “*craneotomía de fosa posterior*”³⁸.

³⁶ Fls. 219 y 220 cuaderno principal.

³⁷ Fls. 221 y 222 cuaderno principal.

³⁸ Fls. 494 a 500 cuaderno principal.



Radicación: 080012331000200202725 01 (43847) 17
Actor: José Manuel Avendaño Romero y otros
Demandado: Instituto de Seguros Sociales y otro
Referencia: Acción de Reparación Directa

- Contestación que da el ISS a la solicitud de incidente de desacato presentada por el padre del menor, en la que se refirió específicamente al cumplimiento de lo ordenado en el fallo de tutela, en el siguiente sentido (se transcribe de forma literal, incluidos los errores si los hay):

"Su Despacho en fallo de tutela de fecha 28 de septiembre de 2000 ordenó lo siguiente: 'preste directamente o por intermedio de terceros todos los servicios médicos requeridos por el menor Jardel Avendaño Porras'.

"A fin de acatar su decisión, la Gerencia de EPS del Instituto de Seguros Sociales mediante oficio N°. GSEPS-55691 remitió a la Subgerencia de Salud en la Clínica Los Andes, toda la documentación correspondiente para la práctica de los procedimientos prequirúrgicos, protocolo que es requisito indispensable para realizar la cirugía de implantación de válvula tipo hackim.

"Para estos efectos la Subgerencia de Salud mediante comunicación SS-CA-1298 nos informa que el Doctor Carlos López Pinto, Coordinador Ad Hoc del servicio de neurocirugía realizó todos los trámites requeridos para este tipo de cirugías así: 'Llamándose también a los padres del menor Jardel Avendaño Porras, contactamos a la señora Janeth Blanco para que se traslade inmediatamente a la clínica con el paciente para su hospitalización inmediata, la cual informa que el paciente se encuentra en la unidad haciéndose exámenes de laboratorio (...).

"(...) la Clínica Los Andes del Seguro Social dispuso de toda su infraestructura médico científica para realizar al menor Jardel Avendaño Porras la implantación de la válvula tipo Hackim, pero los padres del menor, bajo su responsabilidad, retiraron al menor de la clínica argumentando que esta institución no brindaba las garantías necesarias para la cirugía requerida, de ello queda constancia en el acta que suscribieron los padres del menor (...), manifestando su negativa a la implantación (...). La prueba de lo anterior no puede ser aportada ya que el padre del menor, señor José Manuel Avendaño Romero, se llevó y de manera arbitraria, por sugerencia de su apoderado, retuvo la historia clínica de su menor hijo.

"Sin embargo, a través del Departamento de Atención Ambulatoria se le hizo saber al señor (...), que la clínica garantizaba una adecuada prestación del servicio por profesionales idóneos en neurocirugía, para atender de forma oportuna al menor, ya que la realización del procedimiento mencionado era necesario para controlar la hidrocefalia que lo afectaba y que ponía en grave riesgo su vida.

"Muy a pesar de lo anteriormente mencionado, y con miras a salvaguardar la vida del menor, por la negativa rotunda de los padres del menor (...) a realizarle la implantación de la válvula tipo Hackim en la Clínica Los Andes del ISS, la EPS del Instituto de Seguros Sociales realizó las gestiones necesarias para que se llevara a cabo la cirugía requerida por el menor, consistente en celebrar contrato con la Organización Clínica General del Norte, para que realice el procedimiento denominado craneotomía de fosa posterior (...)"⁴⁰.

⁴⁰ Fls. 501 a 534 y 537 a 539 cuaderno principal.



Radicación: 080012331000200202725 01 (43847) 18
Actor: José Manuel Avendaño Romero y otros
Demandado: Instituto de Seguros Sociales y otro
Referencia: Acción de Reparación Directa

Adicionalmente, mediante documentos radicados el 20 de octubre de 2000, ante el Juzgado Trece Civil del Circuito, el ISS informó de las actividades realizadas con el fin de dar cumplimiento al fallo de tutela del 29 de septiembre de 2000.

