



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

Juez: *ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE*

Bogotá D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Medio de Control: Reparación Directa
Radicación: 110013336038201300167-00
Demandantes: Paul Ricardo Acevedo Tello y Otros
Demandado: Nación – Ministerio de Salud y Protección Social
Asunto: Fallo primera instancia

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

I.- DEMANDA

1.- Pretensiones

Con la demanda se piden las siguientes declaraciones y condenas:

1.1.- Se declare que la **NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN** y el **INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA E.S.E.** son administrativa y patrimonialmente responsables de los daños y perjuicios causados a los demandantes por la presunta falla del servicio consistente en la práctica de yodoterapia a la señora **MÓNICA MESA CAÑADULCE**, quien se encontraba en estado embarazo, cuya circunstancia desencadenó en el hipotiroidismo en el menor **NRAM**¹.

¹ En consideración a que los hechos de la presente acción involucran cuestiones que se relacionan con un menor, la cual está protegida por su derecho fundamental a la intimidad, en aplicación de los parámetros de protección instituidos en la Ley 1098 de 2006 “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, y con el fin de proteger sus derechos, en esta providencia se cambia su nombre y en toda futura publicación de la misma, en tal virtud, se reemplaza el nombre del menor por las siguiente sigla NRAM.

1.2.- Se condene a las entidades demandadas a pagar a favor del menor **NRAM** la suma de 400 SMLMV por concepto de indemnización por daño a la salud.

1.3.- Se condene a las entidades demandadas a pagar a favor de los aquí demandantes **PAUL RICARDO ACEVEDO TELLO, MÓNICA MESA CAÑADULCE** y al menor **NRAM** por concepto de daño moral la cantidad de 100 SMLMV a cada uno de ellos.

1.4.- Se condene a las entidades demandadas a pagar al menor **NRAM** la suma estimada en \$3.200.000.000 por perjuicios materiales.

2.- Fundamentos de hecho

El Despacho los sintetiza así:

2.1.- El 26 de enero de 2010 se le practicó a la señora **MÓNICA MESA CAÑADULCE**, en el Hospital San Vicente, el procedimiento hemitiroidectomía derecha como tratamiento para el cáncer de tiroides.

2.2.- El 28 de octubre de 2010 el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., realizó el procedimiento de hemitiroidectomía izquierda.

2.3.- El 28 de febrero de 2011 la Dra. María Cristina Martínez Becerra, funcionaria del Instituto Nacional de Cancerología, a las 11:14 am ordenó la práctica de la prueba de embarazo a la señora **MÓNICA MESA CAÑADULCE**, pero a las 11:54 am decidió realizar la yodoterapia sin tener el resultado de la misma.

2.4.- La Dra. María Cristina Martínez Becerra, cuando realizó el procedimiento de yodoterapia a la paciente **MÓNICA MESA CAÑADULCE**, le suministró de forma oral yodo radioactivo.

2.5.- El 1° de marzo de 2011 al presentar un evento adverso a la señora **MÓNICA MESA CAÑADULCE** de nuevo fue atendida por la Dra. María Cristina Martínez Becerra, quien en la historia clínica dejó constancia que la paciente recibió radioyodo el día anterior con prueba de embarazo positiva pero que cuando se realizó el procedimiento de yodoterapia el reporte del examen no estaba cargado al sistema, que al indagarle ella manifestó que hizo entrega del

resultado en admisiones, que al preguntarle de forma verbal sobre el mismo manifestó que era negativo, que a su vez informó que su última regla fue un mes antes de la hospitalización y que en la carpeta de la historia clínica ya estaba el reporte escrito de la prueba de embarazo con resultado positiva.

2.6.- Con apoyo en lo anterior cuestionó el actuar de la Dra. María Cristina Martínez Becerra porque no siguió el procedimiento establecido para este tipo de tratamiento médico, puesto que no se cercioró que la paciente no estuviera en embarazo aun cuando minutos antes se había dado la orden de practicarle dicha prueba.

2.7.- Alegó que ante la grave situación padecida por la señora **MÓNICA MESA CAÑADULCE**, así como el peligro por el cual estaba atravesando el feto, no fueron practicados a cabalidad los procedimientos por cuanto el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., no suministró el agente bloqueador de la tiroides como es el yoduro de potasio.

2.8.- El 15 de abril de 2011 en el Hospital de La Victoria nació el menor **NRAM**.

2.9.- El 12 de mayo de 2012 al menor **NRAM** le fue diagnosticado hipotiroidismo como consecuencia de la exposición al yodo radioactivo en el vientre materno.

2.10.- El médico tratante inicialmente le prescribió como medicamento para tratar el hipotiroidismo, levotiroxina, pero sugirió que resultaba mejor el Eutirox, el cual no se encuentra incluido en el POS, motivo por el cual es asumido por los aquí demandantes.

2.11.- Indicó que el menor **NRAM** desde su nacimiento se encuentra en tratamiento médico con una dosis de medicamento de 14 mcg diarios pero que a la fecha de presentación de la demanda ya está en los 70 mcg, por lo que mensualmente toma un aproximado de 40 pastillas.

2.12.- Mencionó que los controles con el endocrino pediátrico son en la Clínica Materno Infantil de San Luis S.A. ubicada en Bucaramanga, por lo que a los demandantes les corresponde trasladarse desde la ciudad de Arauca hasta aquella Institución cada dos o tres meses y asumir el costo de los tiquetes, la

alimentación y la estadía, por cuanto la EPS-S no les suministra ningún tipo de ayuda.

2.13.- El 24 de enero de 2013 el menor **NRAM** en su control médico le encontraron un descontrol hormonal, cuya situación se ha presentado de forma reiterativa conllevando a un estado de zozobra tanto a él como a sus padres.

2.14.- El menor **NRAM** ante el continuo tratamiento médico ha desarrollado fobias y miedo al personal médico, por lo que se vieron abocados a acudir a tratamiento psicológico.

2.15.- Con apoyo de lo anterior acude a este medio de control para que le sea indemnizado el daño causado a la salud al menor por la falla médica en que incurrió la Dra. María Cristina Martínez Becerra al suministrarle yodo radioactivo en forma líquida a la paciente **MÓNICA MESA CAÑADULCE** cuando se encontraba en estado de gravidez.

3.- Fundamentos de derecho

El apoderado de la parte demandante señaló como fundamentos jurídicos el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia.

De otra parte, invocó los artículos 140, 152 numeral 6°, 156 numeral 6°, 157, 164 numeral 2° literal i, del C.P.A.C.A, el artículo 21 de la Ley 640 de 2001 en concordancia con el artículo 35 de la Ley 1395 de 2010.

II.- CONTESTACIÓN

1.- Ministerio de Salud y Protección Social

El 13 de mayo de 2013 la apoderada judicial del Ministerio de Salud y Protección Social² dio contestación a la demanda, para lo cual solicitó al Despacho denegar las pretensiones y se exonere de responsabilidad a la entidad.

² Folios 79 a 86 del Cuaderno 2

En el escrito de contestación de la demanda presentó como excepciones de fondo las denominadas, “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “ausencia de responsabilidad por parte del Ministerio de Salud y Protección Social”, “inexistencia del derecho”, “imposibilidad jurídica del Ministerio de Salud y Protección Social de prestar servicios de salud y consecuentemente suministrar información de orden asistencial al proceso judicial” y “cobro de lo no debido”.

i).- Falta de legitimación en la causa por pasiva: Señaló que el Ministerio de Salud y Protección Social no responde por las presuntas actuaciones médicas del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., por cuanto esta es una entidad descentralizada que cuenta con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, además que la reparación administrativa demandada recae en la presunta falla en la prestación del servicio médico asistencial brindado a la señora Mónica Mesa Cañadulce.

ii).- Ausencia de responsabilidad por parte del Ministerio de Salud y Protección Social: Alegó que el daño antijurídico deprecado por los demandantes no es imputable a la entidad por cuanto no fue quien prestó el servicio de salud. De igual forma, agregó que no existió un nexo causal entre la actividad que desempeña el Ministerio de Salud y Protección Social y el hecho dañoso demandado.

iii).- Inexistencia del derecho: Argumentó que no se dan los supuestos de hecho y de derecho para que surja a la vida jurídica el presunto derecho alegado por los demandantes.

iv).- Imposibilidad jurídica del Ministerio de Salud y Protección Social de prestar servicios de salud y consecuentemente suministrar información de orden asistencial al proceso judicial: Adujo que la entidad carece de la facultad legal de prestarlos por cuanto a esta entidad le corresponde entre sus competencias, la formulación, adopción, dirección, coordinación, ejecución y evaluación de la política pública en materia de salud, salud pública y promoción social conforme lo prevé el artículo 1° del Decreto Ley N° 4107 de 2011.

De igual manera, mencionó que el Ministerio de Salud y Protección Social es el encargado de la dirección del sector salud y del SGSSS en el territorio nacional, principalmente a través de la formulación de las políticas, programas

y proyectos de interés nacional conforme a lo consagrado en los artículos 151, 288, 356 y 357 de la Constitución Política de Colombia y a lo dispuesto en la Ley 715 de 2001.

En consecuencia, argumentó que jurídicamente no se le puede imponer a la entidad condena por unos perjuicios que no fueron causados directa ni indirectamente por el Ministerio de Salud y Protección Social, mucho menos porque según la Ley 489 de 1998 tan solo le corresponde ejercer control de tutela de las entidades descentralizadas atendiendo lo previsto en sus artículos 103, 104 y 105.

Por lo tanto, solicitó al Despacho que se nieguen las pretensiones frente al Ministerio de Salud y Protección Social porque no asume la responsabilidad por los servicios que las entidades de salud presten a sus usuarios.

2.- Instituto Nacional Cancerología E.S.E.

El 19 de junio de 2014 el apoderado judicial del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E.,³ contestó la demandada, contravirtió la mayoría de los hechos y solicitó al Juzgado negar las pretensiones de la demanda.

En lo que respecta a la oposición a las pretensiones fundamentó que el daño por el cual se reclama la indemnización no fue producto de una imprudencia ni de la negligencia del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. De igual forma, insistió que la Institución nunca cometió un hecho ilícito pues no fue su voluntad, ni mucho menos causar un daño a un tercero, del cual no se sabía su existencia debido al ocultamiento del embarazo por parte de la paciente.

Contravirtió lo narrado sobre lo sucedido en la consulta médica del día 28 de febrero de 2011, pues refutó que los hechos 5°, 6°, 7°, 8° y 9° de la demanda, sean ciertos porque la Dra. María Cristina Martínez Becerra antes de realizarle el tratamiento médico de yodoterapia le preguntó a la señora Mónica Mesa Cañadulce sobre su estado de embarazo, pero que ella le dijo que la prueba la entregó en admisiones, asimismo le preguntó sobre su resultado y le informó que no estaba embarazada.

³ Folios 99 a 200 del Cuaderno 2 y 201 a 210 del Cuaderno 3

De igual forma, puso en duda lo dicho en la demanda en cuanto a que la señora Mónica Mesa Cañadulce no sabía el resultado de la prueba de embarazo, puesto que ella sí tenía conocimiento de ello, pero de forma engañosa la entregó en admisiones del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., cuando debía haberla entregado en el servicio de medicina nuclear.

De manera simultánea, alegó que tampoco es cierto que la Dra. María Cristina Martínez no hubiera seguido a cabalidad el procedimiento establecido para la práctica del tratamiento médico de yodoterapia, pues previo al suministro del yodo radioactivo se cercioró de que no estuviera embarazada sumado al hecho que para ese momento la paciente también le informó que su esposo era estéril y de que un mes atrás tuvo su última regla, por lo que antes estas circunstancias se confió en lo dicho por la paciente y se decidió continuar con el tratamiento.

Insistió en que la paciente para la época de la realización de la yodoterapia estaba en el octavo mes de gestación y que a sabiendas de su estado de gravidez ocultó dicha información a la Dra. María Cristina Martínez, tampoco se opuso a la aplicación del yodo radioactivo, ni al tratamiento médico brindado al cáncer de tiroides cuando no se necesita saber que todo lo relacionado con medicina nuclear puede causarle daño al feto.

Expresó que solo hasta el día siguiente de habersele realizado el tratamiento médico de yodoterapia, es decir el día 1° de marzo de 2011, fue incorporada la prueba de embarazo en la carpeta de la historia clínica y que a partir de allí la Dra. María Cristina Martínez Becerra tuvo conocimiento del estado de gravidez de la señora Mónica Mesa Cañadulce.

Expresó que la Dra. María Cristina Martínez Becerra una vez tuvo conocimiento del estado de gestación de la paciente realizó los procedimientos correctos y ordenó los exámenes pertinentes, lo que permitió adoptar acciones como la toma de líquidos y micción constante. De igual manera, manifestó que no era posible ordenar de manera inmediata un agente bloqueador sin tener certeza de la edad gestacional del feto porque se le podría causar daños. Por tal razón consideró que el Instituto actuó con diligencia, prudencia y dentro de los lineamientos de la ciencia médica sin evadir la responsabilidad médica, como quiera que le fueron ordenados los controles médicos necesarios para proteger la vida e integridad de la madre y del menor.

En el mismo escrito de contestación de la demanda formuló como excepciones de mérito las denominadas, “inexistencia del daño antijurídico”, “existencia de diligencia, prudencia, eficiencia e idoneidad en la realización del procedimiento”, “inexigibilidad de obligaciones de resultado”, “existencia de elementos que configuraron un caso fortuito o fuerza mayor”, “incongruencia entre lo pretendido y los fundamentos de hecho y derecho relacionados”, “culpa de un tercero” y “ausencia del derecho reclamado por no encontrarse nexo de causalidad”.

i).- Inexistencia del daño antijurídico: Alegó que no existe hecho dañoso que merezca resarcimiento patrimonial por parte del Estado porque la actividad médica desplegada por el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., estuvo debidamente avalada por el vínculo jurídico que implica la relación con el paciente. De igual manera reiteró que la misma debió ser honesta y no ocultar su estado de embarazo.

Argumentó que la parte actora no demostró que el hipotiroidismo del menor sea atribuible al Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., porque no se probó que sea una consecuencia del tratamiento médico de yodoterapia practicado a la señora Mónica Mesa Cañadulce, comoquiera que la causa de la patología que actualmente padece el menor también pudo haber sido por el antecedente de la progenitora de haber padecido cáncer de tiroides cuando estaba en periodo de gestación.

Asimismo, alegó que la señora Mónica Mesa Cañadulce no continuó con sus controles, ni tampoco fue atendido el menor tan pronto nació para así determinar si el tratamiento médico de yodoterapia o el efectuado para tratar el cáncer de tiroides de la progenitora, fue el que realmente le causó el hipotiroidismo en el periodo gestacional, sumado al hecho de que es tratado por otra entidad. Por tales razones no ha sido posible hacer seguimiento al caso del menor.

En consecuencia, fundamentó que por todas estas circunstancias no existe un daño antijurídico imputable a la entidad.

ii).- Existencia de diligencia, prudencia, eficiencia e idoneidad en la realización del procedimiento: Adujo que en el caso particular de la señora Mónica Mesa Cañadulce existió un caso fortuito o fuerza mayor a pesar de haber realizado

todos los procedimientos de manera diligente y siguiendo los postulados de la ciencia médica.

Lo anterior, lo sustentó en que el caso de la señora Mónica Mesa Cañadulce fue sometido a revisión académica el día 21 de noviembre de 2012 en donde se concluyó que ella no tiene posibilidad de desarrollar una 2ª neoplastia. De igual forma, alegó que lo acontecido también fue revisado por la Junta de la Fundación Santafé que dedujo que estadísticamente hay estudios que han demostrado que un caso de 3.500 puede generar hipotiroidismo congénito. De igual manera, fue analizado por el Médico Especialista del Servicio de Ginecología, Dr. Jesús Antonio Acosta, quien explicó que si el paciente es valorado antes del mes de nacido y es tratado en dicho lapso de tiempo se evita el retraso mental.

De esta manera, sostuvo que el Médico Especialista del Servicio de Ginecología, Dr. Jesús Antonio Acosta, sugirió que si el niño era tratado desde el punto de vista mental y físico su desarrollo es normal siempre y cuando le fuera suministrado el suplemento hormonal.

Basado en lo anterior, alegó que el caso fue sometido a estudio al Comité de Cáncer y Embarazo del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., en donde participó el médico físico y que allí se determinó que había recibido una dosis de yodo, lo que conllevó a hacer varias gestiones como brindarle acompañamiento a los padres, orientarlos con recomendaciones generales y específicas sobre el proceder en este caso y que todo ello contribuyó a que la señora Mónica Mesa Cañadulce no tuviera complicaciones en el embarazo.