2.3. Del título de Imputación jurídica.

Respecto del régimen de responsabilidad aplicable en casos en que se discute la responsabilidad extracontractual del Estado por daños causados con ocasión de las actividades médico-sanitarias, como el presente, la Subsección ha afirmado que⁴¹, en casos en los cuales se ventila la acción imperfecta de la Administración o su omisión, como causa del daño reclamado, el título de imputación aplicable es el de la falla del servicio.

En efecto, frente a supuestos en los cuales se analiza si procede declarar la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños provenientes de la atención médica defectuosa, se ha retornado, como se verá, a la falla probada; esta Corporación ha señalado que es necesario efectuar el contraste entre el contenido obligacional que, en abstracto, las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo implicado, de un lado, y el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto, de otro. En este sentido, se ha sostenido que:

"1.- En casos como el presente, en los cuales se imputa responsabilidad a la administración por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de sus obligaciones, la determinación de si el daño causado al particular tiene el carácter de daño antijurídico, depende de acreditar que la conducta de la autoridad fue inadecuada. Si el daño que se imputa a ésta se deriva del incumplimiento de un deber que legalmente le corresponde, o de su cumplimiento inadecuado, la antijuridicidad del daño surgirá entonces aquí de dicha conducta inadecuada, o lo que es lo mismo, de una FALLA EN EL SERVICIO.

(...)

"2.- Para determinar si aquí se presentó o no dicha falla del servicio, debe entonces previamente establecerse cuál es el alcance de la obligación legal incumplida o cumplida inadecuadamente por la administración. Debe precisarse en qué forma debió haber cumplido el Estado con su obligación; qué era lo que a ella podía exigírsele; y, sólo si en las circunstancias concretas del caso que se estudia se establece que no obró adecuadamente, esto es, que no lo hizo como una administración diligente,

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del marzo 8 de 2007, exp. 27.434, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.



Radicación: 080012331000200202725 01 (43847) 19
Actor: José Manuel Avendaño Romero y otros
Demandado: Instituto de Seguros Sociales y otro
Referencia: Acción de Reparación Directa

su omisión podrá considerarse como causa del daño cuya reparación se pretende.

“La falla de la administración, para que pueda considerarse entonces verdaderamente como causa del perjuicio y comprometa su responsabilidad, no puede ser entonces cualquier tipo de falta. Ella debe ser de tal entidad que, teniendo en cuenta las concretas circunstancias en que debía prestarse el servicio, la conducta de la administración pueda considerarse como ‘anormalmente deficiente’⁴¹.

En este punto conviene recordar que, por un tiempo, aceptó la jurisprudencia Contencioso Administrativa que el título de imputación jurídica en torno a los eventos en los que se debatía la responsabilidad médica fuese el de la “*falla presunta*”, según la cual la nuda constatación de la intervención causal de la actuación médica en el resultado nocivo por el que se reclamaba era suficiente para atribuir el daño a la Administración. Pese a lo anterior, se retomó la senda clásica de la responsabilidad subjetiva o falla probada⁴², por lo que hoy en día, según esta sub-regla jurisprudencial, deben ser acreditados en este punto tres elementos inexcusables por parte del actor, a saber: i) el daño; ii) la falla en el acto médico y iii) el nexo causal, sin los cuales improcedente se hace la condena del Estado por esta vía, tal y como lo ha entendido esta Corporación, cuando consideró que:

*“Al margen de las discusiones que se presentan en la jurisprudencia y en la doctrina en relación con el régimen probatorio de los elementos de la responsabilidad patrimonial por los daños que se deriven de la actuación médica del Estado, **lo cierto es que existe consenso en cuanto a que la sola intervención -actuación u omisión- de la prestación médica no es suficiente para imputar al Estado los daños que sufran quienes requieran esa prestación, sino que es necesario que se encuentre acreditado que la misma fue constitutiva de una falla del servicios y que dicha falla fue causa eficiente del daño**”⁴³. (Énfasis añadido).*

Se concluye entonces que la posición de la Corporación en esta época, a la par que la de la doctrina autorizada, se orienta en el sentido de que la responsabilidad médica, en casos como el presente, debe analizarse bajo el tamiz del régimen de la falla probada, lo que impone no sólo la obligación de probar el daño del demandante, sino, adicional e inexcusablemente, la falla por el acto médico y el nexo causal entre esta y el daño.