Con todo enfatizó que no es posible determinar si el hipotiroidismo sea consecuencia de la aplicación del yodo o que haya sido congénito, por cuanto el menor no fue llevado al Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., cuando nació para que así se hubiera dado continuidad al seguimiento del caso.

iii).- Inexigibilidad de obligaciones de resultado: Explicó que en lo que respecta a la prestación de servicios de salud no es predicable una obligación de resultado sino de medio, por cuanto cada persona es diferente a su fisiopatología en sus reacciones físicas y mentales, por lo que no se puede garantizar un resultado igual frente a un procedimiento en particular a todos los usuarios.

iv).- Existencia de elementos que configuraron un caso fortuito o fuerza mayor:

Sostuvo que en el presente caso se estructura esta eximente de responsabilidad porque a la señora Mónica Mesa Cañadulce le fue brindado un tratamiento médico con el objetivo de curarla, pero que a pesar de los controles médicos realizados se tiene que aun cuando se realizó la prueba de embarazo la paciente de manera sistemática y voluntaria escondió su gestación, por lo que esta circunstancia resulta imprevisible e irresistible para el Instituto.

v).- Incongruencia entre lo pretendido y los fundamentos de hecho y derecho

relacionados: Refutó el contenido de la demanda porque no existe relación entre las pretensiones, los hechos y los derechos, toda vez que hay una incongruencia entre la realidad y la falta de veracidad entre los mismos dado que conllevan a una serie de desaciertos, en razón a que los demandantes estructuran la falla del servicio médico principalmente porque consideran que se había podido evitar el evento adverso con la aplicación del agente bloqueador de yodo, pero que eso no es así porque para esto se debían cumplir unos requisitos y porque no se sabía la edad gestacional.

Insistió que el actuar de la Dra. María Cristina Martínez Becerra con posterioridad al conocimiento del estado de embarazo de la paciente fue prudente, porque sin esconder ninguna de las acciones tomó las medidas que se indican para este tipo de casos más cuando ella tiene más de 17 años de experiencia en medicina nuclear.

Partiendo de lo anterior solicitó al Despacho estudiar la posibilidad de sancionar a los demandantes por tratarse de pretensiones temerarias, injustas, e infundadas.

vi).- Culpa de un tercero: Afirmó que el daño solamente es atribuible a la paciente porque sin existir una excusa válida ocultó tanto al Instituto como a su compañero su estado avanzado de embarazo, al igual que por permitir la práctica de un procedimiento de yodoterapia cuando tenía 8 meses de gestación; además, con su actitud de reclamar la prueba de embarazo y llevarla a otra dependencia, indujo a error a la.

vii).- Ausencia del derecho reclamado por no encontrarse nexo de causalidad:

Considera que los demandantes no lograron demostrar cual fue el nexo causal

entre el hecho y el daño pues ellos desconocen totalmente las técnicas médicas y el empleo de elementos necesarios en la práctica de los mismos.

3.- Cooperativa de Salud Comunitaria Empresa Promotora de Salud Subsidiada COMPARTA EPS – S

El apoderado judicial de la EPS-S COMPARTA contestó de forma extemporánea⁴ la demanda y el llamamiento en garantía formulado por el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E.⁵.

4.- Dra. María Cristina Martínez Becerra

El 5 de agosto de 2015 el apoderado judicial de la Dra. María Cristina Martínez Becerra⁶ presentó contestación de la demanda para lo cual controvertió los hechos de la misma y se opuso rotundamente a la prosperidad de las pretensiones.

En el escrito de contestación de la demanda propuso como excepciones de mérito “culpa exclusiva de la madre gestante”, “el consentimiento informado como fuente de obligaciones”, “inexistencia de nexo causal entre el daño percibido por el feto y la conducta de la Doctora María Cristina Martínez Becerra”, “la Doctora María Cristina Martínez Becerra prestó a la paciente Mónica Mesa Cañadulce un servicio médico en forma cuidadosa, idónea, diligente, y oportuna, acorde con los recursos humanos y técnicos con que cuenta la ciencia médica”.

i).- Culpa exclusiva de la madre gestante: Planteó como hipótesis que el menor **NRAM** no contaba con la calidad de persona para la época de los hechos y por tal razón la responsabilidad jurídica del nasciturus, así como el cuidado, protección, bienestar físico recae en la madre, por ser la portadora de la vida del que está por nacer.

Partiendo de lo anterior, alegó que los daños que llegare a sufrir el feto son también responsabilidad de la madre que lo gesta, siempre y cuando sea como consecuencia de su proceder.

⁴ Según constancia consignada al reverso del folio 256 del Cuaderno 3

⁵ Ver constancia consignada en el acta de la audiencia inicial del 30 de noviembre de 2016 obrante en el reverso del folio 264 del Cuaderno 3.

⁶ Folios 257 a 277 del Cuaderno 7

De acuerdo con lo anteriormente descrito argumentó que es responsabilidad exclusiva de la víctima, porque la madre tomó decisiones sobre su propio cuerpo que afectaron al feto que habitaba en su vientre, habida cuenta que cuando él nació sufrió un daño en su integridad que consistió en la ausencia de la glándula tiroides como consecuencia de la conducta de la gestante de negar la existencia del embarazo y desconocer toda advertencia del cuerpo médico que contraindicaba el procedimiento en mujeres en estado de gravidez.

ii).- El consentimiento informado como fuentes de obligaciones: Argumentó que la señora Mónica Mesa Cañadulce suscribió el consentimiento informado, observó el video de yodoterapia, tuvo conocimiento de las restricciones para quienes se lo practican, de los riesgos o potenciales daños que se pudieran causar a la vida del feto.

Destacó el alcance del artículo 15 de la Ley 23 de 1985 y lo desarrollado en el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, en cuanto a que el consentimiento informado es una expresión de la voluntad del paciente de escoger el tratamiento a seguir, así como de los riesgos que acarrearía asumir respecto de determinado procedimiento quirúrgico.

Señala que en el expediente se encuentra probado que la señora Mónica Mesa Cañadulce suscribió el consentimiento con su puño y letra, que ella manifestó que conocía de los alcances y riesgos del procedimiento que se le iba a realizar, que tanto del video que trata sobre el tratamiento médico de yodoterapia, así como en lo advertido en los letreros de la sala de procedimientos sobre la prohibición de no ejecutar tal terapia en mujeres embarazadas, se encuentra demostrado que la paciente sabía del daño que le podía causar al nasciturus, motivo por el cual no existió falla del servicio pues fue la misma paciente quien asumió los riesgos que acarreaba la aplicación de la yodoterapia en madres gestantes.

iii).- Inexistencia de nexo causal entre el daño percibido por el feto y la conducta de la Doctora María Cristina Martínez Becerra: Alegó que la señora Mónica Mesa Cañadulce permitió que se le efectuara el procedimiento de yodoterapia estando embarazada a sabiendas de las afectaciones en la salud que le causaría a su hijo que estaba por nacer, por lo que a partir de esta situación no hay lugar a imputar el daño antijurídico a la Dra. María Cristina Martínez Becerra.

En este sentido, destacó que concurrieron diferentes circunstancias que conllevaron a que el hecho generador del daño contra el feto le fuera imprevisible e irresistible a la Doctora María Cristina Martínez por cuanto la señora Mónica Mesa Cañadulce, desde que fue remitida al Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., y hasta el momento en que se le practicó la yodoterapia, negó que siempre estuviera embarazada, sumado al antecedente de que la Junta Médica del 15 de diciembre de 2010 no hizo referencia a la existencia de una prueba de embarazo positiva porque de haberse conocido dicha situación jamás se hubiera aprobado la realización de la yodoterapia.

iv).- La Doctora María Cristina Martínez Becerra prestó a la paciente Mónica Mesa Cañadulce un servicio médico en forma cuidadosa, idónea, diligente, y oportuna, acorde con los recursos humanos y técnicos con que cuenta la ciencia médica: Sostuvo que la mencionada profesional cumplió el protocolo médico por cuanto adelantó las siguientes actividades: i) se expidió la orden médica para el procedimiento; ii) se solicitaron los exámenes de cuadro hemático, THS, tiroglobulina (Tg), anticuerpos antitiroglobulina (ATG) y la prueba de embarazo; iii) se entregaron instrucciones escritas con información general del procedimiento y con las restricciones de protección radiológica que incluían la advertencia específica de contraindicación para mujeres en estado de embarazo; iv) se ordenó la suspensión de la hormona tiroidea por un periodo suficiente para permitir la elevación de la TSH a valores > 30 m U/L; v) se prescribió una dieta baja en yodo durante los 7 días previos al tratamiento; vi) una semana antes de la fecha del tratamiento se verificaron los resultados del cuadro hemático; y vii) se suministró el yodo siguiendo los principios de buena fe que habitualmente priman en la relación médico – paciente.

5.- Compañía Aseguradora La Previsora S.A.

El 23 de septiembre de 2014 la apoderada judicial de La Previsora S.A. Compañía de Seguros S.A., presentó contestación a la demanda, para lo cual puso en entredicho la gran mayoría de los hechos y se opuso a la prosperidad de las pretensiones por carecer de fundamentos de hecho y de derecho.

Por lo tanto, solicitó al Despacho absolver a la demandada respecto a lo pretendido en la acción y como consecuencia de ello absolver a La Previsora S.A. Compañía de Seguros.

En lo que respecta a los hechos del escrito de llamamiento en garantía admitió como cierto que La Previsora S.A. Compañía de Seguros expidió las pólizas N° 1010422 y N° 1005345 de responsabilidad civil clínicas y hospitales, en las cuales el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., es tomador y asegurado. Y que para los efectos de la vinculación en el proceso se atiende a las condiciones, amparos, exclusiones y demás condiciones en que fueron otorgados, así como a los periodos de vigencia allí pactados.

En el mismo escrito de contestación de la demanda y del llamamiento de garantía propuso como excepciones *“falta de prueba sobre los elementos que constituyen la responsabilidad civil del Instituto Nacional de Cancerología y ausencia de nexos causal”*, *“ausencia de cobertura de las pólizas N° 1010422 y 1005345”*, *“ausencia de prueba de responsabilidad del asegurado Instituto Nacional de Cancerología”* y *“existencia de límites contractuales al valor asegurado contenido en la póliza de seguro de responsabilidad civil N° 1005345 y 1010422”*.

i).- Falta de prueba sobre los elementos que constituyen la responsabilidad civil del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. y ausencia de nexos causal: Argumentó que en el expediente no hay elementos probatorios suficientes que permitan inferir que la Institución incurrió en una falla en la prestación del servicio médico ni tampoco se logró probar que desconoció los tratamientos del diagnóstico que presentaba la señora Mónica Mesa Cañadulce.

Insistió en que el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., y la Dra. María Cristina Martínez Becerra hicieron lo pertinente y prudente para salvaguardar la vida e integridad personal de la paciente y de la criatura pese al ocultamiento del estado de gestación por parte de la señora Mónica Mesa Cañadulce. En este sentido afirmó que no hay duda que las actuaciones del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., se encontraron ajustadas a la *Lex Artis* y que el tratamiento ofrecido a la paciente era el correcto para librarla de la enfermedad mortal que ella padecía, que se siguieron los protocolos establecidos y que el único objetivo era salvaguardar el bien jurídico de la vida.

Refutó lo dicho en la demanda pues consideró que el hipotiroidismo del menor no puede ser atribuible solamente al hecho de la administración de radioyodo, porque también pudo haber sido adquirida por el antecedente de la enfermedad de la madre.

ii).- Ausencia de cobertura de las pólizas N° 1010422 y 1005345: Alegó que el siniestro no puede ser cubierto por la aseguradora en razón de lo pactado en la cláusula 1.1 literal a), pues consideró que ella se obliga a indemnizar al asegurado por cualquier suma de dinero que éste deba pagar a un tercero en razón de la responsabilidad civil en que incurra exclusivamente como consecuencia de cualquier acto médico derivado de la prestación de servicios profesionales de la atención en salud, en los eventos que sean reclamados y notificados por primera vez durante la vigencia de la póliza y hasta el límite de cobertura.

En virtud de ello, alegó que los hechos o el eventual siniestro que originan la demanda no están cubiertos por las mencionadas pólizas porque acaecieron con posterioridad al 1° de abril de 2012, fecha en que se venció el seguro y que sólo hasta el 4 de septiembre de 2014 fue notificada a La Previsora Compañía de Seguros S.A.

Así pues, sostuvo que la cobertura para la responsabilidad civil otorgada en las pólizas N° 1010422 vigente desde el 1° de marzo de 2010 hasta el 1° de marzo de 2011 y la N° 1005345 vigente desde el 1° de abril de 2011 hasta el 1° de abril de 2012 se otorgó bajo la modalidad de *claims made* por lo que los eventos deben ser reclamados y notificados durante la vigencia de la póliza.

iii).- Ausencia de prueba de responsabilidad del asegurado Instituto Nacional de Cancerología E.S.E.: Indicó que la Institución no puede ser responsable de lo atribuido por los demandantes porque fue la paciente sin mediar justificación válida la que ocultó su embarazo tanto a los médicos de la entidad, así como a su compañero, que inclusive cuando se realizó la cirugía en el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., ella ya estaba en cinta e induce en error a la entidad poniendo en grave riesgo la vida del hijo que esperaba.

iv).- Existencia de límites contractuales al valor asegurado contenido en la póliza de seguro de responsabilidad civil N° 1005345 y 1010422: Adujo que en el caso hipotético de afectarse las pólizas mencionadas se debe tomar en cuenta que se pactó como suma asegurada el valor de \$500.000.000 previa deducción del 10% del siniestro. A su vez, indicó que la cobertura para daños morales esta limitada hasta \$100.000.000 y \$50.000.000 por evento con un deducible del 10%.

III.- TRÁMITE DE INSTANCIA

La demanda fue presentada el 10 de julio de 2013⁷ en la Secretaría de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca cuyo conocimiento le correspondió al Magistrado Juan Carlos Garzón Martínez⁸, quien por auto del 29 de julio de 2013⁹ decidió remitir el asunto por falta de competencia a los Juzgados Administrativos de la ciudad.

El 13 de agosto de 2013 fue entregado el expediente a la Oficina de Apoyo Judicial de la Sede Judicial CAN¹⁰, quien efectuó reparto del asunto asignándole el conocimiento a este Despacho¹¹.

El 30 de agosto de 2013¹² mediante auto se dispuso inadmitir la demanda para que se allegara el registro civil de nacimiento y se precisaran los hechos, omisiones u operaciones respecto de cada una de las entidades demandadas. Respecto a lo cual la parte actora subsanó lo requerido por el Despacho dentro del término allí concedido¹³.

Posteriormente, el 20 de septiembre de 2013¹⁴ el Juzgado dispuso admitir la demanda en relación con los demás demandantes y se ordenó las respectivas notificaciones.

El 27 de marzo de 2014¹⁵ se practicaron las notificaciones vía correo electrónico a la Procuraduría 80 Judicial Administrativa de Bogotá, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Instituto Nacional de Cancerología ESE.

El día 7 de abril de 2014¹⁶ se surtió la notificación del auto admisorio de la demanda junto con los traslados al Ministerio de Salud y Protección Social por cuanto el mensaje de datos no fue recibido en la bandeja de entrada del correo electrónico institucional de la entidad.

⁷ Ver reverso del folio 13 del Cuaderno 2

⁸ Folios 16 a 19 del Cuaderno 2

⁹ Folios 57 a 59 del Cuaderno 2

¹⁰ Folio 20 del Cuaderno 2

¹¹ Folio 21 del Cuaderno 2

¹² Folio 23 del Cuaderno 2

¹³ Folios 24 a 43 del Cuaderno 2

¹⁴ Folios 45 a 46 del Cuaderno 2

¹⁵ Folios 52 a 75 del Cuaderno 2

¹⁶ Folios 76 a 78 del Cuaderno 2

Asimismo, los días 1º y 7 de abril de 2014¹⁷ se surtieron las diligencias de notificación por medio de la empresa de correo postal, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a la Procuraduría 80 Judicial Administrativo de Bogotá D.C. y al Instituto Nacional de Cancerología E. S. E.

Una vez surtidas la totalidad de las notificaciones, se corrieron los traslados previstos en los artículos 172 y 199 del CPACA. El 13 de junio de 2014¹⁸ la apoderada judicial del Ministerio de Salud y Protección Social presentó contestación de la demanda. Con posterioridad, el día 19 de junio de 2014 el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., dio contestación a la demanda¹⁹ e hizo tres llamamientos en garantía así:

i) Frente a la EPS-S COMPARTA²⁰, respecto a lo cual el Despacho por auto del 8 de julio de 2014²¹ admitió el mismo siendo notificado el día 3 de septiembre de 2014²², quien el día 1º de octubre de 2014 contestó de forma extemporánea tanto la demanda, así como el llamamiento en garantía²³.

ii) Frente a la Dra. María Cristina Martínez Becerra²⁴, respecto a lo cual el Despacho mediante proveído del 8 de julio de 2014²⁵ admitió el mismo siendo notificado de forma personal el día 14 de julio de 2014²⁶. Posteriormente, el 14 de julio de 2015²⁷ el apoderado judicial de la Dra. María Cristina Martínez Becerra presentó escrito de excepciones previas. Y el día 5 de agosto de 2015²⁸ la llamada en garantía dio contestación a la demanda.

iii) Frente a La Previsora S.A. Compañía de Seguros²⁹, frente a lo cual el Despacho por auto del 8 de julio de 2014 admitió el mismo³⁰ siendo notificado

¹⁷ Folios 63 a 74 del Cuaderno 2

¹⁸ Folios 79 a 98 del Cuaderno 2

¹⁹ Folios 99 a 200 del Cuaderno 2 y 201 a 210 del Cuaderno 3

²⁰ Folios 1 a 194 del Cuaderno 4

²¹ Folios 195 a 196 del Cuaderno 4

²² Folios 198 a 200 del Cuaderno 4

²³ Folios 201 a 322 del Cuaderno 5

²⁴ Folios 1 a 178 del Cuaderno 6

²⁵ Folios 179 a 180 del Cuaderno 6

²⁶ Folio 183 del Cuaderno 6

²⁷ Folios 184 a 186 del Cuaderno 6

²⁸ Folios 187 a 200 del Cuaderno 6 y folios 201 a 277 del Cuaderno 7

²⁹ Folios 1 a 189 del Cuaderno 8

³⁰ Folios 190 a 191 del Cuaderno 8

el 8 de septiembre del mismo año³¹ cuya aseguradora el día 23 de septiembre del 2014 dio contestación a la demanda y al llamamiento en garantía³².