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del marzo 8 de 2007, exp. 27.434, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, exp. 15.725, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, exp. 19.101 C.P. Ruth Stella Correa Palacio.



Radicación: 080012331000200202725 01 (43847) 20
Actor: José Manuel Avendaño Romero y otros
Demandado: Instituto de Seguros Sociales y otro
Referencia: Acción de Reparación Directa

2.4. Del caso concreto

Para la Sala, así como lo estableció el Tribunal de primera instancia, no se evidencia en el proceso una prueba que permita determinar la responsabilidad que se le imputa a las entidades accionadas como consecuencia de la muerte del menor Jardel José Avendaño Porrás por la omisión alegada de brindar el tratamiento oportuno a la enfermedad padecida por el menor.

Tratándose de falla probada, como se dejó claro al analizar el título de imputación, era deber de la parte activa probar que efectivamente se presentó una omisión por parte de las entidades demandadas; sin embargo, sin lugar a dudas, la parte activa no cumplió con dicha carga, como enseguida se analizará.

2.4.1. De la supuesta falla relativa a la omisión de la atención oportuna

Acreditada la existencia del daño y su carácter antijurídico, consistente en la muerte del menor Jardel José Avendaño Porrás, el 24 de enero de 2001, la Sala pasa a hacer el análisis de imputación con el fin de establecer si en el caso concreto dicho daño le puede ser atribuido a la Administración Pública y, por ende, si esta tiene el deber jurídico de resarcir los perjuicios que del mismo se derivan, para así determinar si la sentencia de primera instancia debe ser confirmada o revocada.

De los documentos recaudados –historia clínica-, se da por establecido que el menor Jardel José Avendaño Porrás padeció un tumor denominado “*astrocitoma pilocítico nivel 1*”⁴⁴, el cual fue intervenido quirúrgicamente en 1997, cuando tenía

⁴⁴ El cual, de conformidad con la literatura médica se define como: “Los tumores encefálicos primarios, incluso los astrocitomas, son un grupo diverso de enfermedades que, en conjunto, constituyen los tumores sólidos más frecuentes en la niñez. Los tumores encefálicos se clasifican según sus características histológicas, pero la ubicación del tumor y su grado de diseminación son factores importantes que afectan el tratamiento y el pronóstico”, su ubicación puede estar en: “Nervio óptico, quiasma óptico o hipotálamo, tálamo y ganglios basales, hemisferios cerebrales, cerebelo y tronco encefálico, y médula espinal (poco frecuente)”; además: “De acuerdo con la tipificación histológica de los tumores del sistema nervioso central (SNC) de la Organización Mundial de la Salud (OMS), los astrocitomas infantiles y otros tumores de origen glial se clasifican según el subtipo clinicopatológico e histológico, y se les asigna un grado (grado I a IV). Con frecuencia, se hace referencia a los grados histológicos de la OMS como gliomas de grado bajo o de grado alto. Más de 80 % de los astrocitomas ubicados en el cerebelo son de grado bajo (pilocíticos de grado I) y, con frecuencia, quísticos; la mayoría de los restantes son astrocitomas difusos de grado II. Los astrocitomas malignos en el cerebelo son poco frecuentes.[1,2] La presencia de ciertas características histológicas (por ejemplo, tasa de MIB-1, anaplasia) se han



Radicación: 080012331000200202725 01 (43847) 21
Actor: José Manuel Avendaño Romero y otros
Demandado: Instituto de Seguros Sociales y otro
Referencia: Acción de Reparación Directa

5 meses de nacido, sin que se le practicara radioterapia u otro tipo de tratamiento.

Además, quedó probado que, en enero de 1998, el menor fue evaluado nuevamente por médicos del ISS como control de la cirugía realizada, galenos que indicaron que este ingresó sin historia clínica y que los padres manifestaron que se le había prescrito una resonancia magnética, la cual no había sido realizada aún; sin embargo, de dicha afirmación no obra prueba dentro del material aportado, por cuanto no existe anotación en la historia clínica de dicha orden.

Adicionalmente, en la historia clínica, se pudo advertir de otra atención médica en abril de ese mismo año, en la cual los médicos le ordenaron tratamiento al menor por un cuadro gripal sin fiebre, sin que figure la orden de una resonancia magnética.

Revisado el resto de la historia clínica, la Sala advierte que no existe información relativa a 1999, por lo que no es posible establecer si durante ese año el menor recibió atención, si le fue ordenada una resonancia magnética o algún otro examen que requiriera y que permitiera establecer que, para esa época, ya tuviera indicios de un nuevo tumor que ameritara la cirugía que se dice en la demanda fue retrasada por el ISS.

Ahora bien, se indicó en la historia clínica, específicamente cuando ingresó para ser atendido en diciembre de 2000, que el tumor había sido detectado en mayo de ese mismo año:

*"11/12/00 Antecedentes patológicos: Astrocitoma de SUC en cerebro, detectado a los 4 meses de nacido, (ilegible) hidrocefalia. Actualmente con **DX de nuevo tumor cerebral desde mayo/00. (ilegible) neurocirugía para biopsia**"⁴⁵.*

usado de forma retrospectiva para pronosticar la supervivencia sin complicaciones en los astrocitomas pilocíticos que surgen en el cerebelo u otros sitios. Los astrocitomas que surgen en el tronco encefálico son de grado alto o de grado bajo; la frecuencia de cada tipo depende, en gran medida, de la ubicación del tumor en el tronco encefálico.[8,9] Los tumores que no comprometen la protuberancia son, en su gran mayoría, gliomas de grado bajo (por ejemplo, gliomas tectales del mesencéfalo), mientras que los tumores ubicados de forma exclusiva en la protuberancia sin componentes exofíticos son, en gran medida, gliomas de grado alto (por ejemplo, gliomas pontinos intrínsecos difusos con el genotipo con mutación de H3K27M). Consultado en <https://www.cancer.gov/espanol/tipos/cerebro/pro/tratamiento-astrocitomas-infantiles-pdq> veintisiete de noviembre de dos mil diecisiete a las 11:04.

⁴⁵ Fl. 361 cuaderno principal.



Radicación: 080012331000200202725 01 (43847) 22
Actor: José Manuel Avendaño Romero y otros
Demandado: Instituto de Seguros Sociales y otro
Referencia: Acción de Reparación Directa

También quedó probado que, en agosto de 2000, se le practicó al menor un "estudio con medio de contraste gadolínico Dpta" en cuyos resultados se indicó un incremento en el tamaño del tumor ya conocido en fosa posterior, por lo que la Sala puede concluir que se le practicó el examen que se indicó por los padres, pero no se probó por parte de estos la fecha en la cual este se ordenó y, por tanto, el incumplimiento atribuido a la entidad.

Además, en estos documentos no se brindó mayor información respecto de la malignidad del tumor y, en las anotaciones que se hacen con posterioridad, en ninguna se indicó la necesidad de una cirugía; además, se dejó constancia de que el menor no fue llevado a consulta en los meses de abril y mayo de 2000⁴⁶.