Vencidos los términos de traslados de la demanda, así como de los llamamientos de garantía se continuó con el curso del proceso para lo cual se programó audiencia inicial para el día 30 de noviembre de 2016.

En la fecha indicada se realizó la audiencia inicial³³ prevista en el artículo 180 del CPACA, en la cual se evacuaron los tópicos de saneamiento, en lo atinente a excepciones previas el Despacho se pronunció respecto de las denominadas “caducidad”, “falta de integración del litisconsorcio necesario”, “no agotamiento del requisito de procedibilidad de conciliación”, “falta de legitimación en la causa por activa” y “falta de legitimación en la causa por pasiva”.

De otra parte, en esta etapa procesal se evacuaron los demás tópicos de fijación del litigio y se exhortó a las partes para que conciliaran sus diferencias sin existir ánimo conciliatorio. De igual forma, se decretaron los medios probatorios solicitados por las partes.

Finalmente, se negó la práctica de la prueba de ADN, el interrogatorio de parte de la Dra. María Cristina Martínez Becerra, así como la obtención de la historia clínica de la señora Mónica Mesa Cañadulce y del señor Paul Ricardo Acevedo Tello en las respectivas entidades hospitalarias.

Respecto a lo anterior, la negativa de la práctica de la prueba ADN y de la obtención de la historia clínica del señor Paul Ricardo Acevedo Tello fue objeto de apelación por los apoderados judiciales del Instituto Nacional de Cancerología E. S. E., así como de la llamada en garantía Dra. María Cristina Martínez Becerra, cuya decisión fue confirmada por auto de sala del 8 de junio de 2017 de la Subsección “A” de la Sección 3ª del Tribunal Administrativo de Cundinamarca³⁴.

³¹ Folios 195 A a 195 C del Cuaderno 8

³² Folios 196 a 222 del Cuaderno 8

³³ Folios 254 a 267 del Cuaderno 3 incluido 1 CD-R contentivo de la audiencia inicial del 30 de noviembre de 2016

³⁴ Folios 57 a 60 del Cuaderno 9

En audiencia de pruebas celebrada el día 28 de marzo de 2017³⁵ fue aceptado el desistimiento del dictamen pericial ordenado al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses referente a los antecedentes médicos del menor y la gravedad de la patología. Y se incorporó las documentales allegadas por la Unidad de Servicios de Salud La Victoria de la Subred Centro Oriente E.S.E.³⁶ y por la Clínica Materno Infantil San Luis³⁷.

Posteriormente, la etapa probatoria se continuó en audiencia del 27 de julio de 2017³⁸ en la cual fueron incorporadas las documentales procedentes de la Clínica Materno Infantil San Luis S.A.,³⁹ y de la Cooperativa de Salud Comunitaria Empresa Promotora de Salud Subsidiaria COMPARTA EPS-S⁴⁰. De igual forma, se prescindió de la contradicción del dictamen pericial de la psicóloga Nuris Florencia Gómez Cuevas incorporado a folio 85 del Cuaderno 1. Igualmente, se desistió de la recepción de la declaración de la señora Blanca Mary González. Por último, la Dra. María Cristina Martínez Becerra rindió la declaración decretada en el presente asunto.

En audiencias del 7 de noviembre de 2017⁴¹, del 27 de febrero de 2018⁴² y del 10 de julio de 2018⁴³ ante la inasistencia justificada de los demandantes fue reprogramada la práctica del interrogatorio de parte.

Finalmente, en audiencia del 27 de julio de 2018⁴⁴ fue practicado el interrogatorio de parte a los demandantes, se declaró finalizada la etapa probatoria y se corrió traslado para presentar alegatos de conclusión.

El mismo término se concedió al Ministerio Público para que rindiera su concepto.

³⁵ Folios 307 a 310 del Cuaderno 3 incluido 1 CD-R contentivo de la audiencia de pruebas del 28 de marzo de 2017

³⁶ Folio 282 del Cuaderno 3

³⁷ Folios 283 a 302 del Cuaderno 3

³⁸ Folios 344 a 349 del Cuaderno 3 incluido 1 CD-R contentivo de la audiencia de pruebas del 27 de julio de 2017

³⁹ Folios 316 a 341 del Cuaderno 3

⁴⁰ Folios 342 a 343 del Cuaderno 3 incluido 1 DVD-R contentivo de las copias digitales de las autorizaciones y de la historia clínica de la E.S.E. JAIME ALVARADO Y CASTILLA

⁴¹ Folios 366 a 368 del Cuaderno 3 incluido 1 CD-R contentivo de la audiencia de pruebas del 7 de noviembre de 2017

⁴² Folios 369 a 371 del Cuaderno 3 incluido 1 CD-R contentivo de la audiencia de pruebas del 27 de febrero de 2018

⁴³ Folios 372 a 378 del Cuaderno 3 incluido 1 CD-R contentivo de la audiencia de pruebas del 10 de julio de 2018

⁴⁴ Folios 379 a 383 del Cuaderno 3 incluido 1 DVD-R contentivo de la audiencia de pruebas del 27 de julio de 2018

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.- Ministerio de Salud y Protección Social

El 1° de agosto de 2018 la apoderada judicial del Ministerio de Salud y Protección Social⁴⁵ sustentó sus alegaciones de conclusión con documento en el que hizo alusión a planteamientos similares a los consignados en el escrito de contestación de la demanda, motivo por el cual el Despacho no encuentra necesario hacer resumen de los mismos.

2.- Instituto Nacional Cancerología E.S.E.

El día 6 de agosto de 2018⁴⁶ el apoderado judicial del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., presentó alegatos de conclusión, para lo cual solicitó al Despacho declarar probadas las excepciones de mérito propuestas y se nieguen las pretensiones de la demanda.

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda en el sentido de indicar que en el presente asunto se estructura la eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la señora Mónica Mesa Cañadulce por ocultar el embarazo, lo que hizo que se le administrara yodo radiactivo cuando tenía pleno conocimiento que estaba contraindicado por su estado de gestación. Alegó que al Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., de ninguna manera le asiste responsabilidad administrativa por cuanto la Dra. María Cristina Martínez Becerra actuó de forma diligente porque siguió a cabalidad el protocolo para ejecutar el tratamiento oncológico de yodoterapia y que posterior a ello le indicó a la paciente que tomará líquidos y micciones constantes. Por lo mismo, el daño no es imputable a la entidad demandada.

3. Cooperativa de Salud Comunitaria Empresa Promotora de Salud Subsidiada COMPARTA EPS – S

El 13 de agosto de 2018⁴⁷ la apoderada judicial de la EPS-S COMPARTA sustentó sus alegatos de conclusión principalmente en que no está llamada a responder por una eventual condena que se llegare a imponer al Instituto

⁴⁵ Folios 1 a 3 del Cuaderno 10

⁴⁶ Folios 4 a 10 del Cuaderno 10

⁴⁷ Folios 11 a 16 del Cuaderno 10

Nacional de Cancerología E.S.E., por cuanto la EPS – S de ninguna manera se ha negado a autorizarle algún servicio.

De acuerdo a lo anterior alegó la inexistencia del nexo causal de los hechos imputados a la EPS – S COMPARTA porque no tuvo ninguna injerencia en lo narrado en la demanda. En este sentido expuso la falta de legitimación en la causa por pasiva de la EPS – S en razón que no prestó ningún servicio médico a la usuaria ni al nasciturus.

En consecuencia, solicitó al Juzgado que la EPS-S COMPARTA sea eximida de responsabilidad toda vez que cumplió con su obligación de expedirle a la usuaria las autorizaciones que ella requería.

4.- La Previsora S.A. Compañía de Seguros

El 13 de agosto de 2018⁴⁸ la apoderada judicial de La Previsora S.A. Compañía de Seguros formuló sus alegaciones conclusivas en similares planteamientos expuestos en la contestación de la demanda y en el escrito con el cual descorrió traslado el llamamiento en garantía, razón por la cual el Juzgado no encuentra necesario hacer resumen de los mismos.

5.- Demandante

El 13 de agosto de 2018⁴⁹ la parte actora presentó sus alegaciones finales con el fin de que el Juzgado resuelva de manera favorable sus pretensiones.

Expuso que el daño antijurídico consistente en el hipotiroidismo desarrollado por el menor **NRAM** durante su gestación por la administración del yodo radioactivo fue probado en el presente asunto, debido a que el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., y la Dra. María Cristina Martínez Becerra incurrieron en error al pasar por alto las pruebas de embarazo que obraban en el historial médico al momento de realizarle el tratamiento médico de yodoterapia.

Por lo tanto, alegó que el daño antijurídico causado en la salud del menor **NRAM** es imputable al Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., y por tal

⁴⁸ Folios 17 a 29 del Cuaderno 10

⁴⁹ Folios 30 a 36 del Cuaderno 10

motivo sustentó que la reparación es viable conforme a los parámetros expuestos en la tasación de perjuicios descritos en la demanda.

6.- Dra. María Cristina Martínez Becerra

El 13 de agosto de 2018⁵⁰ el apoderado judicial de la Dra. María Cristina Martínez Becerra presentó sus alegaciones finales para lo cual solicitó al Juzgado que la exonere de responsabilidad porque ella no estaba obligada a saber si la señora Mónica Mesa Cañadulce estaba embarazada para ejecutar el tratamiento oncológico de yodoterapia.

No obstante, adujo que existieron circunstancias fácticas que conllevaron a que la Dra. María Cristina Martínez Becerra diera por hecho que la señora Mónica Mesa Cañadulce no estaba en estado de gravidez, pues la misma madre gestante negó estar embarazada. Tan así que en el interrogatorio de parte practicado en esta Sede Judicial ella confesó que le dijo a la Dra. María Cristina Martínez Becerra no estar en estado de embarazo. Y que la anterior circunstancia corrobora que la paciente para la época en que fue practicada la yodoterapia ocultó que tenía un embarazo de 8 meses pues para el día 10 de octubre de 2010 se le había practicado una prueba de embarazo con resultado positivo y que para la época de realización de la yodoterapia ella aun así ocultó dicha información.

Por lo tanto, alegó que la Dra. María Cristina Martínez Becerra no solamente se limitó a indagarle a la señora Mónica Mesa Cañadulce sobre su estado de gravidez, sino que también revisó el software de la historia clínica del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., pero en el mismo no aparecía la prueba de embarazo practicada por la entidad. De igual manera, constató que la Junta Médica del Instituto aprobó la realización de la yodoterapia luego ello la llevó a concluir que no estaba contraindicada. Inclusive aun cuando el cirujano del Instituto le practicó la hemitiroidectomía izquierda para el 28 de octubre de 2010, así como el anestesiólogo la valoró ella tenía 4 meses de gestación sin que le hubieran contraindicado el procedimiento por esta situación.

Sostiene que fueron 7 personas o instituciones que negaron la existencia del embarazo, como la propia paciente, el Instituto a través de la historia clínica electrónica, el médico ponente que evaluó la historia clínica para aprobar la

⁵⁰ Folios 98 a 102 del Cuaderno 10

yodoterapia, los médicos que evaluaron a la paciente para la hemitiroidectomía izquierda que se realizó el 28 de octubre de 2010, el cirujano que realizó este procedimiento y el anesthesiólogo.

Por ello, fue el actuar de la Dra. María Cristina Martínez Becerra el que salvo la vida del feto de la señora Mónica Mesa Cañadulce, puesto que una vez se dio cuenta del embarazo de la paciente activó el protocolo para este tipo de eventos adversos.

Así pues, sostuvo que fue culpa exclusiva de la víctima como madre gestante el daño generado en el nasciturus lo que exonera de responsabilidad a la Dra. María Cristina Martínez Becerra en su condición de llamada en garantía por el Instituto Nacional de Cancerología.

V. CONSIDERACIONES

1.- Competencia

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

2. Cuestiones Previas

2.1.- De las pruebas extemporáneas

El 13 de agosto de 2018 el apoderado judicial de los demandantes⁵¹ como anexo a los alegatos de conclusión presentó un estudio denominado "hipotiroidismo congénito" elaborado por el Dr. Juan José Ramírez Jiménez de la especialidad de Endocrinología Pediátrica de la Universidad de Antioquia.

El anterior estudio no será tomado en cuenta dentro del análisis que se practicará al acervo probatorio, en atención a que la parte actora lo presentó en forma extemporánea, es decir porque no lo incorporó dentro de ninguna de las oportunidades procesales establecidas en el artículo 212 del CPACA.

⁵¹ Folios 37 a 97 del Cuaderno 10

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

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

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

El Consejo de Estado⁵² ha hecho importantes aportes sobre la materia. Veamos uno de esos pronunciamientos:

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

Por su parte, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda, independientemente de que dichas personas no hayan demandado o que hayan sido demandadas⁵³. De ahí que la falta de legitimación material en la causa, por activa o por pasiva, no enerve la pretensión procesal en su

⁵² Ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera sentencia de 15 de junio de 2000; Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez; expediente No. 10.171; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintiocho (28) de abril de dos mil cinco (2005), Consejero ponente: Germán Rodríguez Villamizar, Radicación número: 66001-23-31-000-1996-03266-01(14178).

⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2007); Referencia: 13.503; Radicación: 110010326000199713503 00.

contenido, como sí lo hace una excepción de fondo, pues, como lo ha precisado la Sala,

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

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

“La legitimación material en la causa activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado» (negritas en el texto original, subrayas fuera de él)⁵⁴.

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

De ahí que un sujeto pueda estar legitimado en la causa de hecho pero carecer de legitimación en la causa material, lo cual ocurrirá cuando a pesar de ser parte dentro del proceso no guarde relación alguna con los intereses inmiscuidos en el mismo, por no tener conexión con los hechos que motivaron el litigio, evento éste en el cual las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los actores⁵⁵.

En suma, en un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra⁵⁶. De manera ilustrativa, así lo ha explicado la Sala:

⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil uno (2001); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación: 10973.

⁵⁵ A propósito de la falta de legitimación en la causa material por activa, la Sección ha sostenido que “... si la falta recae en el demandante, el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo —no el procesal—”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil uno (2001); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación: 10973.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de diecisiete (17) de junio de dos mil cuatro (2004); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación número:



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

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

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

“Pero en todos esos casos todos están legitimados de hecho; y sólo están legitimados materialmente, quienes participaron realmente en la causa que dió origen a la formulación de la demanda»⁵⁷. (...)”⁵⁸

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

Basado en lo anterior este Despacho advierte que de acuerdo a las competencias y funciones asignadas al Ministerio de Salud y Protección Social no es factible predicar que haya tenido intervención, por acción o por omisión, en los hechos que llevaron al hipotiroidismo del menor **NRAM**, dado que no tiene asignada la función de prestación efectiva del servicio médico-asistencial en los centros de salud.

Además, en la subsanación de la demanda se hizo alusión que el Ministerio de Salud y Protección Social incumplió con su deber de vigilancia y control sobre el Instituto Nacional de Cancerología por encontrarse adscrita a la misma.

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

⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del quince (15) de junio de dos mil (2000); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación número: 10171.

⁵⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Bogotá, D.C., febrero cuatro (04) de dos mil diez (2010). Radicación número: 70001-23-31-000-1995-05072-01(17720). Actor: ULISES MANUEL JULIO FRANCO Y OTROS. Demandado: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE TOLU Y OTROS.