Ahora, obra en el expediente la solicitud suscrita por el padre del menor, dirigida al Juzgado Trece Civil del Circuito, con el fin de que el Despacho iniciara el incidente de desacato en contra del ISS, porque la entidad no habría ordenado la "craneotomía de fosa posterior"⁴⁷; sin embargo, la Sala también advierte la respuesta otorgada por el ISS, en la que hizo referencia al fallo de tutela e indicó que la orden allí dada estaba orientada a que la entidad "preste directamente o por intermedio de terceros todos los servicios médicos requeridos por el menor Jardel Avendaño Porras" y relacionó las actuaciones realizadas con el fin de que al menor se le implantara una "válvula de Hakim" en la Clínica Los Andes, en el octubre de 2000.

En este sentido, debe resaltar la Sala que al expediente no se allegó copia del fallo de tutela ni fue solicitado como medio de prueba por ninguna de las partes, especialmente por los demandantes, quienes son los interesados en acreditar la supuesta omisión de las entidades. Solo se cuenta con la solicitud del padre y la respuesta del ISS, esta última con respaldo en la historia clínica, la cual dio cuenta de la necesidad de la práctica de una cirugía para la implantación de la válvula de Hakim, en octubre de 2000, mes en el cual el menor fue internado en la institución con el fin de controlar algunos síntomas que estaba presentando y de realizarle los exámenes pre quirúrgicos, con el fin de cumplir lo ordenado en el fallo de tutela.

⁴⁶ Fls. 264 y 265 cuaderno principal.

⁴⁷ Fls. 494 a 500 cuaderno principal.



Radicación: 080012331000200202725 01 (43847) 23
Actor: José Manuel Avendaño Romero y otros
Demandado: Instituto de Seguros Sociales y otro
Referencia: Acción de Reparación Directa

No obstante, los padres, voluntariamente, retiraron de la institución al menor, alegando que no era la entidad apta para prestar este servicio y exigiendo la realización de la cirugía "*craneotomía de fosa posterior*"; puesto que, de conformidad con la certificación emitida por el neurocirujano del ISS, en el mes de noviembre de 2000, esta última era la cirugía que debía practicarse; sin embargo, al revisar la certificación aludida por el padre del menor y los testimonios rendidos por los médicos que atendieron el caso, la Sala advierte que tanto la implantación de la válvula, como la craneotomía, eran cirugías procedentes para tratar la enfermedad del menor, a discreción del neurocirujano que estuviera atendiendo el caso y así lo determinó el médico de la Clínica Los Andes, quien ordenó la práctica de la cirugía que buscaba implantar la válvula; sin embargo, ante la negativa de los padres y luego de los trámites administrativos pertinentes, incluyendo el convenio con una entidad no adscrita al ISS, esto es, la Clínica General del Norte, fue remitido allí y se le programó la segunda cirugía, para enero de ese mismo año.

Para la Sala quedó acreditado que el menor fue recibido en la Clínica General del Norte el 8 de enero de 2001, con el fin de llevar a cabo la cirugía "*craneotomía de fosa posterior*"; sin embargo, por orden del anestesiólogo, la cirugía debió ser cancelada y se le dio orden de salida al menor, con el fin de que se recuperara del cuadro gripal que estaba presentando; no obstante, el menor falleció el 24 de enero de 2001.

En este punto de la providencia resulta oportuno señalar que la jurisprudencia ha sido reiterada en destacar que la práctica médica debe evaluarse desde una perspectiva de medios y no de resultados, razón por la cual los galenos están en la obligación de realizar la totalidad de procedimientos adecuados para el tratamiento de las patologías puestas a su conocimiento, procedimientos que, como es natural, implican riesgos de complicaciones, que, de llegar a presentarse, obligan al profesional de la medicina, de conformidad con la *lex artis*, a agotar todos los medios que estén a su alcance para evitar daños mayores y, de así hacerlo, en ningún momento se compromete su responsabilidad, incluso en aquellos eventos en los cuales los resultados sean negativos o insatisfactorios



Radicación: 080012331000200202725 01 (43847) 24
Actor: José Manuel Avendaño Romero y otros
Demandado: Instituto de Seguros Sociales y otro
Referencia: Acción de Reparación Directa

para la salud del paciente⁴⁹.