Respecto a ello en el artículo 2 del Decreto 4107 de 2011 se enlistan las funciones que legalmente le corresponde asumir al Ministerio de Salud y Protección Social⁵⁹. Con base en esa disposición no resulta ser cierto que al

⁵⁹ Decreto N° 4107 de 2011. **ARTÍCULO 2o. FUNCIONES.** El Ministerio de Salud y Protección Social, además de las funciones determinadas en la Constitución Política y en el artículo 59 de la Ley 489 de 1998 cumplirá las siguientes:

1. Formular la política, dirigir, orientar, adoptar y evaluar los planes, programas y proyectos del Sector Administrativo de Salud y Protección Social.
2. Formular la política, dirigir, orientar, adoptar y evaluar los planes, programas y proyectos en materia de Salud y Protección Social.
3. Formular la política, dirigir, orientar, adoptar y evaluar la ejecución, planes, programas y proyectos del Gobierno Nacional en materia de salud, salud pública, riesgos profesionales, y de control de los riesgos provenientes de enfermedades comunes, ambientales, sanitarias y psicosociales, que afecten a las personas, grupos, familias o comunidades.
4. Formular, adoptar, coordinar la ejecución y evaluar estrategias de promoción de la salud y la calidad de vida, y de prevención y control de enfermedades transmisibles y de las enfermedades crónicas no transmisibles.
5. Dirigir y orientar el sistema de vigilancia en salud pública.
6. Formular, adoptar y coordinar las acciones del Gobierno Nacional en materia de salud en situaciones de emergencia o desastres naturales.
7. Promover e impartir directrices encaminadas a fortalecer la investigación, indagación, consecución, difusión y aplicación de los avances nacionales e internacionales, en temas tales como cuidado, promoción, protección, desarrollo de la salud y la calidad de vida y prevención de las enfermedades.
8. Formular y evaluar las políticas, planes, programas y proyectos en materia de protección de los usuarios, de promoción y prevención, de aseguramiento en salud y riesgos profesionales, de prestación de servicios y atención primaria, de financiamiento y de sistemas de información, así como los demás componentes del Sistema General de Seguridad Social en Salud.
9. Formular, adoptar y evaluar la política farmacéutica, de medicamentos, de dispositivos, de insumos y tecnología biomédica, y establecer y desarrollar mecanismos y estrategias dirigidas a optimizar la utilización de los mismos.
10. Establecer los mecanismos para adelantar negociaciones de precios de medicamentos, insumos y dispositivos médicos.
11. Formular y evaluar la política de talento humano en salud, en coordinación con las entidades competentes, que oriente la formación, ejercicio y gestión de las profesiones y ocupaciones en salud.
12. Dirigir, organizar, coordinar y evaluar el servicio social obligatorio de los profesionales y ocupaciones del área de la salud.
13. Definir los requisitos que deben cumplir las entidades promotoras de salud e instituciones prestadoras de servicios de salud para obtener la habilitación y acreditación.
14. Regular la oferta pública y privada de servicios de salud, la organización de redes de prestación de servicios y establecer las normas para la prestación de servicios y de la garantía de la calidad de los mismos, de conformidad con la ley.
15. Participar en la formulación y evaluación de las políticas, planes, programas y proyectos en materia de pensiones, beneficios económicos y otras prestaciones.
16. Participar en la formulación y evaluación de la política para la definición de los sistemas de afiliación, protección al usuario, aseguramiento y sistemas de información en pensiones.
17. Formular la política de salud relacionada con el aseguramiento en riesgos profesionales y coordinar con el Ministerio de Trabajo su aplicación.
18. Formular y evaluar la política para la definición de los sistemas de afiliación, garantía de la prestación de los servicios de salud y sistemas de información en Riesgos Profesionales.
19. Formular y evaluar las políticas, planes, programas y proyectos en materia de promoción social a cargo del Ministerio.
20. Realizar los estudios y el análisis de viabilidad, estabilidad y equilibrio financiero de los recursos asignados a la salud y promoción social a cargo del Ministerio.
21. Administrar los recursos que destine el Gobierno Nacional para promover la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando quiera que no exista norma especial que los regule o reglamente, ni la administración se encuentre asignada a otra entidad.
22. Constituir con otras personas jurídicas de derecho público o privado, asociaciones, fundaciones o entidades que apoyen o promuevan el cumplimiento de las funciones o fines inherentes al Ministerio de Salud y Protección Social, así mismo, destinar recursos de su presupuesto para la creación, funcionamiento e inversión del Instituto de Evaluación de Tecnologías en Salud de que trata el artículo 92 de la Ley 1438 de 2011 o al de las asociaciones, fundaciones o entidades que constituya.
23. Definir y reglamentar los sistemas de información del Sistema de Protección Social que comprende afiliación, recaudo, y aportes parafiscales. La administración de los sistemas de información de salud se hará en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
24. Promover acciones para la divulgación del reconocimiento y goce de los derechos de las personas en materia de salud, promoción social, y en el cuidado, protección y mejoramiento de la calidad de vida.
25. Promover, de conformidad con los principios constitucionales, la participación de las organizaciones comunitarias, las entidades no gubernamentales, las instituciones asociativas, solidarias, mutuales y demás participantes en el desarrollo de las acciones de salud.



Ministerio de Salud y Protección Social le corresponde desarrollar funciones de inspección, vigilancia y control sobre el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. El papel de esa Cartera se circunscribe a la formulación de políticas públicas para el sector salud.

Y en lo que respecta al argumento que al Ministerio de Salud y Protección Social le cabe responsabilidad por los hechos aquí relatados porque tiene representación en la Junta Directiva del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., según lo prevé el artículo 5° del Decreto N° 5017 de 2009, o porque el instituto está adscrito a esa Cartera, tampoco es de recibo, teniendo en cuenta que no el daño antijurídico invocado está directamente relacionado con la operación administrativa del instituto, por supuestamente no cargar a tiempo el resultado de una prueba de embarazo, y con la realización de un procedimiento médico que implicó la aplicación de yodo radioactivo a la paciente, de lo cual no se ocupa el Ministerio ni está en la obligación de adelantar una vigilancia constante y permanente.

-
26. Promover la articulación de las acciones del Estado, la sociedad, la familia, el individuo y los demás responsables de la ejecución de las actividades de salud, riesgos profesionales y promoción social a cargo del Ministerio.
27. Promover el estudio, elaboración, seguimiento, firma, aprobación, revisión jurídica y la ratificación de los tratados o convenios internacionales relacionados con salud, y promoción social a cargo del Ministerio, en coordinación con las entidades competentes en la materia.
28. Proponer y desarrollar, en el marco de sus competencias, estudios técnicos e investigaciones para la formulación, implementación y evaluación de políticas, planes, programas y proyectos en materia de salud y promoción social a cargo del Ministerio.
29. Asistir técnicamente en materia de salud, y promoción social a cargo del Ministerio, a las entidades u organismos descentralizados territorialmente o por servicios.
30. Preparar las normas, regulaciones y reglamentos de salud y promoción social en salud, aseguramiento en salud y riesgos profesionales, en el marco de sus competencias.
31. <Numeral suprimido por el artículo 1 del Decreto 1432 de 2016. Ver Notas de Vigencia sobre la transitoriedad establecida en el Decreto 1432 de 2016>
32. <Numeral modificado por el artículo 2 del Decreto 2562 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Definir y modificar los Planes Obligatorios de Salud (POS) que las Entidades Promotoras de Salud (EPS) garantizarán a los afiliados según las normas de los Regímenes Contributivo y Subsidiado.
33. <Numeral adicionado por el artículo 2 del Decreto 2562 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Definir y revisar, como mínimo una vez al año, el listado de medicamentos esenciales y genéricos que harán parte de los Planes de Beneficios.
34. <Numeral adicionado por el artículo 2 del Decreto 2562 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Definir el valor de la Unidad de Pago por Capitación de cada Régimen. Si a 31 de diciembre de cada año el Ministerio no ha aprobado un incremento en el valor de la UPC, dicho valor se incrementará automáticamente en la inflación causada.
35. <Numeral adicionado por el artículo 2 del Decreto 2562 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Definir los criterios para establecer los pagos moderadores de que trata el numeral 3 del artículo 160 y los artículos 164 y 187 de la Ley 100 de 1993.
36. <Numeral adicionado por el artículo 2 del Decreto 2562 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Definir el régimen que deberán aplicar las EPS para el reconocimiento y pago de las incapacidades originadas en enfermedad general o en las licencias de maternidad, según las normas del Régimen Contributivo.
37. <Numeral adicionado por el artículo 2 del Decreto 2562 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Establecer y actualizar un sistema de tarifas que debe contener entre otros componentes, un manual de tarifas mínimas que será revisado cada año, incluyendo los honorarios profesionales. En caso de no revisarse el mismo, será indexado con la inflación causada.
38. <Numeral adicionado por el artículo 2 del Decreto 2562 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Las demás que por disposición legal se le haya asignado a la Comisión de Regulación en Salud.
- PARÁGRAFO.** <Parágrafo adicionado por el artículo 2 del Decreto 2562 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Las funciones establecidas en los numerales 32 al 37 deberán realizarse de conformidad con los parámetros y términos señalados en el parágrafo 3o del artículo 7o de la Ley 1122 de 2007.

De manera que de acuerdo a lo previsto en el artículo 5° del Decreto N° 5017 de 2009⁶⁰ se desprende que el papel del Ministerio de Salud y Protección Social no es la de prestar asistencia integral, hospitalaria y ambulatoria a pacientes con enfermedades neoplásicas y relacionadas, en el marco de los convenios y contratos establecidos para el efecto, sino entre otras la de hacer un acompañamiento general en cuanto al funcionamiento del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., pero desde la perspectiva de la correcta aplicación de las políticas públicas concebidas desde el nivel central.

Por lo tanto, si en el tratamiento médico suministrado a la señora Mónica Mesa Cañadulce se llegare a probar la falla del servicio médico del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., ello no se le puede atribuir al Ministerio de Salud y Protección Social, pues está visto que su rol en tales casos no llega al extremo de tener que estar pendiente de si la Institución sigue a cabalidad el protocolo para la aplicación de cada tratamiento que allí se ofrece, dado que su función además de formular políticas públicas, es que a través de la Junta Directiva se vele por la correcta aplicación de esas directrices.

Es necesario agregar, que si bien es cierto que el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., es un organismo adscrito al Ministerio de Salud y Protección Social, ello no lleva a afirmar que por esa sola circunstancia cualquier juicio de responsabilidad que se haga al ente descentralizado automáticamente involucre la responsabilidad patrimonial de la entidad del sector central, pues como lo revela el artículo 68 de la Ley 489 de 1998, las entidades descentralizadas del orden nacional, como de hecho ocurre como aquél instituto, *“Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.”*

⁶⁰ Decreto N° 5017 de 2009 el artículo 5° **ARTÍCULO 5°.** Conformación de la Junta Directiva. La Junta Directiva del Instituto Nacional de Cancerología –Empresa Social del Estado– estará conformada por:

1. El Ministro de la Protección Social o su delegado, quien la presidirá.
2. El funcionario del Ministerio de la Protección Social que el Ministro designe.
3. Un representante elegido por el estamento científico del Instituto Nacional de Cancerología.
4. Un representante de las asociaciones científicas cuyo objeto tenga relación con las funciones del Instituto Nacional de Cancerología.
5. Dos representantes de las asociaciones de usuarios, en su calidad de pacientes, que serán elegidos por y entre los miembros de las organizaciones comunitarias, de conformidad con la reglamentación que para el efecto establezca el Gobierno Nacional.

El Director General del Instituto Nacional de Cancerología - Empresa Social del Estado, asistirá a las reuniones con derecho a voz pero no a voto.

Actuará como Secretario de la Junta Directiva el Subdirector General de Gestión Administrativa y Financiera.

Los miembros de la Junta Directiva tendrán un periodo de tres (3) años y en caso de renuncia o falta absoluta de alguno de ellos, la elección se realizará por el tiempo faltante para la realización de la elección unificada de sus miembros.

Es decir, que si bien por la figura jurídica de la adscripción entidades como el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., ven limitada su autonomía por la entidad del sector central a la cual están adscritas –lo que no ocurre igual con las vinculadas-, ello solamente opera frente a aspectos como el control político y la suprema dirección del órgano de la administración, sin que por lo visto llegue al detalle de tener que estar atenta y respondiendo por el desempeño de cada uno de los funcionarios que allí prestan sus servicios, o que cada procedimiento o tratamiento oncológico se ciña a los protocolos establecidos.

En consecuencia, se declarará la falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Salud y de la Protección Social, frente a quien se negarán las súplicas de la demanda.

3.- Problemas Jurídicos

El litigio se circunscribe a determinar si el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., es administrativa y extracontractualmente responsable por la presunta falla en la prestación del servicio médico, consistente en la práctica de yodoterapia, con material radioactivo, a la señora Mónica Mesa Cañadulce no obstante hallarse en estado de embarazo; e igualmente en establecer si por esta circunstancia se desarrolló hipotiroidismo en el menor **NRAM**, enfermedad que fue diagnosticada hasta el 12 de mayo de 2012, o si por el contrario el presunto daño alegado no es atribuible a la Institución por configurarse alguna causal eximente de responsabilidad.

Igualmente, corresponde determinar, en caso de acreditarse la responsabilidad del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., si los llamados en garantía, la EPS-S COMPARTA, La Previsora S.A. Compañía de Seguros y la doctora María Cristina Martínez Becerra, deben asumir el pago de la eventual condena, la primera con base en los contratos de prestación de servicios N° 2-1001E110-S225 y N° 2110010111T4E10, la firma aseguradora con base en las pólizas N° 1005345 y N° 1010422, y la profesional de la medicina por ser la funcionaria de planta de esa entidad que se encargó de realizarle la yodoterapia a la señora Mónica Mesa Cañadulce.

4.- Presupuestos de la responsabilidad

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

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

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

El daño consiste en el menoscabo del interés jurídico tutelado y la antijuridicidad del mismo en que ese daño no debe ser soportado por el administrado, ya sea porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o, porque es “*irrazonable*” sin depender “*de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración.*”⁶¹.

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

“(…) La circunstancia de que los hechos relatados en la demanda sean constitutivos de una falla del servicio, o conformen un evento de riesgo excepcional o puedan ser subsumidos en cualquier otro régimen de responsabilidad patrimonial de los entes públicos, es una valoración teórica que incumbe efectuar autónomamente al juzgador, como dispensador del derecho ante la realidad histórica que las partes demuestran (…)”⁶².

⁶¹ Consejo de Estado- Sentencia de 23 de septiembre de 2009, Exp. 17.986.

⁶² Consejo de Estado- Sentencia de 7 de octubre de 2009, Exp. 35656.

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

5.- Régimen de imputación derivado de la actividad médica

Ahora bien, en cuanto al régimen de responsabilidad derivado de la actividad médica, en casos como el presente, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha establecido que el régimen aplicable es el de falla del servicio, realizando una transición entre los conceptos de falla presunta a falla probada. En la actualidad la posición consolidada de esa Alta Corte en esta materia la constituye aquella según la cual es la falla probada del servicio el fundamento bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria.⁶³

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

“...los que se constituyen por la vulneración del derecho a ser informado; por la lesión del derecho a la seguridad y protección dentro del centro médico hospitalario y, (...), por lesión del derecho a recibir atención oportuna y eficaz.”⁶⁴

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

“La protección al derecho fundamental a la salud no se limita simplemente al reconocimiento de los servicios que se requieren con necesidad; sino que comprende también su acceso de manera oportuna, eficiente y de calidad.

⁶³ Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia de 12 de mayo de 2011, Exp. 19.835.

⁶⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera- Subsección C, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Bogotá, D.C., 2 de mayo de 2018. Rad. 68001-23-31-000-2000-02504-01(39038) Actor: José Antonio Hernández Camacho Y Otro Demandado: Caja Nacional De Previsión Social - Cajanal Y Otros Referencia: Acción De Reparación Directa- Apelación Sentencia.

La prestación del servicio de salud es oportuna cuando la persona lo recibe en el momento que corresponde para recuperar su salud sin sufrir mayores dolores y deterioros. En forma similar, el servicio de salud se considera eficiente cuando los trámites administrativos a los que se somete al paciente para acceder a una prestación requerida son razonables, no demoran excesivamente el acceso y no imponen al interesado una carga que no le corresponde asumir. Por otro lado, el servicio de salud es de calidad cuando las entidades obligadas a prestarlo actúan de manera tal “que los usuarios del servicio no resulten víctimas de imponderables o de hechos que los conduzcan a la desgracia y que, aplicando con razonabilidad los recursos estatales disponibles, pueden ser evitados, o su impacto negativo reducido de manera significativa para la persona eventualmente afectada.”⁶⁵

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

“todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”⁶⁶

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

“Se considera por tanto que hay un daño, cuando se produce un dolor intenso, cuando se padece la incertidumbre y cuando se vive una larga e injustificada espera, en relación con la prestación de servicios médicos, la aplicación de medicamentos o la ejecución de procedimientos que no llegan o que se realizan de manera tardía o incomoda.

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

-Debe ser integral:

“(…) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento⁶⁷, así como todo otro

⁶⁵ Corte Constitucional, sentencia T-104 de 2010.

⁶⁶ Corte Constitucional, sentencia T-1059 de 2006

⁶⁷ “Que comprende, a su vez, diversas obligaciones: a) de habilidad y diligencia, referida la primera a aquellos supuestos en los que produzca un daño antijurídico como consecuencia de un diagnóstico, intervención o atención médica en un campo para el que el profesional, o la institución médica no tenga la aptitud o el personal idóneo en la especialidad necesaria, o de no consultar con un especialista, o de incumplirse el deber de aconsejar la remisión del paciente; b) obligación de medio técnicos, consistente en la existencia del material adecuado “para que el trabajo a realizar pueda efectuarse en condiciones normales de diagnóstico y tratamiento”; así como en el “mantenimiento en correcto estado de funcionamiento de los aparatos”, ámbito en el que cabe incluir la profilaxis necesaria, y; c) obligación de continuidad en el tratamiento”. FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. Sistema de responsabilidad médica., ob., cit., pp.257 a 269.



componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente⁶⁸ o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud.⁶⁹

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

“La obligación de prestar asistencia médica es compleja, es una relación jurídica total, compuesta por una pluralidad de deberes de conducta (deber de ejecución, deber de diligencia en la ejecución, deber de información, deber de guardar secreto médico, etc.). Ese conjunto de deberes conforma una trama, un tejido, una urdimbre de la vida social responde a la idea de organización – más que de organismos- en punto a la susodicha relación jurídica total (...) Por tanto, aquel deber jurídico principal supone la presencia de otros deberes secundarios de conducta, como los de diagnóstico, información, recepción de la voluntad jurídica del enfermo – llamada comúnmente consentimiento del paciente-, prescripción, guarda del secreto profesional, satisfacción del plan de prestación en su integridad (actividad que supone no abandonar al enfermo y cuidar de él hasta darlo de alta)”⁷⁰

Asimismo, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sido enfática en advertir que por virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, ratificado por Colombia⁷¹, los estados signatarios reconocen “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, garantía que la Carta Política de 1991 tradujo en el deber estatal de garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Además ha interpretado que:

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

Esa interpretación no supone una obligación de resultado para el prestador del servicio, sino que debe concebirse como la garantía del paciente a obtener la atención en las mejores condiciones disponibles, bajo el entendido de que quien acude en busca de un servicio médico confía en que será tratado de manera adecuada.”⁷²

⁶⁸ En este sentido se ha pronunciado la Corporación, entre otras, en la sentencia T- 136 de 2004.

⁶⁹ Corte Constitucional, sentencias T- 1059 de 2006; T- 062 de 2006; T- 730 de 2007; T- 536 de 2007; T- 421 de 2007

⁷⁰ Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp. 17655.

⁷¹ Ley 74 de 1968

⁷² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. C.P.: Ramiro Pazos Guerrero. Sentencia de 14 de junio de 2018. Radicación número: 50001-23-31-000-2004-05691-01(45926).

Así entonces, siendo responsabilidad del Estado la prestación del servicio de salud de manera adecuada, oportuna y bajo los estándares de la normatividad técnico-científica, es carga de la parte demandante probar la falla en la atención y asistencia médica, al igual que el nexo de causalidad entre la acción u omisión de la Administración y el daño antijurídico⁷³.

6.- Asunto de fondo

6.1.- De la responsabilidad administrativa del Instituto Nacional Cancerología E.S.E.

El señor Paul Ricardo Acevedo Tello y la señora Mónica Mesa Cañadulce acuden a este medio de control en nombre propio y en representación legal de su hijo **NRAM** para que sea declarado administrativamente responsable el Instituto Nacional Cancerología E.S.E., de los daños causados con ocasión de la presunta falla en el servicio médico brindado a la demandante al momento de la aplicación del tratamiento de yodoterapia a pesar que se hallaba en el octavo mes de gestación y que ello le ocasionó hipotiroidismo al mencionado menor por la exposición a yodo radioactivo.

En opinión del abogado de los accionantes, tanto en la demanda como en el escrito de subsanación, se sustentó que la falla del servicio frente al Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., se estructura por las siguientes circunstancias: **i)** Porque la señora Mónica Mesa Cañadulce no sabía de su estado de gravidez cuando le fue aplicado el tratamiento médico de yodoterapia; **ii)** porque el Instituto omitió el cumplimiento del protocolo médico pues le correspondía abstenerse de suministrar el yodo-radioactivo por estar contraindicado a madres gestantes; **iii)** porque no le brindó un procedimiento eficaz a la señora Mónica Mesa Cañadulce una vez se advirtió el error de haberle practicado la yodoterapia, debido a que no le suministró el agente bloqueador de la tiroides como es el yoduro de potasio; y **iv)** porque como consecuencia de la exposición al yodo radioactivo en el vientre materno el día 12 de mayo de 2012 al menor **NRAM** le fue diagnosticado hipotiroidismo.

⁷³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de: 19 de febrero de 2009, exp. 16080, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; del 18 de febrero de 2010, exp. 20536, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y del 9 de junio de 2010, exp. 18683, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, entre otras

En contraste a ello, el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., se opone a la falla del servicio médico imputada por la parte actora con los siguientes planteamientos: **i)** La entidad demandada no puede ser condenada, porque hay eximentes de responsabilidad que favorecen al Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., denominados como “*caso fortuito*” y “*culpa de tercero*” toda vez que la madre gestante Mónica Mesa Cañadulce ocultó su embarazo, por lo que constituye una circunstancia fáctica imprevisible e irresistible tanto para la entidad, como para la médica encargada de la administración del yodo radiactivo; **ii)** El tratamiento oncológico de yodoterapia fue administrado en debida forma por la Dra. María Cristina Martínez Becerra, en razón a que cumplió con los pasos del protocolo y adoptó medidas para salvaguardar la vida e integridad de la paciente Mónica Mesa Cañadulce, así como la de su hijo; **iii)** no existe responsabilidad estatal por ser imposible la aplicación del agente bloqueador de yodo, porque no se sabía la edad gestacional del feto y de hacerlo era de forma inmediata; **iv)** inexistencia del daño antijurídico porque la parte actora no demostró que el hipotiroidismo del nasciturus sea atribuible al Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., ante la ausencia de prueba que acredite que esta patología sea una consecuencia del tratamiento médico de yodoterapia practicado a la señora Mónica Mesa Cañadulce, toda vez que pudo haber sido por un antecedente genético por el cáncer de tiroides padecido por la progenitora cuando estaba en periodo de gestación.

De acuerdo al anterior panorama este Despacho procederá analizar si existió falla del servicio médico en cuanto al tratamiento brindado a la señora Mónica Mesa Cañadulce, relativo a la yodoterapia realizado el 28 de febrero de 2011 y si ello derivó que el feto desarrollara hipotiroidismo por la absorción del yodo radioactivo cuando tenía una edad gestacional de 33 semanas y 4 días.

Así, se encuentra probado que de acuerdo a la consulta efectuada por la EPS – S COMPARTA el día 29 de septiembre de 2014⁷⁴ en el BDUA la señora Mónica Mesa Cañadulce está activa en el régimen subsidiado y afiliada a dicha EPS desde el 25 de septiembre de 2009. Igualmente está demostrado que el día 27 de julio de 2010 la EPS – S COMPARTA expidió autorización de servicios N° 114599⁷⁵ para que la señora Mónica Mesa Cañadulce fuera atendida por

⁷⁴ Folio 298 del Cuaderno 2. Dicha prueba en audiencia inicial celebrada el 30 de noviembre de 2016 el Juzgado la incorporó al proceso, ver reverso folio 262 del Cuaderno 3

⁷⁵ Folio 174 del Cuaderno

primera vez en consulta de medicina especializada para el manejo integral por la especialidad de cancerología.

De los apartes de la historia clínica aportada al proceso se puede extraer que el día 29 de julio de 2010 la señora Mónica Mesa Cañadulce⁷⁶ fue valorada por servicio de cabeza y cuello respecto del diagnóstico inicial de “*tumor maligno tiroides*”, así como del antecedente clínico de la hemitiroidectomía derecha del 26 de enero de 2010 realizada por el Hospital de San Vicente de Arauca encontrándose un registro del tejido peritiroideo comprometido por tumor en el lóbulo izquierdo y capilar de tiroides con parálisis de pliegue vocal derecho⁷⁷.

De las anotaciones efectuadas en diferentes consultas se puede extraer⁷⁸ que la Junta de Cabeza y Cuello del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., analizó el caso de la señora Mónica Mesa Cañadulce y concluyó que tenía un remanente de cáncer, por cuanto el Hospital San Vicente de Arauca E.S.E., no trató del todo dicha patología, razón por la cual decidió que se requería realizar el procedimiento quirúrgico denominado hemitiroidectomía izquierda.

Se encuentra acreditado que de la consulta practicada el día 12 de octubre de 2010 por el servicio de anestesiología le fue informado a la paciente sobre la programación del procedimiento de tiroidectomía total y vaciamiento ganglionar de cuello⁷⁹ y se constata entre otras recomendaciones la de traer prueba de embarazo para el día de la cirugía⁸⁰.

En lo que atañe al resultado del examen de laboratorio de la hormona gonadotropina coriónica de fecha laboratorio del 20 de octubre de 2010 se prueba un registro cuantitativo de 42906⁸¹.

El anterior resultado también fue aportado en audiencia del 10 de julio de 2018⁸² por la señora Mónica Mesa Cañadulce a minuto 30:04. Respecto a lo cual el Juzgado⁸³ decidió incorporarla al proceso como prueba de oficio,

⁷⁶ Folios 57 a 58 del Cuaderno 1

⁷⁷ Folio 116 del Cuaderno 2

⁷⁸ Folios 25 a 37 del Cuaderno 1 y Folios 140 a 146 del Cuaderno 2.

⁷⁹ Folios 59 a 60 del Cuaderno 1 y Folio 117 del Cuaderno 2

⁸⁰ Folio 60 del Cuaderno 1 y Folio 118 del Cuaderno 2

⁸¹ Folio 114 del Cuaderno 2

⁸² Folios 377 a 379 del Cuaderno 3 incluido CD-R contentivo de la audiencia del 27 de julio de 2018 a minuto 11:59

⁸³ Folios 377 a 379 del Cuaderno 3 incluido CD-R contentivo de la audiencia del 27 de julio de 2018 a minuto 1:20

asimismo se dio en traslado a las partes⁸⁴. De igual manera, la señora Mónica Mesa Cañadulce a partir del minuto 40:05 manifestó que durante los 8 meses de gestación nunca se imaginó encontrarse en embarazo, asimismo expuso que tuvo sangrados leves, pero que lo asoció al tratamiento del cáncer de tiroides suministrado por el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E.

Se encuentra acreditado el servicio de hospitalización brindado a la paciente Mónica Mesa Cañadulce por el periodo comprendido entre el 28 de octubre al 4 de noviembre de 2010⁸⁵ por un reporte de diagnóstico consistente en “*carcinoma papilar de tiroides de patrón clásico y folicular sin evidencia de invasión vascular con compromiso de la cápsula tiroidea y extensión a los tejidos blandos peritiroideos*” y que le fue practicada la hemitiroidectomía izquierda (tiroidectomía residual) sin complicaciones con vaciamiento central y con evolución estable.

Se encuentra probado que el día 5 de noviembre de 2010 en el control postoperatorio se ordenó cita con junta de medicina nuclear⁸⁶. Por lo que, la Junta Médica Multidisciplinaria Oncológica del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., el día 15 de diciembre de 2010⁸⁷ analizó el reporte de ecografía post operatoria de “*ganglios reactivos*”⁸⁸ y tomó la decisión de la aplicación de 100 mCi de yodo 131.

Como preparación a la yodoterapia se encuentra demostrado que en consulta realizada el 17 de febrero de 2011⁸⁹ se constató suspensión de levotiroxina 100 mcg desde el 4 de enero de 2011 por orden médica y que se le informó a la paciente que se encontraba programada para hospitalización a partir del 28 de febrero de 2011 con el fin de dar inicio de yodoterapia, asimismo de allí se desprende como observación que debía ser valorada con posterioridad a la realización de este tratamiento oncológico.

Respecto a los pasos de protocolo de preparación el Coordinador del Grupo de Medicina Nuclear del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E.,⁹⁰ mediante Oficio N° INT-OFI-010350-2012 del 8 de noviembre de 2012 hizo alusión a que se siguió las siguientes actividades, así: a) se expidió orden médica del

⁸⁴ Folios 380 del Cuaderno 3

⁸⁵ Folios 25 a 37 del Cuaderno 1 y Folios 140 a 146 del Cuaderno 2.

⁸⁶ Folio 61 del Cuaderno 1 y 118 del Cuaderno 2

⁸⁷ Folio 188 del Cuaderno 6

⁸⁸ Ver folio 188 del Cuaderno 6

⁸⁹ Folios 63 a 64 del Cuaderno 1 y folio 119 del Cuaderno 2

⁹⁰ Folios 112 a 113 del Cuaderno 2

procedimiento; b) fueron solicitados exámenes de laboratorio, como cuadro hemático, TSH, tiroglobulina (Tg), anticuerpos antitiroglobulina (ATG), prueba de embarazo; c) se entregaron instrucciones escritas con información general sobre el procedimiento y de las restricciones de protección radiológica que incluía la advertencia específica de contraindicación del procedimiento para las mujeres en embarazo; d) que la tecnóloga Blanca Mary González encargada de la preparación de los pacientes le brindó información a la paciente y atendió sus inquietudes, que inclusive se indagó por la eventualidad de un embarazo a lo que la paciente respondió que su marido había sido declarado estéril por un accidente relacionado con su trabajo; e) que fue firmado el consentimiento informado que incluye contraindicación del tratamiento para mujeres embarazadas; f) que se ordenó la suspensión de la hormona tiroidea por un periodo suficiente para permitirle para permitirle la elevación de la TSH a valores > 30 m UI/L; g) que fue prescrita una dieta baja de yodo durante los 7 días previos al tratamiento; h) que una semana antes de la fecha del tratamiento fueron verificados los resultados del cuadro hemático, la TSH, TG y ATG; i) que la prueba de embarazo se ordenó realizarse dentro de las 24 horas previas al tratamiento; j) que la administración del I-131 estuvo a cargo de la Dra. María Cristina Martínez Becerra bajo su responsabilidad siguiendo los principios de buena fe que habitualmente priman en la relación médico – paciente; k) que en las paredes del servicio de medicina nuclear existen avisos de advertencias⁹¹ de que informan al personal cualquier sospecha o duda de embarazo; y l) que los pacientes que van a ser sometidos con I-131 les fue proyectado el video⁹² acerca de la contraindicación en mujeres embarazadas.

Se tiene del contenido del consentimiento informado a la señora Mónica Mesa Cañadulce y con su respectiva constancia de firmado de 19 de enero de 2011⁹³, que allí se le indicó que la Junta Médica de Cáncer de Tiroides decidió completarle el tratamiento con yodo radioactivo y que se le recomendó evitar embarazos durante los primeros 12 meses después por cuanto existe un ligero incremento en el número de abortos.

Se encuentra demostrado que el día 28 de febrero de 2011 la señora Mónica Mesa Cañadulce le fue entregado el resultado de la prueba de embarazo

⁹¹ Fotografías obrantes a folios 205 a 207 del Cuaderno 7

⁹² Video de yodoterapia obrante a folio 187 del Cuaderno 6

⁹³ Folios 199 del Cuaderno 6

denominado, hormona gonadotropina coriónica con reporte de 8647⁹⁴ y que ella lo entregó en "hospitalización"⁹⁵.

De la hospitalización comprendida entre el 28 de febrero y el 4 de marzo de 2011 se observan como datos relevantes que la paciente Mónica Mesa Cañadulce ingresó al Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., el día 28 de febrero de 2011 a las 7:52:13⁹⁶ con un diagnóstico de "tumor maligno tiroides" para ser tratada con yodoterapia. Y que posteriormente a las 11:54⁹⁷ fue atendida por la Dra. María Cristina Martínez Becerra, quien fue la encargada de la práctica del tratamiento oncológico durante el cual la paciente recibió una dosis de radioyodo de 131 mCi⁹⁸.

Lo anterior, se constata en el Oficio N° INT-OFI-010350-2012 del 8 de noviembre de 2012 procedente del Coordinador del Grupo de Medicina Nuclear del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E.⁹⁹

De la misma hospitalización se constata que al día siguiente que la paciente recibió el radioactivo, la Dra. María Cristina Martínez Becerra advirtió por primera vez que la señora Mónica Mesa Cañadulce se encontraba en estado de embarazo. Igualmente, de allí se desprende que en aquel momento de nuevo le fue ordenado el laboratorio de Gonadotropina Coriónica Humana, la ecografía pélvica y la dosimetría con el fin de calcular la dosis recibida por el feto¹⁰⁰.

Se encuentra probado que el día de hospitalización del 2 de marzo de 2011 se encuentran consignados 2 reportes de pruebas de embarazo denominadas Gonadotropina Coriónica Humana, uno del 28 febrero de 2011 en 10000¹⁰¹ y otro del 1° de marzo del 2011 con 8000¹⁰² y a su vez aparece constancia de que fue palpado rápidamente el abdomen donde se constató una altura de 26 cms¹⁰³. Se tiene que el día 3 de marzo de 2011 fue realizada ecografía pélvica en donde se evidenció un feto único vivo de aproximadamente 33 semanas y 4

⁹⁴ Folio 192 del Cuaderno 6

⁹⁵ Afirmación realizada por la declarante Mónica Mesa Cañadulce Folios 377 a 379 del Cuaderno 3 incluido CD-R contentivo de la audiencia del 27 de julio de 2018

⁹⁶ Folios 38 del Cuaderno 1 y vuelto folio 147 del Cuaderno 2

⁹⁷ Folio 38 del Cuaderno 1 y folio 147 del Cuaderno 2

⁹⁸ Folio 39 del Cuaderno 1 y vuelto folio 147 del Cuaderno 2

⁹⁹ Folios 112 a 113 del Cuaderno 2

¹⁰⁰ Folio 39 del Cuaderno 1 y vuelto folio 147 del Cuaderno 2

¹⁰¹ Folio 40 del Cuaderno 1 y folio 148 del Cuaderno 2

¹⁰² Folio 40 del Cuaderno 1 y folio 148 del Cuaderno 2

¹⁰³ Folio 40 del Cuaderno 1 y folio 148 del Cuaderno 2

días¹⁰⁴, longitudinal, cefálico, dorso derecho con movimientos corporales espontáneos, actividad cardíaca positiva, placenta fundo corporal posterior grado II/III sin evidencia de hematomas o desprendimientos y con líquido amniótico de volumen normal¹⁰⁵.

Una vez que el Instituto confirmó el estado de embarazo de la señora Mónica Mesa Cañadulce fue tratada por la especialidad de ginecología¹⁰⁶, cuyos médicos tratantes diagnosticaron “embarazo de alto riesgo secundario a yoduración hace dos días”¹⁰⁷. De igual forma, fue atendida por psiquiatría¹⁰⁸ de donde sobresale la anotación de que la paciente presentó llanto cuando abordó la posibilidad de la terminación del embarazo como manejo terapéutico.

Posteriormente, los días 3 y 4 de marzo de 2011¹⁰⁹ en valoración por ginecología refirió movimientos fetales positivos. Sin embargo, en la última revisión por psiquiatría¹¹⁰ efectuada durante la hospitalización tanto la paciente, como su esposo manifestaron que cada vez que le preguntaban a la señora Mónica Mesa Cañadulce por su estado de embarazo respondía negativo porque tanto ella como su pareja interpretaron que los cambios corporales como disminución de peso en el primer trimestre y luego la ganancia de peso posterior junto con la amenorrea, lo consideraron como efectos secundarios al problema tiroideo. Y que el aumento del tamaño del abdomen, así como los movimientos fetales los relacionaron con la enfermedad oncológica.

Días después en la consulta practicada el 10 de marzo de 2011¹¹¹ el médico de la especialidad de endocrinología descartó efectos teratogénicos sobre el bebé por la aplicación del yodo radiactivo, asimismo ordenó que el feto requería evaluación con THS neonatal, T4 Libre y que a los 7 días de nacido se requería de la evaluación por endocrinología pediátrica. De igual manera, de allí se desprende que de acuerdo a los reportes se definiría la conducta y el seguimiento del recién nacido debido al riesgo del hipotiroidismo.

¹⁰⁴ Folio 42 del Cuaderno 1 y folio 149 del Cuaderno 2

¹⁰⁵ Folio 42 del Cuaderno 1 y folio 149 del Cuaderno 2

¹⁰⁶ Folios 43 a 44 del Cuaderno 1, vuelto folio 149 y folio 150 del Cuaderno 2

¹⁰⁷ Folio 44 del Cuaderno 1 y folio 150 del Cuaderno 2

¹⁰⁸ Folios 44 a 46 del Cuaderno 1 y folios 150 a 151 del Cuaderno 2

¹⁰⁹ Folios 46 y 47 del Cuaderno 1 y folios 151 a 152 del Cuaderno 2

¹¹⁰ Folio 49 del Cuaderno 1 y folio 152 del Cuaderno 2

¹¹¹ Folios 65 a 68 del Cuaderno 1 y folios 120 a 121 del Cuaderno 2

Del expediente sobresale copia del acta de reunión institucional realizada el 11 de marzo de 2011¹¹² con presencia de la señora Mónica Mesa Cañadulce y Paúl Acevedo Tello, en donde arribaron a la conclusión de que el bebé no tendría efectos teratogénicos, pero que sí existía el riesgo de hipotiroidismo, en los siguientes términos:

“(…) Desarrollo y Conclusiones:

Informar a La paciente Mónica Mesa Cañadulce paciente con un carcinoma papilar de tiroides T3N0 actualmente esta en gestación en su tercer trimestre y a su esposo Paúl Acevedo los resultados de la evaluación de su caso realizada en el comité de cáncer y embarazo realizado el 10 de marzo de 2011, acerca de los riesgos de la enfermedad de la paciente y del producto del embarazo, se le comunico que para el momento de la gestión en que fue administrado el radiyodo, no esperaríamos efectos teratogenicos (sic) sobre el bebe pero sí existe riesgo de hipotiroidismo que tal y como se le había informado en la consulta de Endocrinología realizada el día anterior el bebe requerirá evaluación con TSH neonatal y T4 libre, evaluación con endocrinología pediátrica y que dependiendo de estos reportes se definirá conducta y seguimiento del recién nacido. (...)”¹¹³

Un mes después del nacimiento del recién nacido en consulta de endocrinología oncológica efectuada el 12 de mayo de 2011¹¹⁴ se observa un registro del recién nacido con hipotiroidismo por exposición en útero a yodo¹¹⁵, para lo cual el médico tratante ordenó ajuste de LT4 (14-18 MCG/KG), a su vez prescribió seguimiento de los niveles de hormonas y recomendó realizar seguimiento del neonato por endocrinología pediátrica¹¹⁶.

La anterior patología fue analizada en revisión académica del caso de la paciente Mónica Mesa Cañadulce del 21 de noviembre de 2012¹¹⁷ por los médicos especialistas en endocrinología del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., quienes con apoyo en la literatura médica mundial vigente consideraron que la exposición de yodo de la madre durante la gestación después de la semana 10 puede producir hipotiroidismo.

En el expediente obra copia de los 18 controles médicos brindados al menor **NRAM** tratado por hipotiroidismo por la Clínica Materno Infantil San Luis durante el periodo comprendido entre el 24 de junio de 2011 y el 24 de abril de

¹¹² Folios 190 a 191 del Cuaderno 6

¹¹³ Folio 190 a 191 del Cuaderno 6

¹¹⁴ Folios 69 a 71 y 83 del Cuaderno 1, folios 122 a 123 del Cuaderno 2

¹¹⁵ Ver folio 70 del Cuaderno 2 y vuelto folio 122 del Cuaderno 2

¹¹⁶ Folio 70 del Cuaderno 1 y vuelto folio 122 del Cuaderno 2

¹¹⁷ Folio 111 del Cuaderno 2

2016¹¹⁸, de cual se destaca que desde la edad de 10 días recibe levotiroxina 40mcg por día.

De los mencionados controles se constata el seguimiento del THS y T4l efectuado por la Clínica Materno Infantil San Luis S.A. sintetizado en el siguiente cuadro:

Fecha	Registro de TSH	Registro de T4L
04/2011 ¹¹⁹	> 150	0.21ng/dl
05/2011 ¹²⁰	> 100	11.2ng/dl
06/2011 ¹²¹	38.90	1.20ng/dl
12/10/2011 ¹²²	0.28	1.80 ng/dl
16/03/2012 ¹²³	4.73	1.60 ng/dl
25/05/2012 ¹²⁴	0.26	1.80 ng/dl
18/09/2012 ¹²⁵	0.63	1.80 ng/dl
24/01/2013 ¹²⁶	18.90	1.4 ng/dl
10/05/2013 ¹²⁷	0.21	1.60 ng/dl
06/06/2013 ¹²⁸	3.40	1.40 ng/dl
10/12/2013 ¹²⁹	0.24	1.7 ng/dl
04/04/2014 ¹³⁰	26.1	1.90 ng/dl
28/07/2014 ¹³¹	,68	00.87 ng/dl
11/11/2014 ¹³²	0.02	2.40 ng/dl
11/03/2015 ¹³³	8.97	1.6 ng/dl
11/06/2015 ¹³⁴	55.57 (sic)	0.37 ng/dl
10/11/2015 ¹³⁵	1.62	3.38ng/dl?? (no confiable) (sic)
12/04/2016 ¹³⁶	8.02	1.12 ng/dl
02/08/2016 ¹³⁷	0.19	2.08 ng/dl
06/12/2016 ¹³⁸	0.10	1.96 ng/dl
26/04/2017 ¹³⁹	3.97	1.27 ng/dl

¹¹⁸ Folios 284 a 302 del Cuaderno 3 y 316 a

¹¹⁹ Folio 319 del Cuaderno 3

¹²⁰ Ibidem

¹²¹ Ibid

¹²² Folio 321 del Cuaderno 3

¹²³ Folio 322 del Cuaderno 3

¹²⁴ Folio 323 del Cuaderno 3

¹²⁵ Folio 324 del Cuaderno 3

¹²⁶ Folio 325 del Cuaderno 3

¹²⁷ Folio 326 del Cuaderno 3

¹²⁸ Folio 327 del Cuaderno 3

¹²⁹ Folio 328 del Cuaderno 3

¹³⁰ Folios 329 del Cuaderno 3

¹³¹ Folio 330 del Cuaderno 3

¹³² Folio 331 del Cuaderno 3

¹³³ Folio 333 del Cuaderno 3

¹³⁴ Folio 335 del Cuaderno 3

¹³⁵ Folio 337 del Cuaderno 3

¹³⁶ Folio 338 del Cuaderno 3

¹³⁷ Folio 340 del Cuaderno 3

¹³⁸ Folio 341 del Cuaderno 3

¹³⁹ Folio 318 del Cuaderno 3

f

De acuerdo al conjunto de pruebas recaudadas, se evidencia que el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., no efectuó el seguimiento en debida forma del aumento del nivel de gonadotropina coriónica para constatar si obedecía a cambios hormonales de la patología que la demandante padecía o si por el contrario correspondía a un embarazo.

Más aún cuando el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., realizó el procedimiento de hemitiroidectomía izquierda para el 28 de octubre de 2010, fecha en la que ya obraba registro de la hormona gonadotropina coriónica del 10 de octubre de 2010¹⁴⁰ con un resultado de 42906,00 mU/ml¹⁴¹.

Se encuentra probado que dicho análisis fue de conocimiento de los aquí demandantes, pues la señora Mónica Mesa Cañadulce junto con su esposo conocieron el resultado de laboratorio del 10 de octubre 2010, ya que además de estar registrado en la historia clínica dicho documento fue entregado por la misma demandante en audiencia de pruebas del 27 de julio de 2018 de donde fácilmente se puede apreciar los niveles de hormona gonadotropina coriónica humana, así como también saber cuándo es negativo o positivo el resultado, como a continuación se transcribe:

“(...) NEGATIVO 0,000 – 5,300
1 A 2 Semanas de Gestación 16,000 – 156,000
2 A 3 Semanas de Gestación 101,000 – 4870,000
3 A 4 Semanas 1110,000 – 31500,000
4 A 5 Semanas 2560,000 – 82300,000 (...)”¹⁴²

De manera que si en el mismo resultado se explica los niveles de la hormona la gonadotropina coriónica humana con un resultado de 42906,00 mU/ml¹⁴³ se puede concluir que, para la fecha del examen, es decir 10 de octubre de 2010 la paciente tenía más de 5 semanas de gestación.

Así pues, lo afirmado por demandantes en cuanto a que durante los primeros 8 meses de embarazo no se dieron cuenta de tal situación, ello resulta verdaderamente increíble, habida cuenta que la madre gestante tuvo conocimiento cuando le fue entregado el resultado de la prueba de embarazo días antes de practicarle la cirugía hemitiroidectomía izquierda.

¹⁴⁰ Folio 114 del Cuaderno 2

¹⁴¹ Folios 380 del Cuaderno 3

¹⁴² Folio 380 del Cuaderno 3

¹⁴³ Folios 380 del Cuaderno 3

Máxime que en consulta de psiquiatría del día 2 de marzo de 2011 se tiene dos reportes de pruebas de embarazo denominadas Gonadotropina Coriónica Humana, uno del 28 febrero de 2011 en 10000¹⁴⁴ y otro del 1° de marzo del 2011 con 8000¹⁴⁵ y a su vez aparece constancia de que fue palpado rápidamente el abdomen donde se constató una altura de 26 cmts¹⁴⁶.

Con todo, la víctima en este caso igualmente contribuyó a que el hecho dañoso se produjera porque que para la época en que se practicó el tratamiento oncológico ya tenía 8 meses de gestación, sin que ella hubiera expuesto esta situación en las diferentes consultas, lo que sin duda generó confusión de su estado de gestación.

La anterior circunstancia no fue valorada por la Junta Médica Multidisciplinaria Oncológica del 15 de diciembre de 2010 por cuanto de haberse realizado no se hubiera ordenado el tratamiento médico de la yodoterapia. Luego, la Dra. María Cristina Martínez Becerra tampoco se cercioró de la existencia de aquella prueba, ni constató el resultado de la practicada el 28 de febrero de 2011.

Bajo este panorama, es inaceptable que por el hecho que la paciente le hubiera ocultado el estado de gestación en estas circunstancias no eximía, ni a la médica oncóloga, ni al Institución de realizar una valoración con mayor rigurosidad del estado de gestación de la señora Mónica Mesa Cañadulce

Lo anterior demuestra, que a la Junta Médica Multidisciplinaria Oncológica del 15 de diciembre de 2010, así como al galeno le faltó ser más riguroso al momento de examinar el estado físico de la paciente Mónica Mesa Cañadulce, porque les asistía la obligación de averiguar si el aumento del nivel de la hormona Gonadotropina Coriónica Humana era producto del cáncer de tiroides o si en efecto se trataba de un embarazo, pues es deber del médico tratante monitorear en pacientes oncológicos el marcador tumoral en diferentes trastornos neoplásicos.

En efecto, el seguimiento de los niveles de la hormona Gonadotropina Coriónica Humana es de gran importancia, ya que proporciona al médico, así

¹⁴⁴ Folio 40 del Cuaderno 1 y folio 148 del Cuaderno 2

¹⁴⁵ Folio 40 del Cuaderno 1 y folio 148 del Cuaderno 2

¹⁴⁶ Folio 40 del Cuaderno 1 y folio 148 del Cuaderno 2

como la Institución, aspectos clínicos importantes de la reproducción de la mujer.

De acuerdo con ello, la Junta Médico Multidisciplinaria Oncológica del 15 de diciembre de 2010 no tomó las medidas necesarias sobre la exposición de la administración de yodo radioactivo, comoquiera que ni siquiera se percató de la existencia del resultado de laboratorio practicado el 10 de octubre de 2010.

De ahí que, no es factible aceptar que aun cuando la madre de la menor **NRAM** le hizo saber a los médicos tratantes de la irregularidad de su periodo, que existía un resultado de prueba de embarazo positivo y que su abdomen tenía una altura de 26 cmts, únicamente la Junta Médica Multidisciplinaria Oncológica del 15 de diciembre de 2010 y la médico tratante se hubieran limitado a realizar una valoración superficial, y confiar en lo dicho por la paciente, puesto que era claro que ella sufría un cáncer de tiroides, por lo que no resultaba coherente proceder a aprobar un tratamiento oncológico de yodoterapia y a realizarlo sin constatar por sus propios medios que ella no estuviera en estado de gestación.

Por lo tanto, todo indica que la Junta Médico Multidisciplinaria Oncológica del 15 de diciembre de 2010 y la médico tratante no se ocuparon de indagar sobre los resultados de laboratorio clínico de la hormona Gonadotropina Coriónica Humana, y por el contrario se conformaron con la información suministrada por la paciente Mónica Mesa Cañadulce, no obstante existir la obligación de practicar la totalidad de pruebas necesarias para brindar el tratamiento requerido para combatir el cáncer de tiroides que aquejaba a la paciente, pero sobre la base de tener total seguridad en torno a que ella no estuviera en estado de gestación.

En virtud de lo ocurrido, queda demostrada la responsabilidad del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., por falla en la prestación de los servicios médicos del 28 de febrero de 2011, debido a que la paciente Mónica Mesa Cañadulce fue tratada con yodo radioactivo a pesar de hallarse en estado de embarazo, lo cual estaba contraindicado, resultado que sobrevino porque en el sistema no se cargó el resultado de las pruebas de gravidez que se hicieron a la paciente los días 10 de octubre de 2010 y 28 de febrero de 2011, e igualmente porque la médico tratante doctora María Cristina Martínez Becerra se atuvo a

la información suministrada por la paciente, sin verificar directamente cuál había sido el resultado de esas pruebas.

Además, la responsabilidad de la administración en este caso igualmente queda acreditada porque la aplicación de ese elemento radioactivo a la demandante que estaba en gestación, contribuyó a que el feto desarrollara hipotiroidismo, el que si bien se quiso negar por parte de la institución demandada bajo la tesis de que probablemente lo había heredado de su madre por el antecedente de cáncer de tiroides, lo cierto es que los propios reportes médicos del ente demandado dieron a entender que lo más probable es que esa condición se hubiera presentado por haberse expuesto el feto al material radioactivo, versión que le resulta más convincente al Despacho, pues son los propios galenos del sujeto pasivo las que la avalaron.

En efecto, es necesario advertir que la literatura médica desvirtúa la tesis del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., relativa a que fueron otras causas las generadoras del hipotiroidismo del menor **NRAM**, por cuanto estadísticamente el origen congénito de esa condición se verifica en un caso de cada 3000 a 4000¹⁴⁷ casos de madres gestantes con cáncer de tiroides. Además, la entidad demandada no allegó prueba de estudio de genes del hijo de la demandante que soporte su tesis, más bien contrario a lo dicho por la misma sí existe la probabilidad de que los fetos expuestos a ese material radioactivo pueden resultar con malformaciones, lo que por fortuna no ocurrió en este caso.

Sobre lo mismo dirá el Despacho que el caso de la paciente Mónica Mesa Cañadulce fue objeto de revisión académica el 21 de noviembre de 2012¹⁴⁸ por los médicos especialistas en endocrinología del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., quienes consideraron que la exposición de la madre gestante al yodo radioactivo después de la semana 10 puede producir hipotiroidismo, en los siguientes términos:

“(…) 2. LA EXPOSICIÓN DE YODO RADIOACTIVO DE LA MADRE DURANTE LA GESTACIÓN DESPUÉS DE LA SEMANA 10, TIEMPO

¹⁴⁷ Consulta efectuada en la dirección <https://www.healthychildren.org/Spanish/health-issues/conditions/Glands-Growth-Disorders/Paginas/congenital--hypothyroidism-infants.aspx> “(…) El hipotiroidismo implica una actividad deficiente de la glándula tiroidea. El hipotiroidismo congénito ocurre cuando un bebé recién nacido nace sin la capacidad para producir cantidades normales de hormona tiroidea. La afección se presenta en aproximadamente 1 de cada 3.000 a 4.000 niños, suele ser permanente y requiere tratamiento de por vida. (…)”

¹⁴⁸ Folio 111 del Cuaderno 2

DURANTE EL CUAL YA LA GLANDULA TIROIDEA FETAL CAPTA YODO, PUEDE PRODUCIR HIPOTIROIDISMO FETAL Y NEONATAL, RIESGO DE MUERTE FETAL SI LA DOSIS ES ALTA Y ABORTO (REFERENCIAS: Endocrinol Metab Clin N Am 40 (2011) 739-76. Guidelines of the American thyroid Association for the Diagnosis and Management of Thyroid Disease During Pregnancy and Postpartum Thyroid. Volume 21, Number 10, 2011). (...)”¹⁴⁹

Cabe señalar que en el presente asunto no se probó que la causa determinante de la enfermedad denominada hipotiroidismo hubiera sido porque la Dra. María Cristina Martínez Becerra no aplicó de forma inmediata el agente bloqueador, pues no existe prueba que demuestre que esa alternativa de tratamiento estuviera al alcance del ente demandado y que ello habría evitado el daño antijurídico que padece el menor NRAM.

Inclusive, en el Oficio N° 600-2959-15 de abril de 2015, procedente de la Directora de Medicamentos y Productos Biológicos del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – INVIMA,¹⁵⁰ se expuso que el medicamento yoduro de potasio no cuenta actualmente con registro sanitario, y que por tratarse de un medicamento vital no disponible requiere de autorización de importación para un paciente específico por parte del INVIMA y que solamente se concede una sola vez.

Ahora, no obstante todo lo dicho, se debe aplicar en este caso lo previsto en el artículo 2357 del Código Civil, según el cual “*la apreciación del daño está sujeta a la reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente*”. Se materializa en el *sub lite* una concurrencia de culpas, ya que tanto la señora Mónica Mesa Cañadulce como su esposo contribuyeron a que la administración del yodo radioactivo tuviera lugar.

En lo que se refiere a los demandantes no resultó ser cierto que ellos no tuvieran conocimiento del estado de embarazo, pues lo que se prueba con el resultado de laboratorio clínico aportado por ellos en audiencia del 27 de julio de 2018¹⁵¹, es que sí tuvieron acceso a ese reporte y además se entiende que tenían la capacidad de interpretar el mismo y concluir que la paciente se encontraba con más de 5 semanas de gestación para el 10 de octubre de 2010, motivo por el cual se puede sostener que el ocultamiento de esa condición a la

¹⁴⁹ Folio 111 del Cuaderno 2

¹⁵⁰ Folios 203 a 204 del Cuaderno 7

¹⁵¹ Folios 379 a 383 del Cuaderno 3 incluido 1 CD-R contentivo de la audiencia del 27 de julio de 2018.

médico tratante también contribuyó eficazmente a que el elemento radioactivo ingresara a su organismo y ocasionara el hipotiroidismo a **NRAM**.

Así las cosas, no obstante la lamentable enfermedad que padecía la señora Mónica Mesa Cañadulce, el Juzgado considera poco probable, por no decir que inadmisibles, que la pareja aquí accionante desconocía del estado de gravidez de aquélla, ya que en el plenario existen diferentes elementos de prueba que indican lo contrario.

Para comenzar, existe una primera prueba de embarazo, positiva por supuesto, realizada el 10 de octubre de 2010 y entregada a los demandantes, que si bien carece de la expresión POSITIVA sí contiene los parámetros que permiten llegar a esa conclusión. Además, se cuenta con una segunda prueba de embarazo realizada el 28 de febrero de 2011, igualmente positiva, que le fue entregada a la paciente, quien extrañamente no la entregó directamente a la doctora María Cristina Martínez Becerra para que conociera su resultado, sino que por una razón desconocida optó por dejarla en una oficina pese a que estaba próxima a recibir la yodoterapia que por cierto sabía que estaba contraindicada para las gestantes.

Y por si fuera poco, para el día en que se practicó este procedimiento la demandante ya tenía algo más de ocho meses de embarazo, por lo que de la sola actividad fetal la mujer podía establecer que esperaba un hijo o hija. Así, la afirmación lanzada por los demandantes en torno a que no sabían del estado de embarazo resulta verdaderamente increíble, y aunque es posible que la gravidez pase inadvertida para algunas mujeres hasta el momento del alumbramiento, la sola afirmación de la pareja demandante se interpreta como una forma de evadir su responsabilidad, pues no se cuenta con ninguna evidencia científica de que existieron condiciones especiales que impidieron a la madre percatarse de esa condición.

Así, en el presente asunto no se demostró una causa justificativa del porque tanto la señora Mónica Mesa Cañadulce como su esposo le ocultaron esa información al Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., así como a la Dra. María Cristina Martínez Becerra, lo que conlleva a decir que se configura una concurrencia de culpas, que hace que la indemnización que se reconozca a la parte actora se reduzca en un 50%.

6.2. Llamamiento en garantía - Dra. María Cristina Martínez Becerra

El Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., realizó llamamiento en garantía frente a la Dra. María Cristina Martínez Becerra por cuanto para la época de los hechos se encontraba vincula a la entidad conforme a certificación expedida el 22 de abril de 2014¹⁵² y a lo manifestado por ella en audiencia del 27 de julio de 2017¹⁵³, y por tratarse de la profesional de la medicina que practicó la yodoterapia a la señora Mónica Mesa Cañadulce pese a que ella se encontraba en estado de embarazo.

La Dra. María Cristina Martínez Becerra se opuso rotundamente a responder por una eventual condena que se llegare a imponer al Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., con base en que: **i)** el menor **NRAM** no contaba con la calidad de persona para la época de los hechos, por lo que su bienestar era responsabilidad de su madre; **ii)** hay responsabilidad exclusiva de la víctima, porque la madre tomó decisiones sobre su propio cuerpo que afectaron al feto que habitaba en su vientre; **iii)** el hecho generador del daño en lo que respecta al feto fue imprevisible e irresistible para la llamada en garantía, por cuanto la señora Mónica Mesa Cañadulce desde que fue remitida al Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., y hasta el momento en que se le practicó la yodoterapia negó que estuviera embarazada, además que la Junta Médica del 15 de diciembre de 2010 no hizo referencia a la existencia de una prueba de embarazo positiva; y **iv)** que la Dra. María Cristina Martínez Becerra prestó a la paciente Mónica Mesa Cañadulce un servicio médico en forma cuidadosa, idónea, diligente, y oportuna, acorde con los recursos humanos y técnicos con que cuenta la ciencia médica;

Es importante resaltar la naturaleza jurídica del llamamiento en garantía esbozada por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

“(…) El llamamiento en garantía es una figura procesal que se fundamenta en la existencia de un derecho legal o contractual, que vincula a llamante y llamado y permite traer a éste como tercero, para que haga parte de un proceso, con el propósito de exigirle la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir el llamante como producto de la sentencia. Se trata de una relación de carácter sustancial que vincula al tercero citado con la parte principal que lo cita y según la cual aquél debe responder por la obligación que surja en virtud de una eventual condena en contra del llamante. El objeto del llamamiento en garantía lo es “que el tercero llamado en garantía se convierta en parte del proceso, a fin de que haga valer dentro del mismo

¹⁵² Folio 2 del Cuaderno 6

¹⁵³ Minuto 41:35 de la audiencia 27 de julio de 2017 obrante a folios 344 a 349 del Cuaderno 3

proceso su defensa acerca de las relaciones legales o contractuales que lo obligan a indemnizar o a rembolsar, y al igual del denunciado en el pleito, acude no solamente para auxiliar al denunciante, sino para defenderse de la obligación legal de saneamiento.”(...)”¹⁵⁴

El llamamiento en garantía se rige por lo dispuesto en la Ley 678 de 3 de agosto de 2001 “*Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición.*”, normativa que tiene por objeto regular la responsabilidad patrimonial de los servidores o ex servidores públicos que con su proceder doloso o gravemente culposo han dado lugar a una condena patrimonial en contra de la administración. En su artículo 19 prescribe algo de interés para este caso. Veamos:

“ARTÍCULO 19. Llamamiento en garantía. Dentro de los procesos de responsabilidad en contra del Estado relativos a controversias contractuales, reparación directa y nulidad y restablecimiento del derecho, la entidad pública directamente perjudicada o el Ministerio Público, podrán solicitar el llamamiento en garantía del agente frente al que aparezca prueba sumaria de su responsabilidad al haber actuado con dolo o culpa grave, para que en el mismo proceso se decida la responsabilidad de la administración y la del funcionario.

PARÁGRAFO. La entidad pública no podrá llamar en garantía al agente si dentro de la contestación de la demanda propuso excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor.”

Aunque en general el legislador autoriza llamar en garantía a los servidores o ex servidores públicos que han dado lugar a reconocimiento indemnizatorio contra la entidad a la cual prestaban sus servicios cuando se ocasionó el daño antijurídico, expresamente prohíbe hacerlo “*si dentro de la contestación de la demanda propuso excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor.*”.

Esta limitante tiene sentido en la medida que el llamamiento en garantía frente al servidor o ex servidor público opera cuando la administración considera que el daño antijurídico se produjo porque obró con dolo o culpa grave, de suerte que si la misma entidad sostiene en el debate judicial que ese daño se produjo por culpa exclusiva de la víctima, el hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor, no resulta sensato que simultáneamente formule llamamiento en garantía contra su funcionario, pues bajo el principio de identidad una cosa no puede ser y no ser a la vez, es decir que no se puede afirmar coetáneamente que el daño se ocasionó, por ejemplo, por culpa exclusiva de la víctima, pero

¹⁵⁴ Auto 28 de julio de 2010 Consejo de Estado Sección Tercera Rad. Radicación número: 15001-23-31-000-2007-00546-01(38259)

también porque el funcionario actuó con dolo o culpa grave, ya que el componente de exclusividad desaloja cualquier posibilidad de participación de agentes externos.

Pues bien, en el escrito de contestación radicado por el abogado del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., se planteó entre otras excepciones la denominada Caso fortuito o fuerza mayor, basada en que la paciente, por una razón desconocida, ocultó su estado de embarazo a la médica tratante, lo que constituye un evento imprevisible e irresistible. De igual modo se propuso la excepción de culpa de un tercero, apoyada en la misma circunstancia anterior.

Al estar demostrado que el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., planteó las excepciones de Caso fortuito o fuerza mayor y Culpa de un tercero, es claro que se configura el supuesto de hecho previsto en el parágrafo del artículo 19 de la Ley 678 de 3 de agosto de 2001, motivo por el cual se declarará improcedente el llamamiento en garantía *sub examine*.

6.3.- Llamamiento en garantía - EPS - S COMPARTA

El Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. efectuó llamamiento en garantía a la EPS - S COMPARTA por cuanto la señora Mónica Mesa Cañadulce se encontraba afiliada a la misma y en razón a la ejecución del Contrato de Prestación de Servicios N° 2-11001E110-S225.

Con relación al escrito de llamamiento en garantía la EPS - S COMPARTA dio contestación de forma extemporánea, así como a la demanda, según se desprende de la constancia consignada en audiencia inicial del 30 de noviembre de 2016, la cual no fue discutida¹⁵⁵. No obstante, el Juzgado en esta etapa procesal de oficio incorporó al proceso algunas de las pruebas aportadas por aquella EPS-S¹⁵⁶ correspondientes a las autorizaciones otorgadas a la señora Mónica Mesa Cañadulce¹⁵⁷ por el periodo comprendido entre el 14 de abril de 2014 hasta el 10 de septiembre de 2014, a las expedidas a nombre del menor **NRAM** desde el 9 de junio de 2011 hasta el 23 de septiembre de 2014¹⁵⁸, la impresión de la consulta de la Base de Datos Única de Afiliación al

¹⁵⁵ Ver vuelto folio 256 a folio 257 del Cuaderno 3

¹⁵⁶ Ver vuelto folio 262 del Cuaderno 3

¹⁵⁷ Folios 202 a 257 del Cuaderno 5

¹⁵⁸ Folios 258 a 297 del Cuaderno 5

Sistema de Seguridad Social – BDU¹⁵⁹ contentiva de la afiliación de la señora Mónica Mesa Cañadulce desde el 25 de septiembre de 2008, así como la copia de los recibos de los tiquetes aéreos¹⁶⁰.

Una vez precisado lo anterior se procede a determinar si a la llamada en garantía EPS-S COMPARTA le corresponde asumir el pago de la condena impuesta al Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., con base en la relación contractual soportada en el Contrato de Prestación de Servicios Médico Hospitalarios Especializados N° 2-11001E110-S225 – Régimen Subsidiado¹⁶¹, prorrogado mediante el Otrosí #1 del 31 de diciembre de 2010¹⁶² y modificado con el Otrosí #2 del 9 de febrero de 2011¹⁶³ y en el Contrato de Prestación de Servicios Médico Hospitalarios Especializados N° 2110010111T4E10 – Régimen Subsidiado¹⁶⁴, o si por el contrario no existe responsabilidad del llamado en garantía.

El citado contrato, junto con sus modificaciones, permite verificar que tuvo una vigencia comprendida entre el 1° de diciembre de 2010 y el 31 de marzo de 2011, que su objeto se contrajo a que el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., se comprometió a prestar los servicios de salud de alta complejidad atinentes a la atención de la patología de cáncer a los afiliados y beneficiarios del régimen subsidiado remitidos por la EPS – S COMPARTA y a su vez, ésta entidad se obligó a remitir los pacientes con autorización válida para tratamiento en la modalidad de evento. De igual manera, en la cláusula décima se pactó lo relacionado con la responsabilidad derivada de la prestación de los servicios médicos asistenciales, en el sentido de que ello sería conforme a la ley¹⁶⁵, lo cual se mantuvo en las modificaciones.

Sobre el particular, es necesario recordar que en el presente caso se condenará al Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., por la falla del servicio médico consistente en la práctica de yodoterapia a la señora Mónica Mesa Cañadulce a pesar de hallarse en estado de embarazo, lo que desencadenó que el menor **NRAM** desarrollara hipotiroidismo.

¹⁵⁹ Folio 298 del Cuaderno 5

¹⁶⁰ Folios 305 a 310 del Cuaderno 5

¹⁶¹ Folios 1 a 6 del Cuaderno 4

¹⁶² Folios 7 a 8 del Cuaderno 4

¹⁶³ Folio 9 del Cuaderno 4

¹⁶⁴ Folios 10 a 19 del Cuaderno 4

¹⁶⁵ Ver vuelto folio 51 del Cuaderno 4

En ese orden de ideas, tras efectuar la revisión del contenido de los Contratos de Prestación de Servicios Médico Hospitalarios Especializados N° 2-11001E110-S225 y N° 2110010111T4E10, se observa que las obligaciones a cargo de la EPS – S COMPARTA comprende, entre otras, la de remitir los pacientes con autorización válida para tratamiento en la modalidad de evento con la referencia hospitalaria debidamente diligenciada y con vigencia al día 30 de cada mes¹⁶⁶.

Por lo mismo, no encuentra el Despacho en qué forma puede estar comprometida la responsabilidad patrimonial de la EPS – S COMPARTA respecto del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., sobre todo si se toma en cuenta que la responsabilidad administrativa y extracontractual de la última se concluyó por la falla en que incurrió la institución al haber practicado yodoterapia a la paciente Mónica Mesa Cañadulce sin percatarse que para el día en que se hizo esa terapia ya contaba con por lo menos ocho meses de embarazo.

El que la señora Mónica Mesa Cañadulce haya sido una paciente remitida al Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., por la EPS – S COMPARTA a fin de que recibiera tratamiento oncológico, no hace que se configure una especie de responsabilidad solidaria ni mucho menos que la entidad aseguradora debe resarcir los daños que para el Instituto representa el hecho de recibir una condena patrimonial como la que se le impondrá en esta providencia, ya que el vínculo contractual que entre esas entidades existió por los contratos arriba mencionados solamente da cuenta de obligaciones recíprocas al margen de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Además, en el escrito de llamamiento en garantía el abogado del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., omite explicar los motivos por los cuales la EPS – S COMPARTA debe asumir con su patrimonio la condena que en este proceso se le impondrá, lo que evidencia que no existe una relación sustancial o contractual por la cual debe aceptarse la pretensión elevada en este asunto.

6.4.- Llamamiento en garantía - La Previsora S.A. Compañía de Seguros

En el presente asunto el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., llamó en garantía a **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** con fundamento en

¹⁶⁶ Ver folio 5 del Cuaderno 4 y folio 15 del Cuaderno 4

las siguientes pólizas:

i) Seguro de Responsabilidad Civil N° 1005345¹⁶⁷ con vigencia pactada desde el 1° de abril de 2011 hasta el 1° de abril de 2012, con amparo contratado atinente a los actos de responsabilidad que provenga de acciones u omisiones de sus empleados y/o de los profesionales y/o auxiliares intervinientes, con relación al acto médico, así como la de lesiones corporales a terceros por suministro de productos necesarios para la prestación de servicios propios de la actividad médica de la institución asegurada teniendo como beneficiario al Instituto Nacional de Cancerología E.S.E.

ii) Seguro de Responsabilidad Civil N° 1010422¹⁶⁸ con vigencia pactada desde el 1° de marzo de 2010 hasta el 1° de marzo de 2011, con amparo contratado relacionado con actos de responsabilidad que provenga de acciones u omisiones de sus empleados y/o de los profesionales y/o auxiliares intervinientes, con relación al acto médico, así como la de lesiones corporales a terceros por suministro de productos necesarios para la prestación de servicios propios de la actividad médica de la institución asegurada teniendo como beneficiario al Instituto Nacional de Cancerología E.S.E.

En contraste a ello, La Previsora S.A. Compañía de Seguros alegó que las mencionadas pólizas de seguro no cobijan el siniestro aquí demandado por cuanto fueron pactadas bajo la modalidad *claims made* y por lo tanto los eventos deben ser reclamados y notificados durante su vigencia. Explicó que la cobertura para la responsabilidad civil otorgada en las pólizas N° 1010422 tuvo vigencia desde el 1° de marzo de 2010 hasta el 1° de marzo de 2011 y la N° 1005345 estuvo vigente por el periodo comprendido entre el 1° de abril de 2011 y el 1° de abril de 2012 pero que a la aseguradora solamente hasta el día 4 de septiembre de 2014 fue notificada a La Previsora Compañía de Seguros S.A., es decir de forma extemporánea.

Como soporte de lo anterior la aseguradora allegó como anexo de las pólizas un documento denominado “Póliza de Seguro Individual de Responsabilidad Civil Profesional para Médicos”¹⁶⁹. Sin embargo, este anexo no será tenido en cuenta por el Juzgado por cuanto no está claro que forme parte de las pólizas

¹⁶⁷ Folio 2 del Cuaderno 8 y Folios 201 a 203 del Cuaderno 8

¹⁶⁸ Folio 3 y 199 a 200 del Cuaderno 8

¹⁶⁹ Folio 205 del Cuaderno

adquiridas por el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., o que esta entidad haya aceptado expresa o tácitamente esas condiciones.

Nótese que el anexo se identifica bajo el nombre “Póliza de Seguro Individual de Responsabilidad Civil Profesional para Médicos”, mientras que las pólizas N° 1005345 y N° 1010422 tratan sobre “Seguro responsabilidad civil póliza responsabilidad civil”, lo que impide asegurar que ese anexo corresponde a los contratos de seguro contratados por la entidad demandada.

Además, según el parágrafo del artículo 1047 del Código de Comercio, subrogado por el artículo 2 de la Ley 389 de 1997, “En los casos en que no aparezca expresamente acordadas, se tendrán como condiciones del contrato aquellas de la póliza o anexo que el asegurador haya depositado en la Superintendencia Bancaria para el mismo ramo, amparo, modalidad del contrato y tipo de riesgo.”. Es decir, que anexos como el traído al proceso, frente a los cuales no hay acuerdo expreso de aceptación en las pólizas, se pueden tener como parte integral del contrato o contratos de seguros siempre y cuando hayan sido depositados en la actual Superintendencia Financiera de Colombia, con lo que se supone que la publicidad está garantizada y por lo mismo sus efectos vinculantes frente a los potenciales adquirentes del contrato de seguro no puede desconocerse.

En este asunto se tiene, por un lado, las condiciones particulares plasmadas en las Pólizas No. 1005345 y N° 1010422, y por otro, las condiciones generales del anexo allegado por La Previsora S.A., anexo que no aparece mencionado en las citadas pólizas y que tampoco tiene constancia de haber sido depositado ante la Superintendencia Financiera de Colombia. Esto lleva a sostener que priman o prevalecen las condiciones especiales de las pólizas en mención, en las que no se pactó la cláusula *claims made*, frente a las condiciones generales vertidas en el anexo aportado por la compañía de seguros.

Por lo tanto, como los hechos que originaron este proceso, se presentaron en vigencia de las pólizas ya referidas, y teniendo en cuenta que los rubros por los cuales será objeto de condena el Instituto Nacional Cancerológico E.S.E., surgen de la declaratoria de una responsabilidad extracontractual por un acto médico, hay lugar a afectar las pólizas de seguro firmadas por las partes. En ese orden, se condenará a La Previsora S.A., a pagar los respectivos valores asegurados respecto del amparo de las precitadas pólizas, previa deducción del 10% conforme a lo estipulado en las mismas.

En consecuencia, se declararán no probadas las excepciones propuestas por La Previsora S.A. Compañía de Seguros.

7.- Indemnización de perjuicios

7.1.- Perjuicios morales

La parte actora en el libelo introductorio, solicitó el reconocimiento de daños morales en cuantía de 100 SMLMV para cada uno de los demandantes. El daño moral en este caso se concreta en el hipotiroidismo con que resultó el menor **NRAM** a raíz de habersele suministrado yodo radioactivo a la señora Mónica Mesa Cañadulce a pesar de hallarse embarazada, y por supuesto en la angustia experimentada por sus padres al conocerse la aplicación de ese elemento contraindicado y descubrir que su hijo tenía esa insuficiencia hormonal.

En el proceso no se cuenta con una prueba técnica que cuantifique ese daño. No se sabe, en lo que al menor respecta, si la exposición al yodo radioactivo y el hipotiroidismo derivado de ello, implican una disminución en su capacidad laboral a futuro. Sí se sabe, por el contrario, según el oficio firmado por la Dra. María del Pilar Sosa Sabogal – Profesional Jurídica de la Clínica Materno Infantil San Luis S.A.¹⁷⁰, que no obstante el hipotiroidismo del menor **NRAM**, presenta “condiciones de normalidad”, y que es un paciente “con adecuada evolución y desarrollo con adecuado pronóstico (sic) estatural, edad ósea acorde, con estudios perfil tiroideo normal. Se consideró continuar tratamiento de reposición con levotiroxina 75 mcg al día durante cuatro meses, con consulta de control en igual tiempo.”. Además, en la historia clínica suministrada por la Clínica Materno Infantil San Luis S.A., se indica que el neurodesarrollo del menor **NRAM** es adecuado.

Así las cosas, es dable señalar que el daño moral sí existió, pues en lo que se refiere a los padres del mencionado menor estuvo asociado a la angustia que experimentaron por el evento adverso de la yodoterapia a la demandante pese a estar embarazada, y por el hipotiroidismo con el que nació dicho infante.

Su cuantificación, ante la ausencia de un parámetro técnico, queda sujeto a las circunstancias descritas, ordenadas desde luego por el hecho que si ante la

¹⁷⁰ C. 3 folios 316 y 317.

pérdida de un ser querido la jurisprudencia del Consejo de Estado reconoce un máximo de 100 SMLMV, en este proceso la indemnización del perjuicio moral no puede llegar a ese tope porque el supuesto fáctico no es equiparable al fallecimiento de una persona. Por lo mismo, a cada uno de los demandantes se reconocerá por perjuicio moral la suma de dinero equivalente a 40 SMLMV, pero como se estableció la concurrencia de culpas la indemnización en definitiva se fijará en la cantidad de 20 SMLMV.¹⁷¹

7.2.- Perjuicios materiales

Los demandantes de forma general solicitan que le sean indemnizados los perjuicios materiales conforme a lo establecido en el precedente jurisprudencial en una cantidad \$3.200.000.000.00. Este guarismo está representado en los siguientes conceptos: i) Tiquetes aéreos cada dos meses para movilizarse Arauca - Bucaramanga – Arauca para que el menor **NRAM** reciba atención médica, con un valor anual de \$6.000.000.00; ii) medicamento “Eutirox” que los padres del mismo deben suministrarle permanentemente por valor anual de \$273.600.00; iii) transportes terrestres relacionados con las atenciones médicas que debe recibir el menor **NRAM** durante los desplazamientos arriba mencionados; iv) gastos propios de cada cita; y v) costo de la dieta del aludido menor, todos por un valor anual de \$11.793.600.00.

La entidad responsable del daño antijurídico ocasionado al menor **NRAM** debe asumir las consecuencias económicas que de ello se deriven, pero bajo la precisión que el daño debe ser cierto y actual, y no debe ser agravado por la parte beneficiaria.

En este caso vemos que los demandantes aspiran a que el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., pague una suma exorbitante y que en consecuencia asuma por el resto de la vida probable del citado menor unos costos que al Despacho le resultan desmedidos. Por ejemplo, se pide que cada dos meses se suministren tiquetes aéreos para movilizarse entre Arauca y Bucaramanga, así como los demás gastos que ello implica, dando a entender que esa es la única ciudad donde pueden recibir atención médica, no obstante que Arauca es capital de departamento y muy probablemente la oferta médica y hospitalaria es suficiente para monitorear la salud del menor y recetarle el suplemento

¹⁷¹ El registro civil que aparece a folio 1 del cuaderno 1 prueba que **NRAM** es hijo de Mónica Mesa Cañadulce y Paul Ricardo Acevedo Tello.

hormonal que requiere por su hipotiroidismo. Es decir, en opinión del Despacho la parte actora pretende agravar el daño y hacer incurrir al ente demandado en unos gastos que están más allá de lo razonable.

Lo común, en daños antijurídicos que se traducen en detrimento económico, es que la indemnización se haga por su equivalente en dinero, lo cual no impide, desde luego, que la reparación se haga *in natura*, esto es mediante la prestación de los servicios médicos necesarios para atender el problema de salud. Por lo mismo, la condena en lo que a este aspecto se refiere, se impartirá en el sentido de ordenar que el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., asuma con sus propios recursos el 50% de la atención médica, tratamientos y medicamentos que necesite en el futuro el menor **NRAM** para atender su hipotiroidismo.

7.3.- Daño a la Salud o a la vida de relación

Teniendo en cuenta que dentro del escrito de demanda se solicitó a favor del menor **NRAM** el pago de los perjuicios a la vida de relación y por daño fisiológico, se precisa que mediante sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 14 de septiembre de 2011, esos factores fueron incluidos dentro del daño a la salud, entendido como la denominación correcta del perjuicio a indemnizar por tratarse de una afectación a la integridad psicofísica de la persona que será resarcido siempre que se encuentre acreditado en el proceso su concreción y sea precisa su reparación.

Así las cosas, en atención a que en el proceso se acreditó que el menor **NRAM** resultó con hipotiroidismo a raíz de haber sido indebidamente expuesto a yodo radioactivo, y como quiera que ello es sin duda un daño a la salud de carácter permanente, el Despacho le reconocerá por este factor el equivalente a 40 SMLMV, pero como se estableció la concurrencia de culpas entre el comportamiento de su progenitora y el funcionamiento anómalo de la administración, la indemnización en definitiva se fijará en la cantidad de 20 SMLMV.

8.- Costas

El artículo 188 del C.P.A.C.A. prescribe que *“la sentencia dispondrá sobre la condena en costas”*. En este caso el Despacho considera que no hay lugar a

imponer condena en costas, gracias a que cada parte sacó adelante parte de sus planteamientos.

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

F A L L A

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de *Falta de legitimación en la causa por pasiva*, planteada por el **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**. Por tanto, se **NIEGAN** las pretensiones formuladas en su contra.

SEGUNDO: DECLARAR IMPROCEDENTE el Llamamiento en garantía formulado por el **INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA E.S.E.**, frente a la Dra. **MARÍA CRISTINA MARTÍNEZ BECERRA**.

TERCERO: DENEGAR el Llamamiento en garantía formulado por el **INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA E.S.E.**, contra la **EPS – S COMPARTA**.

CUARTO: DECLARAR INFUNDADAS las excepciones propuestas por la llamada en garantía **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**.

QUINTO: DECLARAR INFUNDADAS las excepciones formuladas por el **INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA E.S.E.**

SEXTO: DECLARAR administrativa y extracontractualmente responsable al **INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA E.S.E.**, por los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes con motivo de haber practicado a la señora **MÓNICA MESA CAÑADULCE** terapia con yodo radioactivo para combatir un cáncer de tiroides, no obstante que ella se encontraba en estado de embarazo, lo que condujo a que el menor **NRAM** naciera con hipotiroidismo.

SÉPTIMO: CONDENAR al **INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA E.S.E.**, a indemnizar a los demandantes de la siguiente manera:

i.-) Reconocer y pagar a la señora **MÓNICA MESA CAÑADULCE**, al señor **PAUL RICARDO ACEVEDO TELLO** y al menor **NRAM** la cantidad de dinero equivalente a VEINTE SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (20 SMLMV), para cada uno de ellos, por concepto de perjuicios morales.

ii.-) Reconocer y pagar al menor **NRAM** la cantidad de dinero equivalente a VEINTE SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (20 SMLMV), por concepto de daño a la salud.

iii.-) Asumir el cincuenta por ciento (50%) de los gastos médicos, quirúrgicos, hospitalarios y de medicamentos que hacia el futuro requiera el tratamiento del hipotiroidismo que padece el menor **NRAM**.

OCTAVO: CONDENAR a **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, a reintegrar al **INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA E.S.E.**, las sumas de dinero que pague por las condenas impuestas en esta providencia, con cargo a las pólizas Responsabilidad Civil N° 1005345 y N° 1010422, para lo cual aplicará el 10% del deducible acordado.

NOVENO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

DÉCIMO: Sin condena en costas.

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

DECIMOSEGUNDO: TENER POR FORMALIZADA la renuncia¹⁷² al poder conferido por el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., al abogado Oscar Eduardo Carreño Acosta identificado con cédula de ciudadanía N° 79.512.356 de Bogotá y con T.P. 122.807 del C. S. de la J.

DECIMOTERCERO: ACEPTAR la revocatoria del poder conferido por la EPS-S COMPARTA a la abogada **LILIANA SÁNCHEZ SOSA** identificada con cédula de ciudadanía N° 52.885.867 de Bogotá y con T.P. 160.773 C. S. de la J.

¹⁷² Folios 103 a 107 del Cuaderno 10

DECIMOCUARTO: RECONOCER personería jurídica a la abogada **JULIE PAULINS ESCOBAR TORRES** identificada con cédula de ciudadanía N° 53.010.124 de Bogotá y con T.P. 250.238 del C. S. de la J., para actuar en representación de la EPS – S COMPARTA en los términos y para los fines del poder conferido¹⁷³.

DECIMOQUINTO: NO RECONOCER personería jurídica al señor **NAVIK SAID LAMK ESPINOSA** porque de la consulta de la cédula de ciudadanía N° 79.617.702¹⁷⁴ en el Sistema de Información del Registro Nacional de Abogados¹⁷⁵, NO registra la calidad de abogado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE
Juez 38 Administrativo Bogotá D.C.

173

¹⁷³ Folios 108 a 109 del Cuaderno 10

¹⁷⁴ Folios 110 a 111 y Folio 176 del Cuaderno 10

¹⁷⁵ Consulta efectuada en la dirección <https://sirna.ramajudicial.gov.co/Paginas/Certificado.aspx>