Así las cosas, en el presente asunto no es posible atribuirle responsabilidad a la Clínica General del Norte, en tanto que, según los testimonios médicos y la historia clínica, la cancelación de la cirugía fue lo adecuado, pues se siguieron los protocolos de atención, y es que a pesar del lamentable resultado -muerte del menor Jardel José Avendaño Porrás-, debe destacarse que los médicos de la Clínica General del Norte hicieron todo lo que estaba a su alcance, pues una vez el paciente ingresó al hospital, se le canalizaron las venas, se le afeitó el cuero cabelludo y se llamó al anesthesiólogo para su revisión; sin embargo, el cuadro gripal que lo afectaba imposibilitaba la realización de la cirugía y así lo determinó el grupo de médicos encargados de la atención del paciente.

La Sala no desconoce que el menor presentaba una enfermedad compleja; no obstante, ello no es suficiente para afirmar que las entidades encargados de su atención incurrieron en una omisión, porque no existe evidencia científica que permita afirmar que la muerte del menor ocurrió como consecuencia de la demora en la práctica de la cirugía "*craneotomía de fosa posterior*" ni se demostró el llamado "*paseo de la muerte*" alegado en el recurso de apelación, pues no se acreditó que la Clínica General del Norte se hubiera opuesto a la práctica de la cirugía por un tema administrativo.

Además, quiere resaltar la Sala la ausencia de un dictamen pericial o de cualquier otra prueba técnica que le permita concluir que el lapso transcurrido entre octubre de 2000 y enero de 2001 fuera determinante para que el estado de salud del menor desmejorara o que la implantación de la válvula en la Clínica Los Andes, que los padres no permitieron, hubiera sido vital para que el menor tuviera un chance superior de llegar con vida a la cirugía de "*craneotomía de fosa posterior*".

Así, para la Sala, la parte demandante no acreditó la omisión en que se dice incurrió el ISS al no programar una resonancia magnética, y la Clínica General del Norte al cancelar la cirugía "*craneotomía de fosa posterior*", y tampoco se probó que el tiempo transcurrido entre el momento en el cual se detectó el tumor, se

⁴⁹ Ver, entre otras, la sentencia del 27 de enero de 2016, proferida por esta Subsección, con ponencia del Magistrado Hernán Andrade Rincón, Expediente: 29.728.



Radicación: 080012331000200202725 01 (43847) 25
Actor: José Manuel Avendaño Romero y otros
Demandado: Instituto de Seguros Sociales y otro
Referencia: Acción de Reparación Directa

ordenó la implantación de la válvula y la programación de la otra cirugía, hubiese sido determinante para que el menor tuviera una oportunidad de sobrevivir.

Así las cosas, al no haberse acreditado la imputación del daño al Estado, resulta claro que no se configuró uno de los elementos estructurantes exigidos para comprometer la responsabilidad patrimonial de los entes demandados, con fundamento en que no existe evidencia cierta e incontrovertible que indique que el ISS se demoró en ordenar la práctica de exámenes de diagnóstico y en ordenar la práctica de una cirugía y que la Clínica General del Norte falló al cancelar la cirugía porque el menor presentaba un cuadro gripal.

En suma, sin la demostración de los elementos fundantes de la responsabilidad dentro del régimen subjetivo, especialmente la falla, procede la negativa de las pretensiones enlistadas por los actores, por lo que indefectiblemente deberá ser confirmada la decisión emitida en primera instancia.

3. Costas

En consideración a que no se evidenció temeridad, ni mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, proferida el 20 de octubre de 2011 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.



Radicación: 080012331000200202725 01 (43847) 26
Actor: José Manuel Avendaño Romero y otros
Demandado: Instituto de Seguros Sociales y otro
Referencia: Acción de Reparación Directa

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **REMITIR** el expediente a su Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE


MARTA NUBIA WELÁSQUEZ RICO


CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA