

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / DAÑO DERIVADO DE LA ACTIVIDAD MÉDICA / DIAGNÓSTICO TARDÍO - Acreditado / ENFERMEDAD GINECOLÓGICA - Cáncer de útero / PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD DE SOBREVIVENCIA

La señora Analida Flórez Castañeda, afiliada a Saludcoop E.P.S. acudió el 3 de diciembre de 2001 a urgencias de dicha entidad en la ciudad de Pereira, por presentar un sangrado vaginal de 2 meses de evolución. El 7 de mayo de 2002, le fue practicada una ecografía pélvica cuyo resultado arrojó engrosamiento de cuello uterino. El 29 de julio de 2002, la paciente acudió nuevamente a la E.P.S por reflejar la misma sintomatología, ante lo cual, se ordenó un examen de citología, que se practicó el 6 de agosto de 2002. Posteriormente, el 26 de agosto de 2002 se ordenó una colposcopia y biopsia de cuello uterino y, una vez obtenidos los resultados se diagnosticó carcinoma epidermoide infiltrante queratinizante -cáncer de cérvix-. El 9 de octubre de 2002, Saludcoop E.P.S. remitió a la paciente a la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge donde permaneció hospitalizada hasta el 21 de octubre del mismo año y, se realizó tratamiento de radioterapia y psiquiatría de apoyo. El 24 de septiembre de 2003, la señora Flórez Castañeda fue remitida nuevamente por Saludcoop E.P.S. a la E.S.E. donde estuvo hospitalizada hasta el 16 de octubre de 2003, día en que falleció a la edad de 30 años por presentar cáncer terminal y fistula recto vaginal (...) [D]e conformidad a las condiciones fácticas y los medios probatorios, la prestación del servicio no fue diligente debido a que no se realizaron los exámenes pertinentes en un tiempo sensato. En efecto, el sangrado vaginal anormal en una paciente de 30 años de edad puede corresponder, entre otras, a una patología de cáncer de útero, el cual debe ser la razón de evaluaciones oportunas y eficaces (...) De conformidad a la información brindada por los expertos en la materia y que obra en el proceso de la referencia, el lapso que transcurrió entre la primera consulta y el diagnóstico no es aceptable al margen de tal patología. [P]ara la Sala es claro que, de acuerdo con lo consignado en la historia clínica en el caso bajo análisis, el servicio de salud prestado por Saludcoop E.P.S. no fue el adecuado según la *lex artis* para asistir convenientemente a una paciente con cáncer de cérvix. Pues, hubo falta de diligencia para realizar un diagnóstico temprano de la enfermedad sufrida por la paciente y así hubiera podido iniciar de manera temprana el tratamiento adecuado con la posibilidad de ser favorable, pues de ser así, en este tipo de patologías disminuye la tasa de mortalidad.

ENTIDAD PRESTADORA DE SALUD / IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD A EPS POR DAÑO DERIVADO DE LA ACTIVIDAD

[N]o le asiste razón a la parte apelante cuando afirma que las Entidades Promotoras de Salud no pueden prestar directamente el servicio de salud y, que por tal motivo no hay lugar a declarar su responsabilidad. Pues, como quedó establecido el legislador permitió a estas instituciones prestar directa o indirectamente dicha asistencia a sus afiliados

DAÑO AUTÓNOMO DE PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD / PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD - Componentes. Elementos

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado que la pérdida de oportunidad es un daño en sí mismo con identidad y características propias, diferente de la ventaja final esperada o del perjuicio que se busca eludir y cuyo colofón es la vulneración a una expectativa legítima, la cual, debe ser reparada de acuerdo al porcentaje de probabilidad de realización de la oportunidad que se perdió (...) [L]a Sala considera que el fundamento de la pérdida de oportunidad como daño autónomo, cuenta con dos componentes, uno de certeza y otro de incertidumbre: el primero, se predica respecto de la existencia de la expectativa, toda vez que esta debe ser cierta y razonable, al igual que respecto a la privación de la misma, pues en caso de no haber intervenido el hecho

dañino infligido por el tercero, la víctima habría conservado incólume la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar un menoscabo; y, el segundo, respecto a la ganancia esperada o el perjuicio que se busca evitar, pues no se sabe a ciencia cierta si se hubiera alcanzado o evitado de no haberse extinguido la oportunidad (...) [L]a Sala precisa que los elementos del daño de pérdida de oportunidad son: *i)* Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar; *ii)* Certeza de la existencia de una oportunidad; *iii)* Certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima.

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD - Tasación / PERJUICIOS MORALES / DAÑO A LA SALUD

[L]a equidad como fundamento para cuantificar el perjuicio por la pérdida de oportunidad de sobrevida que sufrió la señora Analida Flórez Castañeda, debe, sin duda, contar con elementos objetivos que sustenten la condena, puesto que lo equitativo no debe ser confundido con lo arbitrario. En este caso, tales elementos objetivos existen en el presente proceso y están representados en la certeza que tiene la Sala, según lo dicho claramente por los médicos expertos y la experticia científica, acerca de que si el diagnóstico se hubiese hecho de manera diligente, se habría brindado un tratamiento a tiempo que habría disminuido la contingencia de complicaciones letales, de conformidad con la *lex artis*. Así las cosas, la Sala concluye que la expectativa de sobrevida que tenía la señora Analida Flórez Castañeda de escapar al evento fatal de muerte estaba cifrada alrededor de un 50% de posibilidades, índice que se aplicará a la liquidación de los perjuicios de orden material e inmaterial (...) [P]ara el caso *sub examine* si bien es cierto no se cuenta con el dictamen que determine el porcentaje que indique la gravedad de las lesiones sufridas por la señora Analida Flórez Castañeda, lo cierto es que se tiene probado que con ocasión del diagnóstico no oportuno de la enfermedad que aquella padeció, le produjo daños psicofísicos. Así las cosas, la Sala como ya en otras oportunidades lo ha hecho, acudirá al criterio de la equidad para reparar el daño. En ese entendido, la Sala considera que el perjuicio causado a la señora Analida Flórez Castañeda, de acuerdo a lo probado en el plenario, es cualitativamente equiparable a aquellas lesiones que se califican con un porcentaje igual o superior al 50%, por lo que en principio resultaría proporcional y razonable reconocer una indemnización correspondiente a 100 s.m.l.m.v. No obstante, comoquiera que el *a quo* fijó este perjuicio por la suma de doce (12) salarios mínimos legales vigentes y, no se puede desmejorar la situación del único apelante, se procederá a confirmar este valor.

MEDIDAS DE REPARACIÓN INTEGRAL / VIOLACION DEL DERECHO A LA SALUD / EXHORTO A MINISTERIO DE SALUD / DIRECTIVAS PARA REFORZAR ATENCIÓN MÉDICA OPORTUNA POR SINTOMAS DE CANCER DE ÚTERO / MUJER COMO SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN

Dado que (...) en el caso concreto fue evidente la vulneración al derecho a la salud de la señora Analida Flórez Castañeda como consecuencia de las irregularidades señaladas en la prestación del servicio, en la parte resolutive del fallo se dispondrá que el Ministerio de Salud, como ente rector en el establecimiento de políticas que protegen de manera apropiada las necesidades de los ciudadanos en la materia, adopte (...) directivas conducentes a reforzar la atención médica oportuna en aquellos casos en que se presenten síntomas o sospecha de cáncer de cérvix, teniendo en cuenta que es una enfermedad que presenta una tasa de mortalidad alta en el país. Así mismo, se insta para que adopte políticas tendientes al respecto de la integridad física, y a la consolidación de la conciencia de que la mujer es sujeto de especial protección.

NOTA DE RELATORÍA: Sentencia con salvamento de voto del magistrado Danilo Rojas Betancourth.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN "B"

Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá D. C., doce (12) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 66001-23-31-000-2005-01021-04(42803)

Actor: HÉCTOR GUEJIA GUEJIA Y OTROS

Demandado: SALUDCOOP E.P.S. EN LIQUIDACIÓN Y OTRO

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a través de Saludcoop E.P.S. en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda el 16 de junio de 2011, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. La providencia será modificada.

SÍNTESIS DEL CASO

La señora Analida Flórez Castañeda, afiliada a Saludcoop E.P.S. acudió el 3 de diciembre de 2001 a urgencias de dicha entidad en la ciudad de Pereira, por presentar un sangrado vaginal de 2 meses de evolución. El 7 de mayo de 2002, le fue practicada una ecografía pélvica cuyo resultado arrojó engrosamiento de cuello uterino. El 29 de julio de 2002, la paciente acudió nuevamente a la E.P.S por reflejar la misma sintomatología, ante lo cual, se ordenó un examen de citología, que se practicó el 6 de agosto de 2002. Posteriormente, el 26 de agosto de 2002 se ordenó una colposcopia y biopsia de cuello uterino y, una vez

obtenidos los resultados se diagnosticó carcinoma epidermoide infiltrante queratinizante -cáncer de cérvix-. El 9 de octubre de 2002, Saludcoop E.P.S. remitió a la paciente a la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge donde permaneció hospitalizada hasta el 21 de octubre del mismo año y, se realizó tratamiento de radioterapia y psiquiatría de apoyo. El 24 de septiembre de 2003, la señora Flórez Castañeda fue remitida nuevamente por Saludcoop E.P.S. a la E.S.E. donde estuvo hospitalizada hasta el 16 de octubre de 2003, día en que falleció a la edad de 30 años por presentar cáncer terminal y fistula recto vaginal.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

1. Mediante escrito presentado el 29 de septiembre de 2005, ante el Tribunal Administrativo de Risaralda, y en ejercicio de la acción de reparación directa establecida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, el señor Héctor Guejia Guejia quien actúa en nombre propio y en representación de sus hijos Jhonatan Gregorio Guejia Flórez, Juan Daniel Guejia Flórez, Valentina Guejia Flórez y María Daniela Guejia Flórez; los señores Idaly Castañeda López, Gloria del Socorro Flórez Castañeda y Sorian Gregorio Alzate Castañeda presentaron demanda en contra de Saludcoop E.P.S. y la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge con el objeto de que se acceda a las siguientes declaraciones y condenas:

1. Que se declare administrativa y solidariamente responsables a: LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE y LA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO SALUDCOOP, de todos los daños y perjuicios sufridos por IDALID (SIC) CASTAÑEDA LÓPEZ, GLORIA DEL SOCORRO FLÓREZ CASTAÑEDA, SORIAN GREGORIO ALZATE CASTAÑEDA, HÉCTOR GUEJIA GUEJIA, JHONATAN GREGORIO, JUAN DANIEL, VALENTINA y MARÍA DANIELA GUEJIA FLÓREZ, como consecuencia de la muerte de la señora ANALIDA FLÓREZ CASTAÑEDA fallecida el día 16 de octubre de 2003 a raíz del injustificado retardo y de la negación de la prestación del servicio de salud que requería y que dichas entidades se encontraban en la obligación legal de prestarle.

2. Que como consecuencia de la declaración anterior se condene a las demandadas a pagar las siguientes o similares condenas:

A. POR PERJUICIOS MORALES:

1. A título de directos perjudicados, a: HÉCTOR GUEJIA GUEJIA, JHONATAN GREGORIO GUEJIA FLÓREZ, JUAN DANIEL GUEJIA FLÓREZ, VALENTINA GUEJIA FLÓREZ, MARÍA DANIELA GUEJIA FLÓREZ en su calidad de compañero permanente e hijos de la causante o a quien o quienes sus derechos representaren al momento del fallo, la suma de cien salarios mínimos mensuales legales vigentes para cada uno de ellos (100 SMLMV), al momento de quedar en firme la sentencia.

2. A título de directos perjudicados IDALID (SIC) CASTAÑEDA LÓPEZ, GLORIA DEL SOCORRO FLÓREZ CASTAÑEDA, SORIAN GREGORIO ALZATE CASTAÑEDA en su calidad de madre y hermanos respectivamente de la causante o a quien o quienes sus derechos representaren al momento del fallo, la suma de cincuenta salarios mínimos mensuales legales vigentes para cada uno de ellos (50 SMLMV), al momento de quedar en firme la sentencia.

3. A título de herederos de la señora ANALIDA FLÓREZ CASTAÑEDA, HÉCTOR GUEJIA GUEJIA, JHONATAN GREGORIO GUEJIA FLÓREZ, JUAN DANIEL GUEJIA FLÓREZ, VALENTINA GUEJIA FLÓREZ, MARÍA DANIELA GUEJIA FLÓREZ en su calidad de compañero permanente e hijos o a quien o quienes sus derechos representaren al momento del fallo, la suma de cien salarios mínimos mensuales legales vigentes (100 SMLMV) al momento de quedar en firme la sentencia, por el daño moral sufrido por la causante durante su penosa enfermedad.

B. POR DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN: Se deben las siguientes indemnizaciones:

A HÉCTOR GUEJIA GUEJIA, JHONATAN GREGORIO GUEJIA FLÓREZ, JUAN DANIEL GUEJIA FLÓREZ, VALENTINA GUEJIA FLÓREZ, MARÍA DANIELA GUEJIA FLÓREZ en su calidad de compañero permanente e hijos, o a quien o quienes sus derechos representaren al momento del fallo, la suma de dos mil salarios mínimos mensuales legales vigentes para cada uno de ellos (2000 SMLMV) al momento de quedar en firme la sentencia.

A título de herederos de la señora ANALIDA FLÓREZ CASTAÑEDA, a HÉCTOR GUEJIA GUEJIA, JHONATAN GREGORIO GUEJIA FLÓREZ, JUAN DANIEL GUEJIA FLÓREZ, VALENTINA GUEJIA FLÓREZ, MARÍA DANIELA GUEJIA FLÓREZ en su calidad de compañero permanente e hijos, o a quien o quienes sus derechos representaren al momento del fallo, la suma de cien salarios mínimos mensuales legales vigentes (100 SMLMV) al momento de quedar en firme la sentencia por el daño a la vida de relación sufrido por la causante.

C. POR DAÑOS MATERIALES: Se debe al señor HÉCTOR GUEJIA GUEJIA en su calidad de compañero permanente o a quien o quienes sus derechos representen al momento del fallo por concepto de lucro cesante la suma de un salario mínimo mensual legal vigente desde el momento de la muerte de la señora ANALIDA FLÓREZ CASTAÑEDA y hasta que se cumpla su expectativa de vida.

4. Que se condene en costas a las demandadas.

5. Que se cumpla la sentencia al tenor de los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

2. La demanda se sustentó en los hechos sintetizados a continuación:

2.1. En diciembre de 2001, la señora Analida Flórez Castañeda en calidad de afiliada y beneficiaria de Saludcoop E.P.S., acudió a dicha institución en la ciudad de Pereira por presentar hemorragia vaginal, ante lo cual, solo hasta el 7 de mayo siguiente se ordenó practicar una ecografía, cuyo resultado reportó engrosamiento severo del cuello de la matriz y, se recomendó hacer una citología.

2.2. El 17 de septiembre de 2002, se efectuó biopsia de cérvix y endocervix bajo colposcopia, cuyo resultado reportó carcinoma epidermoide infiltrante queratinizante. Así las cosas, Saludcoop E.P.S. informó a la paciente que padecía de cáncer de cérvix y, que el tratamiento que requería no podía ser cubierto por la institución, pues se trataba de una enfermedad catastrófica y, debido a que la paciente llevaba menos de 100 semanas afiliada, aquella tenía que asumir un copago de al menos el 64% del costo total del procedimiento médico.

2.3. Posteriormente, la señora Analida Flórez Castañeda fue remitida a la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge donde le iniciaron tratamiento de radioterapia. Sin embargo, aquella no pudo continuar con el procedimiento, dado que debía cancelar un copago de ochocientos mil pesos (\$800.000) aproximadamente. Ante esta situación, acudió nuevamente a Saludcoop E.P.S. donde le manifestaron que a dicha entidad no le correspondía cubrir el costo del procedimiento.

2.4. En vista de lo anterior, la señora Analida Flórez Castañeda permaneció 8 meses sin recibir tratamiento alguno y, sufrió un detrimento progresivo a causa del cáncer padecido, pues, los modestos ingresos que percibía su compañero permanente no alcanzaban para cubrir el copago exigido.

2.5. En agosto de 2003, la señora Gloria del Socorro Flórez Castañeda en calidad de hermana de la señora Analida Flórez Castañeda, formuló acción de tutela contra Saludcoop E.P.S. y, en providencia del 3 de octubre de 2003, el

Juzgado Sexto Civil de Pereira ordenó a la institución prestar en forma inmediata e integra el tratamiento requerido.

2.6. El 16 de octubre de 2003, la señora Analida Flórez Castañeda falleció a la edad de 30 años, dado que la enfermedad que padecía se encontraba muy avanzada.

2.7. Considera la parte demandante que la atención brindada por Saludcoop E.P.S. se caracterizó por los múltiples retardos y la negativa a prestar el tratamiento que pudo haber salvado la vida de la señora Analida Flórez Castañeda.

2.8. En relación a la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge manifestó que, si bien en un principio asumió el tratamiento de radioterapia, aquel no pudo continuar, debido a que la entidad ejerció una constante presión para que la paciente efectuara el respectivo copago, pues, había sido advertida que si dicho pago no era satisfecho, no podía proseguir con la segunda parte del procedimiento.

2.9. Por consiguiente, los actores manifestaron que las entidades demandadas actuaron de manera negligente al presentarse de manera tardía el servicio y al haber negado a suministrar los servicios requeridos por la señora Analida Flórez Castañeda, pues condicionaron sus obligaciones a un copago. Tales conductas permitieron que la enfermedad progresara en forma acelerada hasta causar su muerte.

II. Trámite procesal

1. Contestación de la demanda

1.1. La E.S.E Hospital Universitario San Jorge (f. 33-42, c. 1) se opuso a las pretensiones de la demanda. Al respecto, señaló que el 9 de octubre de 2002 ingresó por urgencias la señora Analida Flórez Castañeda quien fuera remitida por Saludcoop E.P.S., quien no obstante haber recibido el tratamiento requerido,

lo abandonó. De manera libre y voluntaria, la paciente optó por acudir al procedimiento médico de la entidad promotora de salud de manera fraccionada e interrumpida.

Por otro lado, manifestó que pese a haber sido ordenado por fallo de tutela un tratamiento adecuado e íntegro ante la E.P.S., dicha entidad no facilitó ni el procedimiento radiológico, ni el procedimiento de quimioterapia, ante lo cual, fue remitida nuevamente a la E.S.E. cuando la paciente ya ostentaba un cáncer expansivo, situación que no se había presentado mientras había estado en un principio bajo la supervisión médica del hospital.

En virtud de lo anterior, propuso las excepciones de ausencia de responsabilidad administrativa e inexistencia de nexo causal entre el acto médico y el daño.

Finalmente, llamó en garantía a la compañía de seguros La Previsora S.A. con quien celebró un contrato de póliza de responsabilidad civil.

1.2. La Entidad Promotora de Salud Saludcoop (f. 59-78, c. 1) igualmente se opuso a las pretensiones de la demanda. A su juicio, no hay lugar a aplicar régimen jurídico de falla presunta comoquiera que la E.P.S no es una entidad de derecho público sino que tiene carácter particular.

Por otro lado, manifestó que no existe conducta activa u omisiva que pueda considerarse como violatoria de los deberes legales frente a la paciente Analida Flórez Castañeda, y por consiguiente, no hay lugar a declarar la responsabilidad patrimonial de la entidad.

Por último, adujo que hay una excesiva tasación de perjuicios lo que daría lugar a un enriquecimiento sin causa de la parte actora.

2. Llamamiento en garantía

2.1. Mediante providencia el 10 de noviembre de 2006, el Tribunal Administrativo de Risaralda admitió el llamamiento en garantía efectuado por la E.S.E. Hospital

Universitario San Jorge en contra de la compañía de seguros La Previsora S.A. (f. 93-94, c. 1).

2.2. La Previsora S.A. (f. 96-114, c. 1) se opuso a las pretensiones de la demanda. Manifestó que de conformidad a la historia clínica de la señora Analida Flórez Castañeda, la atención médica brindada por la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge consultó todas las orientaciones que informan la medicina sin que haya lugar a atribuir una falla del servicio al ente demandado.

Al respecto, sostuvo que mientras la paciente solicitó la atención en el centro hospitalario, se le brindó el tratamiento médico que su enfermedad requería. Sin embargo, la señora Flórez Castañeda abandonó bajo su propio riesgo el tratamiento ofrecido. Por consiguiente, al momento de su último ingreso al hospital, los recursos empleados para su estabilización ya no surtieron efecto puesto que su enfermedad ya se encontraba en etapa terminal.

3. Alegatos de conclusión

3.1. La parte actora (f. 255-261, c. 1) consideró que el diagnóstico de la señora Analida Flórez Castañeda no fue oportuno, puesto que la patología definitiva, se dio 10 meses después de haber consultado a su E.P.S. por una hemorragia vaginal. Lo anterior, impidió que haya una detección temprana del cáncer que padecía lo que impidió optimizar las posibilidades de curación o control de la enfermedad.

Además, adujo que Saludcoop E.P.S. se negó a realizar el tratamiento requerido por la paciente por tratarse de una enfermedad catastrófica y de alto costo y, comoquiera que llevaba menos de 100 semanas afiliada a la entidad, le correspondía asumir un copago de al menos el 64% del costo total, pues solamente había cotizado 36 semanas. Por consiguiente, fue remitida a la E.S.E Hospital Universitario San Jorge.

Señaló que, la señora Analida Flórez Castañeda se le realizó tratamiento de radioterapia en el hospital. Sin embargo, aquel no pudo continuar porque fue

condicionado a un copago de aproximadamente ochocientos mil pesos (\$800.000) y la paciente no tenía recursos económicos para cubrirlo. Así las cosas, durante el término que estuvo sin terapia, la enfermedad progresó y terminó con su deceso.

Todo lo anterior constituye una falla del servicio de las entidades demandadas, puesto que de conformidad al Acuerdo 260 de 2004, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, las enfermedades catastróficas o de alto costo no están sujetas a copago. Por consiguiente, en ningún caso pueden convertirse en una barrera para el acceso a los servicios médicos.

3.2. La Previsora S.A. (f. 262-273, c. 1) manifestó que entre la atención que le brindó la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge y el fallecimiento de la señora Analida Flórez Castañeda no hay relación de causalidad, dado que la paciente por su propia voluntad abandonó el procedimiento médico que se ejecutaba.

Asimismo, adujo que Saludcoop E.P.S. quien informó a la doliente que no estaba en la obligación de prestar el tratamiento, y pese a dicha negativa en cumplir con sus obligaciones, el hospital brindó la atención necesaria a la señora Analida Flórez Castañeda.

3.3. Saludcoop E.P.S., la E.S.E Hospital Universitario San Jorge y el Ministerio Público guardaron silencio.

4. Sentencia de primera instancia

Surtido el trámite de rigor, el Tribunal Administrativo de Risaralda profirió sentencia el 16 de junio de 2011 (f. 276-313, c. ppl.), en la cual resolvió lo siguiente:

1. Se declara no probadas las excepciones denominadas “inimputabilidad de responsabilidad” e “inexistencia de relación de causalidad” propuesta por Saludcoop EPS.

2. Se declara probada la excepción propuesta por el Hospital Universitario San Jorge de Pereira denominada “inexistencia o falta de configuración de falla del

servicio o ausencia de responsabilidad administrativa”.

3. Se declara responsable a la Entidad Promotora de Salud Organismo Cooperativo de Salud Saludcoop de todos los daños y perjuicios ocasionados con la muerte de la señora Analida Flórez Castañeda, en las circunstancias de modo, tiempo y lugar que se dejaron precisadas en la parte motiva de esta providencia.

4. Como consecuencia de la anterior declaración se condena a la Entidad Promotora de Salud Organismo Cooperativo de Salud Saludcoop a pagar por concepto de perjuicios morales a favor de Héctor Guejía Guejía (compañero permanente), Jhonatan Gregorio Guejía Flórez, Juan Daniel Guejía Flórez, Valentina Guejía Flórez y María Daniela Guejía Flórez (hijos) e Idali (sic) Castañeda López (madre), la suma de sesenta salarios mínimos mensuales legales vigentes (60 SMLMV) para cada uno de ellos. Igualmente se condena a pagar a Gloria del Socorro Flórez Castañeda y Sorian Gregorio Alzate Castañeda la suma de treinta salarios mínimos mensuales legales vigentes (30 SMLMV) para cada uno de ellos. Adicionalmente se condena a pagar, en calidad de herederos, a Héctor Guejía Guejía, Jhonatan Gregorio Guejía Flórez, Juan Daniel Guejía Flórez, Valentina Guejía Flórez, María Daniela Guejía Flórez la suma de doce (12 SMLMV) salarios mínimos mensuales legales vigentes a cada uno de ellos, por concepto de daños morales sufridos por la causante señora Analida Flórez Castañeda.

5. Se condena a la Entidad Promotora de Salud Organismo Cooperativo “Saludcoop” a pagar por concepto de perjuicios a la vida de relación a favor de Héctor Guejía Guejía, Jhonatan Guejía Flórez, Juan Daniel Guejía Flórez, Valentina Guejía Flórez, María Daniela Guejía Flórez, en calidad de herederos de la señora ANALIDA FLÓREZ CASTAÑEDA, la suma de doce salarios mínimos mensuales legales vigentes (12 SMLMV) para cada uno de ellos.

6. Niéguese las demás pretensiones de la demanda.

7. Sin condena en costas de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

8. Expídanse las copias con destino a los interesados, precisando cuál presta mérito ejecutivo.

9. Una vez en firme la anterior decisión por Secretaría, procédase con la devolución de los remanentes a que hubiere lugar y al archivo del expediente.

Al respecto, el *a quo* sostuvo que la señora Analida Flórez Castañeda padecía de cáncer de cérvix, el cual, de conformidad a las pruebas obrantes en el expediente, pudo haber sido detectado a tiempo por Saludcoop E.P.S. con un examen físico ginecológico completo. Sin embargo, su presencia fue inadvertida porque dicho procedimiento no se realizó, lo que trajo como consecuencia el retraso notable del proceso de diagnóstico.

Asimismo sostuvo que, de acuerdo a lo reseñado por los especialistas en la materia que concurrieron al proceso, un tumor de tal magnitud como el que tenía

la paciente tarda varios años en formarse. Por consiguiente, al momento en que consultó ante Saludcoop E.P.S. por hemorragia vaginal, aquel ya se encontraba presente, lo que causa desconcierto que tal hallazgo no haya sido detectado, más aún cuando la ecografía efectuada en mayo de 2002 arrojó como resultado un agrandamiento del cuello uterino y una sospecha de cáncer y, en la biopsia hecha en agosto del mismo año se detectó una masa de aspecto tumoral de 6 cm pero nada se dijo al respecto.

Así las cosas, consideró que sí hubo omisión por parte de Saludcoop E.P.S. debido a que produjo un retraso importante en la confirmación del diagnóstico y, en consecuencia, la dilación en el inicio del tratamiento fue determinante en la evolución de la patología.

Por otro lado, en relación al condicionamiento del tratamiento porque la paciente no efectuó el copago, el *a quo* estableció que no se puede derivar responsabilidad por este hecho, dado que la E.P.S. actuó de conformidad al ordenamiento jurídico.

La ley 100 de 1993, estableció que el acceso a la prestación de algunos servicios de alto costo para las personas que se afilien al sistema, podrán estar sujetos a periodos mínimos de cotización. Por su parte, el Decreto 806 de 1998, previó que los periodos mínimos de cotización para tener acceso a las enfermedades definidas como catastróficas en el POS se debe tener un máximo de 100 semanas de cotización y, por lo menos 26 semanas deben haber sido pagadas en el último año.

En tales condiciones, le asistía razón a Saludcoop E.P.S. exigir a la paciente un pago proporcional al número de semanas faltantes para completar el periodo mínimo exigido.

De otra parte, en relación a la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge sostuvo que la prestación de su servicio a favor de la señora Analida Flórez Castañeda fue eficiente y oportuna. Además, no se acreditó que el tratamiento efectuado a la paciente haya sido condicionado a la cancelación de un copago. Por

consiguiente, absolvió a esta entidad de toda responsabilidad.

Así las cosas, declaró la responsabilidad patrimonial de Saludcoop E.P.S. dado que propició la pérdida de oportunidad que tenía la señora Analida Flórez Castañeda de recuperarse si se le hubiere hecho un diagnóstico temprano y un tratamiento oportuno. Sin embargo, la condena impuesta la redujo al 40% debido a la complejidad de la enfermedad y a la culpa de la víctima, puesto que la paciente no concurrió al tratamiento de radioterapia ordenado y los posteriores seguimientos.

Por consiguiente, reconoció perjuicios morales para cada uno de los demandantes. Y por otro lado, reconoció al compañero permanente y a los hijos de la señora Analida Flórez Castañeda, a título de herederos, perjuicios morales y daños a la vida de relación.

5. Recurso de apelación

Saludcoop E.P.S. (f. 321-329, c. ppl.) solicitó que se revoque la anterior decisión y, en su lugar, se nieguen las súplicas de la demanda. Al respecto, señaló que la entidad cumplió de manera diligente con su deber de garantizar el acceso de la afiliada a los servicios de salud contenidos en el Plan Obligatorio de Salud -POS- que fue prestada por una de las IPS integrantes de su red.

Precisó que, Saludcoop E.P.S. no es una institución prestadora de servicios. En consecuencia, no participó en la intervención directa de asistencia hospitalaria prestada a la señora Analida Flórez Castañeda, más exactamente en el diagnóstico de su patología. Dicha función le correspondió a la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge.

Insistió que, las Entidades Promotoras de Salud -E.P.S.- y las Instituciones Prestadoras de Servicios -I.P.S.- son instituciones totalmente diferentes, en tanto que, a las primeras les corresponde la afiliación al sistema de seguridad social y, a las segundas les corresponde la prestación del servicio de salud a los afiliados contenidos en el Plan Obligatorio de Salud -P.O.S.-.

De la misma manera advirtió que, está acreditado que la atención de la paciente se efectuó por I.P.S. idónea para el caso clínico por intermedio de profesionales competentes para su atención.

Manifestó que, al contrario de lo establecido por el tribunal, la institución cumplió a cabalidad su deber contractual con la afiliada, dado que puso a su disposición una amplia red de instituciones prestadoras de servicios. En consecuencia consideró que, el *a quo* endilgó inadecuadamente la responsabilidad de la entidad.

Por otra parte, objetó el reconocimiento de la condena hecha por pérdida de oportunidad, debido a que en el presente caso no había garantía de recuperación de la paciente por la gravedad de la enfermedad padecida, incluso aun cuando los médicos tratantes la hubieren diagnosticado en cualquier momento de su evolución. Puso de presente que, la pérdida de oportunidad se configuró desde el momento en que la paciente de manera voluntaria decidió no concurrir a los controles y tratamientos.

Finalmente, expuso que en caso de confirmar la absolución de la entidad, hay lugar a declarar la falta de competencia por jurisdicción, dado que no ostenta naturaleza de carácter público.

6. Alegatos de conclusión

6.1. La parte demandante (f. 368-376, c. ppl.) manifestó que a las Entidades Promotoras de Salud les corresponde el control de todos los riesgos que pudieren llegarse a presentar durante la prestación del servicio. Por consiguiente, cualquier irregularidad compromete su responsabilidad, pues, están encargadas de prestar una asistencia idónea, oportuna y de calidad.

Así las cosas, no son de recibo los argumentos expuestos por Saludcoop E.P.S. en el recurso de apelación, esto es, que no es responsable por no haber prestado directamente el servicio de salud.

Por otro lado, adujo que no hay razón que justifique el retardo en la realización de los exámenes para determinar el diagnóstico de la señora Analida Flórez Castañeda, dado que el cáncer de cérvix es una de las patologías más frecuentes en las mujeres, de las que más rápidamente se debe sospechar en caso de hemorragia vaginal y una de las enfermedades que más oportunamente se debe diagnosticar y tratar para así evitar poner en peligro la vida de la persona afectada.

Finalmente, expuso que el retraso en el diagnóstico por falta de un examen físico adecuado permitió que la enfermedad evolucionara, lo que condujo a la muerte de la paciente.

6.2. El Ministerio Público (f. 378-386, c. ppl.) estableció que se presentó una falla en el servicio, toda vez que, hubo una errónea y deficiente atención médica brindada a la señora Analida Flórez Castañeda que produjo su muerte.

CONSIDERACIONES

I. Presupuestos procesales de la acción

1. De la jurisdicción, competencia y procedencia de la acción

Por ser las demandadas una entidad estatal y una persona privada que desempeñó funciones propias del Estado, como lo es la prestación del servicio público de salud, el presente asunto es de conocimiento de esta **jurisdicción** de acuerdo al llamado fuero de atracción en relación con el segundo caso. En efecto, en virtud de dicha figura de raigambre procesal, al presentarse una demanda de forma concurrente contra una entidad estatal, cuyo conocimiento corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y contra otra entidad privada, cuya jurisdicción es ordinaria, el proceso debe adelantarse ante la primera, la cual tiene jurisdicción para dilucidar sobre la responsabilidad de todas las entidades demandadas. Por lo tanto, se concluye que a esta jurisdicción le corresponde pronunciarse respecto de la responsabilidad que le

podiere ser atribuida a cualquiera de las entidades demandadas que fueron demandadas en la presente *litis*.

Por otra parte, la Corporación tiene **competencia** para conocer de este asunto en razón del recurso de apelación presentado por la parte demandada, en un proceso con vocación de segunda instancia en los términos del Decreto 597 de 1988, dado que la cuantía de la demanda, determinada por el valor de la mayor de las pretensiones, que corresponde a la reparación por daño a *la vida de relación*, supera la exigida por la norma para tal efecto¹.

Finalmente, la acción de reparación directa instaurada (artículo 86 C.C.A.) es la procedente, por cuanto las pretensiones de la demanda van encaminadas a la declaratoria de responsabilidad de la parte demandada por las acciones y omisiones atribuidas a estas y que, según la parte demandante, condujeron a la víctima no solo a una pérdida de oportunidad sino finalmente a la muerte.

Ahora bien, es importante recordar que la parte demandada, es apelante única y, en consecuencia, en virtud de la prohibición de la *no reformatio in pejus*, consagrada por el artículo 31 de la Constitución Política², debe la Sala limitarse a analizar los aspectos señalados en el recurso³ y abstenerse de desmejorar su situación.

¹ En la demanda presentada el 29 de septiembre de 2005, la pretensión de mayor valor corresponde a la solicitud de indemnización por daño a *la vida de relación* que fue estimada en 2000 S.M.L.M.V que equivalen a \$763'000.000. Por estar vigente al momento de presentación de la demanda, se aplicará el artículo 2° del Decreto 597 de 1988, que modificó el numeral 10° del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, y que dispone que la cuantía necesaria para que un proceso de reparación directa iniciado en el 2005 fuera de doble instancia, debía ser superior a \$51'730.000.

² Esta disposición estipula: “*Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.// El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.*”

³ De conformidad con lo establecido en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, “... *el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella...*”.

Al respecto, esta Corporación⁴ ha considerado que de la premisa *“la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante”* no se sigue una autorización al juez de grado para hacer el escrutinio y determinar libremente qué es lo desfavorable al recurrente, pues a renglón seguido, la norma establece una segunda prohibición complementaria, según la cual no podrá el *ad quem* enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso.

Lo anterior, sin perjuicio de que si la apelación se interpuso en relación con un aspecto global de la sentencia, en este caso, la declaratoria de responsabilidad de la entidad demandada, la Sala pueda pronunciarse sobre cada uno de los elementos que la constituyen, aunque el apelante no los hubiera controvertido expresamente, o puede modificar, en favor de la parte que solicitó expresamente que se le exonerara de responsabilidad, la liquidación de perjuicios efectuada en la sentencia de primera instancia. Al respecto, es importante insistir en que, tal como lo afirmó explícitamente la Sala Plena de la Sección Tercera en la sentencia que viene de citarse, *“es asunto de lógica elemental que el que puede lo más, puede lo menos”*.

2. De la legitimación en la causa

2.1. El señor Héctor Guejia Guejia acreditó ser el compañero permanente de la señora Analida Flórez Castañeda; Jhonatan Gregorio Guejia Flórez, Juan Daniel Guejia Flórez, Valentina Guejia Flórez y María Daniela Guejia Flórez acreditaron ser hijos de la señora Analida Flórez Castañeda; la señora Idaly Castañeda López acreditó ser la madre de la señora Analida Flórez Castañeda; y Gloria del Socorro Flórez Castañeda y Sorian Gregorio Alzate Castañeda acreditaron ser hermanos de la señora Analida Flórez Castañeda (infra párr. 21-24 del acápite de los hechos probados), de donde se infiere que tienen un interés para solicitar la indemnización por los perjuicios causados.

2.2. Por su parte, en cuanto a la legitimación por pasiva, se tiene que el daño invocado en la demanda proviene de acciones y omisiones presuntamente

⁴ Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 2012, exp. 20104, C.P. Ruth Stella Correa Palacio y de la Subsección “B”, sentencia de 26 de abril de 2012, exp. 21507, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

imputables a Saludcoop E.P.S. y la E.S.E Hospital Universitario San Jorge, razón por la cual se acredita su legitimación en la presente causa.

3. De la caducidad de la acción

En lo atinente a la caducidad de la acción, la Sala constata que en el presente caso no opera tal fenómeno, pues el daño consistente en la muerte de la señora Analida Flórez Castañeda tuvo lugar el 16 de octubre de 2003 y, la demanda se interpuso el 29 de septiembre de 2005, es decir, dentro del término previsto para tal efecto, de conformidad con el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

II. Problema jurídico

Corresponde a la Sala estudiar, en primer lugar, si la muerte de la señora Analida Flórez Castañeda resulta imputable a Saludcoop E.P.S. por la existencia de una falla del servicio por haberse presentado un diagnóstico tardío de su patología que la despojó de una oportunidad de sobrevivir. De comprobarse su responsabilidad por la pérdida de oportunidad, la Sala procederá a tasar la respectiva liquidación de los perjuicios que se deberán indemnizar.

III. Hechos probados relevantes

1. El 3 de diciembre de 2001, la señora Analida Flórez Castañeda acudió al servicio de urgencias de Saludcoop E.P.S. en la ciudad de Pereira, por presentar un sangrado vaginal de 2 meses de evolución. Una vez evaluada, se ordenó efectuar una prueba de embarazo y una ecografía pélvica. (f. 47-50 c. 2, historia clínica).

2. El 7 de mayo de 2002, en Saludcoop E.P.S. se practicó el examen de ecografía pélvica transvaginal cuyo resultado arrojó lo siguiente: *“se observó un severo engrosamiento del cuello con alteración difusa de la ecogenicidad. Dentro de las posibilidades diagnósticas a tener en cuenta, sugerimos una miomatosis difusa del cuello, pero no descartamos alguna infiltración de tipo neoplásico, por*

lo que se sugiere correlacionar con estudio citológico". (f. 40 y 51 c. 2, historia clínica).

3. El mismo día que se realizó el anterior examen, la paciente lo remitió a consulta médica y, en la historia clínica se anotó lo siguiente: *"colposcopia biopsia. No fórmula"*. (f. 40 y 51 c. 2, historia clínica).

4. El 29 de julio de 2002, la señora Analida Flórez Castañeda acudió nuevamente a consulta médica por presentar hemorragia vaginal. Una vez valorada, se ordenó realizar una citología, la cual, se efectuó el 6 de agosto de 2002 y, cuyo resultado arrojó lo siguiente: *"células epiteliales con cambios discarióticos compatibles con lesión escamosa intraepitelial de bajo grado (displasia leve). Se sugiere tomar biopsia de cérvix y endocérvix bajo colposcopia"*. (f. 51 y 46, c. 2, historia clínica).

5. El 26 de agosto de 2002, la señora Analida Flórez Castañeda acudió nuevamente a consulta médica donde se ordenó practicar un examen de colposcopia y biopsia de cuello uterino que se efectuó el 17 de septiembre de 2002 cuyo diagnóstico fue cáncer de cérvix: *"Los cortes histológicos muestran neoplasia maligna de estirpe epitelial, infiltrante constituido por grupos sólidos de células epidermoides con núcleo grande irregular, nucléolo prominente, citoplasma eosinofilo, formando queratina mitosis atípicas en moderada cantidad, escasa necrosis sin evidencia en la muestra de invasión vascular. Diagnóstico: Carcinoma epidermoide infiltrante queratinizante"* (f. 37 y 52, c. 2, historia clínica).

6. En folio 36 del cuaderno n.º 2, obra el examen de colposcopia realizado en Saludcoop E.P.S. a la señora Analida Flórez Castañeda el 11 de septiembre de 2002. En nota de revisión de ginecología de Saludcoop E.P.S. se anotó lo siguiente: *"colposcopia: lesión exofítica 6 cm"*. (f. 38, c. 2, historia clínica).

7. El 9 de octubre de 2002, la señora Analida Flórez Castañeda fue remitida por Saludcoop E.P.S. a la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge por presentar un cuadro de 1 año de sangrado vaginal, el que en un inicio era irregular pero, desde los últimos 4 meses se presentó a diario en cantidad abundante. Una vez

valorada por el ginecólogo y el oncólogo, se diagnosticó cáncer de cérvix, ante lo cual fue hospitalizada y remitida a tratamiento de radioterapia y psiquiatría para terapia de apoyo. La paciente permaneció internada hasta el 21 de octubre de 2002 (f. 10, 14, 15, 27-35c. 2 y f. 2 anexo, historia clínica).

8. El 3 de diciembre de 2002, la señora Analida Flórez Castañeda fue remitida por Saludcoop E.P.S. a la E.S.E Hospital Universitario San Jorge donde se le realizó transfusión de sangre por presentar anemia aguda (f. 11-13, c. 2, historia clínica).

9. El 20 de enero de 2003 y el 13 de febrero de 2003, a la paciente se le realizó tratamiento de radioterapia en la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge (f. 15, c. 2, historia clínica).

10. El 18 de junio de 2003, la señora Analida Flórez Castañeda fue valorada por el radioterapeuta oncólogo Arturo López de la Clínica Oncólogos del Occidente Ltda., quien en la historia clínica manifestó lo siguiente (f. 83-84, c. 2, historia clínica):

Paciente remitida por Saludcoop con un CA DE CÉRVIX, con una persistencia. La paciente fue valorada en septiembre de año pasado en el Hospital y se le decidió hacer manejo con radioterapia completó la teleterapia pero no se realizó branquiterapia y lleva casi 6 meses sin ningún tipo de tratamiento. Según veo en la historia clínica la enfermedad ha progresado y requirió la colocación de un catéter doble JJ por tener la creatinina elevada y obstrucción e hidronefrosis bilateral. Al examen físico no palpo adenopatías al examen ginecológico no hay masa como tal. La vagina está ligeramente indurada en su tercio superior. No hay secreción ni flujo fétido, pero a la palpación se encuentra bastante empastada. Al tacto vagino-rectal los parámetros son pétreos. Pienso que es una paciente que se puede rescatar con quimio y radioterapia una dosis de radiación pélvica acompañada de manejo con quimioterapia si lo permite su función renal y luego de esto completar con branquiterapia. Es de anotar que es una paciente de 30 años de edad y tiene 4 hijos menores, por lo que es alguien en quien debe intentarse de una forma importante controlar su enfermedad.

11. El 24 de septiembre de 2003, la señora Analida Flórez Castañeda fue remitida por Saludcoop E.P.S. a la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge donde permaneció hospitalizada hasta el 16 de octubre de 2003, día en que falleció a la edad de 30 años por presentar un cáncer terminal (f. 19-23, c. 2, f. 8, c. anexo, historia clínica).

12. En los antecedentes de la historia clínica se anotó que al parecer los tratamientos de radioterapia y quimioterapia fueron suspendidos porque no tenía semanas de cotización en la E.P.S. Asimismo, en las anotaciones de procedimientos y exámenes efectuados se estipuló que la paciente no hizo el tratamiento de branquiterapia y tampoco regresó (f. 19-23, c. 2, f. 8, c. anexo, historia clínica).

13. El 29 de septiembre de 2003, la señora Gloria del Socorro Flórez Castañeda en calidad de hermana de la señora Analida Flórez Castañeda y en su representación formuló acción de tutela en contra de Saludcoop E.P.S. para que le sean protegidos los derechos fundamentales a la vida, salud y dignidad humana. Solicitó que de manera inmediata se le practique la quimioterapia y radioterapias ordenadas por el médico tratante, comoquiera que, no contaba con los recursos económicos para costear el copago que exigía la entidad accionada. El 3 de octubre de 2003, el Juzgado Sexto Civil Municipal ordenó lo siguiente (f. 104, 124-128, c. 2):

ORDENAR a Saludcoop E.P.S. de Pereira, que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, se dispongan lo pertinente para prestar, en forma inmediata en su totalidad y en forma integral, a la señora Analida Flórez Castañeda, sin dilaciones injustificadas, el servicio solicitado del examen de RADIOTERAPIAS y QUIMIOTERAPIAS, debiendo suministrar los medicamentos y exámenes y tratamientos que requiera para recuperar la salud. So pena de incurrir en las sanciones establecidas en los artículos 52 y 53 del Decreto 2591 de 1991.

14. En folio 55 del cuaderno n.º 2, obra respuesta de la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge a la petición formulada por el señor Héctor Guejía Guejía el 20 de noviembre de 2003:

En relación con el derecho de petición de información, radicado en nuestra institución con el n.º 008299 del 20 de noviembre de 2003, le informo que una vez revisado lo correspondiente a las atenciones prestadas a la señora Analida Flórez Castañeda, la E.P.S Saludcoop ha cancelado las facturas que le adeudaba a la institución.

En cuanto al valor pendiente de pago por parte de la señora Analida Flórez, este asciende a la suma de ochocientos sesenta mil ciento cuarenta y ocho pesos m/cte. (\$860.148), correspondiente a los pagos compartidos de la factura n.º 383508 del 18 de noviembre de 2002.

15. En folio 92 del cuaderno n.º 2, reposa certificación en la que consta que la señora Analida Flórez Castañeda era beneficiaria de Saludcoop E.P.S.

16. En folios 135 a 138 del cuaderno n.º 2, obra el testimonio del médico Arturo López Cardona rendido el 10 de febrero de 2010 ante el a quo, del cual se destaca lo siguiente:

PREGUNTANDO: Es usted especialista especializado en el tratamiento de enfermedades oncológicas y cuál es su experiencia en dicha especialidad. CONTESTÓ: Si llevo dieciocho años en el ejercicio de la profesión. PREGUNTANDO: En qué fecha si recuerda valoró a la paciente Analida Flórez y si recuerda el concepto que emitió. CONTESTÓ: junio de 2003, una paciente que realizó un tratamiento incompleto no volvió a sus controles conmigo pero en el momento en que la valoré mi concepto era que tenía una posibilidad de tratamiento nuevamente. PREGUNTANDO: La recomendación de digamos rescatar a la paciente con quimioterapia y radioterapia y luego completar dicho tratamiento con branquiterapia que usted realizó el 18 de junio de 2003 como consta en el folio 53 frente del cd. 2 era para iniciarse en forma inmediata o se podía posponer para el mes de octubre de dicho año, es decir, ciento veinte días después. CONTESTÓ: En los tratamientos oncológicos el inicio a la mayor brevedad generalmente nos permite tener mejores resultados. PREGUNTANDO: Qué efectos genera en una paciente con este tipo de cáncer retardar cuatro meses el inicio de la quimioterapia y radioterapia. CONTESTÓ: Progresión de la enfermedad con lo que se disminuye el porcentaje de respuesta y se alteran las posibilidades de curación o control de la misma. (...) PREGUNTANDO: El cáncer de cérvix es de común ocurrencia en nuestra región y cuál es su sintomatología más frecuente. CONTESTÓ: En nuestra población femenina es uno de nuestros tumores más frecuentes lastimosamente en sus etapas iniciales no da síntomas sólo cuando el volumen tumoral adquiere una relevancia puede tener síntomas durante las relaciones sexuales o presentar sangrado, así mismo flujo vaginal fétido. PREGUNTANDO: Qué importancia tiene el diagnóstico precoz y oportuno de dicha enfermedad. CONTESTÓ: Es muy importante pues entre más temprano se detecte y se inicie el tratamiento mayores posibilidades de cura tiene el paciente. PREGUNTANDO: Según su experiencia en qué edad se genera con mayor frecuencia este tipo de enfermedad o cáncer. CONTESTÓ: Su pico de presentación es alrededor de la quinta década de la vida pero últimamente hemos visto la presentación de estos tumores en personas mucho más jóvenes incluso desde los veinte años, asociados a un contagio temprano del virus del papiloma humano. PREGUNTANDO: Si una mujer de treinta años de edad consulta por una hemorragia vaginal anormal se puede pensar en cáncer de cérvix como una posibilidad diagnóstica. CONTESTÓ: Definitivamente es una patología que se debe tener en cuenta cuando se tiene esa sintomatología. PREGUNTANDO: Si una ayuda diagnóstica como es una ecografía pélvica muestra "severo engrosamiento del cérvix con alteración difusa de su ecogenicidad" se debe sospechar de un cáncer de cérvix. CONTESTÓ: Sí. PREGUNTANDO: De conformidad a su respuesta en un paciente con historia de hemorragia vaginal anormal y hallazgos por ecografía de severo engrosamiento de la cérvix con alteraciones difusas de su ecogenicidad, se debe sospechar de cáncer de cérvix. CONTESTÓ: Sí. PREGUNTANDO: Frente a esta paciente el trámite administrativo para el inicio de su tratamiento tardó cinco meses, en este tiempo el desarrollo de su patología atentó contra el derecho a su vida. CONTESTÓ: Sí.

(...) PREGUNTANDO: Cuánto tarda un cáncer de cérvix desarrollarse como el que usted encontró en la paciente de autos. CONTESTÓ: En el caso de esta paciente es difícil establecer el tiempo pues es una mujer muy joven para presentar la lesión con la que yo valoré lo que implica que era un tumor de muy rápido crecimiento más agresivo que en mujeres mayores. (...) PREGUNTANDO: Con apoyo en la historia clínica le ruego al honorable magistrado le ponga al testigo de presente precísele al despacho las fechas en que la señora Analida Flórez Castañeda buscó atención en las instalaciones del Hospital Universitario San Jorge y si aparece en la misma historia clínica que se le haya negado la atención por no haber acreditado copagos. CONTESTÓ: No conozco la historia clínica de la paciente, yo no trabajo en el Hospital San Jorge, solamente atendí a la paciente en una consulta en Oncólogos del Occidente y emití un concepto sobre mi opinión de su tratamiento el cual se encuentra en el folio 53 frente del cd. 2. PREGUNTADO: Con apoyo en su experiencia precísele a la sala qué papel juega una paciente a la que se le diagnostica cáncer de cérvix en la efectividad del tratamiento: Si ésta tiene un papel pasivo en el mismo, totalmente activo en su seguimiento es decir si hay parámetros científicos. CONTESTÓ: Debe ser activo.

17. En folios 141 a 144 del cuaderno n.º 2, obra el testimonio del médico Jaime Marín Grisales rendido el 2 de marzo de 2010 ante el a quo, del que se destaca lo siguiente:

PREGUNTANDO: Sírvase decir al despacho cuál es su especialidad y experiencia. CONTESTÓ: Soy ginecoobstetra con especialidad en cáncer ginecológico, hice mis estudios en el Instituto de Cancerología de Bogotá con 14 años de experiencia y completo 30 años en el Hospital San Jorge como especialista. PREGUNTANDO: De conformidad con la historia clínica que reposa en el plenario, usted valoró a la paciente ANALIDA FLÓREZ CASTAÑEDA y cuál fue su diagnóstico. CONTESTÓ: Sí, yo la atendí en octubre del 2002 en el hospital y encontré en la paciente un tumor muy grande, de aspecto maligno y le expliqué muy bien que el caso era muy avanzado y que requería un tratamiento de radioterapia cuanto antes en vista de que ya no había la posibilidad de cirugía, le completé los estudios necesarios y la remití directamente a radioterapia con el fin de iniciarle lo más rápido posible el tratamiento que requería, que como dije ya no era quirúrgico. PREGUNTANDO: Qué efectos tuvo en esta paciente la no atención inmediata de su concepto médico. CONTESTÓ: En general el estado de ella, estadio 3, el tumor se había extendido a toda la pelvis, un tratamiento adecuado es el que se aplica aproximadamente en dos meses continuos, y la posibilidad de curación es de 30 a 40%, lo que no garantiza la efectividad del 100%, sin embargo veo una nota de junio 18 de 2003 (folio 53 frente), que dice que la paciente tuvo seis meses sin tratamiento y que le van a hacer tratamiento con quimio y radioterapia tratamiento de rescate, tratamiento que generalmente falla pero que es lo último para hacerle a esas pacientes que se pueden considerar terminales. PREGUNTANDO: Según su experiencia, qué tiempo tarda un cáncer de cérvix en tomar dimensiones como la de esta paciente. CONTESTÓ: El cáncer tiene una etapa muy larga, en etapa asintomática, puede ser alrededor de 10 años y una vez que se presenta un tumor puede demorarse unos 4 o 5 años adicionales para tomar el tamaño que tenía esta paciente cuando yo la examiné, de modo que estamos hablando de unos cinco años detectable en etapa clínica, clínica se refiere a que se pueda observar a simple vista. PREGUNTANDO: Según su experiencia hay alguna explicación médica para que la paciente haya consultado en varias oportunidades por hemorragia vaginal

anormal y no se le haya detectado esta masa. CONTESTÓ: Considero que por la edad de la paciente y porque el estado clínico no estaba muy comprometido en una paciente aparentemente normal, nunca se examinó por vía vaginal y se consideró como problema hormonal, y es una falla muy frecuente en medicina general y algunas veces en ginecología, que se supone causas además comunes, pero este cáncer es más frecuente en Colombia, en países subdesarrollados y de hecho toda paciente con hemorragia anormal debe ser examinada completamente. PREGUNTANDO: Teniendo en cuenta la alta tasa de cáncer de cérvix que se presenta en la región hubo un diagnóstico equivocado y un error del médico tratante al no efectuar los exámenes paraclínicos por parte del médico tratante. CONTESTÓ: Yo aclaro que cuando la vi por primera vez ya le habían hecho la biopsia y se sabía que tenía un cáncer avanzado y que ya tenía el estudio básico que es la biopsia y yo me limité a examinar en qué etapa se encontraba y a recomendar el tratamiento adecuado, esta paciente 3 o 4 años atrás se podría haber diagnosticado con una citología adecuada y una biopsia en estadio más temprano y el resultado podría haber sido mejor. PREGUNTANDO: Según su experiencia si una ecografía pélvica muestra severo engrosamiento del cérvix con alteración difusa de su ecogenicidad, se debe sospechar de un cáncer de cérvix. CONTESTÓ: Generalmente sí. Aunque el diagnóstico es muy claro por examen médico y biopsia correspondiente en el caso que estamos considerando. PREGUNTANDO: Según su experiencia es razonable que el proceso confirmatorio de cáncer de cérvix de la paciente de autos y el inicio de su tratamiento tarde cinco meses por trámites administrativos, qué efectos generó esto en su salud. CONTESTÓ: Si un tumor de esta clase, puede duplicarse en 3 o 4 meses de tamaño y en este caso que tenía 6 cm, podría tener 10 a 15 cm, lo que hace más difícil y complejo el tratamiento, piensa uno que 2 a 3 meses es un tiempo adecuado para un tratamiento oportuno, no diremos que un mes pero tampoco seis meses, además que a la paciente se le hizo un tratamiento incompleto que fue solo la terapia (radioterapia externa) y le faltó el tiempo de radioterapia interna (brankiterapia). (...) PREGUNTANDO: Según su experiencia, a la paciente se le dio el tratamiento adecuado para salvar su vida y en el término oportuno. CONTESTÓ: De acuerdo a lo anterior sucedió todo lo contrario.

18. En folios 145 a 146 del cuaderno n.º 2, obra el testimonio del médico Marco Aurelio Franco Villegas rendido el 2 de marzo de 2010 ante el a quo, del que se destaca lo siguiente:

PREGUNTADO: Sírvase decir al despacho según la nota médica registrada por Ud. en la historia clínica de la paciente, el día 21 de octubre de 2002, indique desde cuando presentaba hemorragia vaginal la misma. CONTESTANDO: Según lo que refirió la paciente ella había presentado hemorragias desde doce meses antes de consultar conmigo. PREGUNTANDO: Según su respuesta, qué hallazgos encontró usted, al efectuar el tacto vaginal y el tacto recto vaginal a la paciente. CONTESTANDO: Bueno, esta paciente tenía un tumor central de 6 cm de diámetro, según la nota de la consulta, con infiltración de sus dos tercios superiores de la cavidad vaginal y de la totalidad de los ligamentos parametriales. PREGUNTANDO: Según su experiencia en este tipo de patología que tiempo toma formar una masa de 6 cm como la que tenía la paciente, si es determinable en el tiempo. CONTESTANDO: El cáncer siendo una enfermedad crónica es de evolución muy lenta, de manera que para formar un tumor de 6 cm de diámetro puede tomar varios años desde el momento de la transformación de la primera célula y se puede cuantificar en 5 – 10 años dependiendo de la agresividad del

tumor. PREGUNTANDO: Según su experiencia hay alguna respuesta válida que determine que luego de varias consultas realizadas por la paciente donde demostraba una hemorragia severa no se haya detectado ningún tumor. CONTESTANDO: Es difícil contestar la pregunta, lo que yo creo es que en digamos los 12 a 18 meses anteriores a la consulta el tumor era claramente detectable al examen físico, y es difícil establecer cómo puede haberse pasado por alto ese hallazgo. PREGUNTANDO: La paciente cumplió con la totalidad de la branquiterapia ordenada por Ud., y si la respuesta es negativa cuales fueron las razones que ella adujo para no cumplirla. CONTESTANDO: Yo tengo claro que la paciente terminó la teleterapia y se le ordenó la branquiterapia en el año 2003, y no tengo claras las razones por la que no hizo la branquiterapia, y en las notas que yo veo en la historia no está consignada esa información. PREGUNTANDO: A la paciente se le efectuó el tratamiento completo ordenado por los especialistas de teleterapia y branquiterapia. CONTESTANDO: No, al menos en el hospital San Jorge, la branquiterapia quedó pendiente y nunca supe si se realizó por fuera del hospital el resto del tratamiento. PREGUNTANDO: A la paciente se le hizo un diagnóstico previo y un tratamiento acorde al protocolo médico en razón a su enfermedad. CONTESTANDO: Si, exactamente el protocolo establecido para una enfermedad localmente avanzada consistente en radioterapia externa en principio a la dosis y en el fraccionamiento indicados, de manera que al momento de prescribir la branquiterapia se había completado la primera fase del protocolo. PREGUNTANDO: Tiene Ud. conocimiento en razón de su actividad, cuál fue el responsable o la razón para que no se siguiera con la segunda fase del tratamiento. CONTESTANDO: No tengo conocimiento de las razones por las cuales la paciente no pudo completar sus tratamientos de acuerdo con las indicaciones médicas.

19. En folio 151 a 152 del cuaderno n.º 2, obra respuesta de información técnica sobre cáncer de cuello uterino remitida por el Instituto Nacional de Cancerología, en virtud de la solicitud hecha por el *a quo*.

20. En folios 174 a 175 del cuaderno n.º 2, obran las respuestas de un cuestionario hecho por el *a quo* y, resuelto por el médico Carlos Fernando Bonilla, especialista en ginecología oncológica del Instituto Nacional de Cancerología.

21. El señor Héctor Guejia Guejia compareció al proceso como compañero permanente de la señora Analida Flórez Castañeda quien acreditó tal condición con la declaración del señor Diego Calle Henao hecha ante el tribunal, en la que manifestó que aquel era el esposo de la causante (f. 148, c. 2).

Asimismo, obra una declaración extra juicio de las señoras Flor Marina Alzate Vélez y Luz Fanny Cadavid Alzate en la que afirmaron que el señor Héctor Guejia Guejia convivió con la señora Analida Flórez Castañeda durante doce años hasta el momento de su fallecimiento (f. 3, c. 2).

Por otro lado, se tiene un certificado expedido por Saludcoop E.P.S. en el que certifica que la señora Analida Flórez Castañeda es beneficiaria de dicha entidad y cuyo cotizante es el señor Héctor Guejia Guejia (f. 92, c. 2).

Por último, en la historia clínica de la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge de señora Analida Flórez Castañeda del 3 de diciembre de 2002, quedó registrado que su cónyuge era el señor Héctor Guejia Guejia.

22. Los menores Jhonatan Gregorio Guejia Flórez, Juan Daniel Guejia Flórez, Valentina Guejia Flórez y María Daniela Guejia Flórez son hijos de los señores Analida Flórez Castaño y Héctor Guejia Guejia (copia de los registros civiles de nacimiento, f. 4-7, c. 2).

23. La señora Idaly Castañeda López es la madre de la señora Analida Flórez Castañeda (copia del registro civil de nacimiento, f. 7, c. 2).

24. Los señores Gloria del Socorro Flórez Castañeda y Sorian Gregorio Alzate Castañeda son hermanos de la señora Analida Flórez Castañeda (copia del registro civil de nacimiento, f. 8-9, c. 2).

IV. Análisis de la Sala

Está probado en el expediente que la señora Analida Flórez Castañeda falleció el 16 de octubre de 2003, en el municipio de Pereira-Risaralda, como consecuencia de un cáncer terminal que padecía. Así consta en el registro civil de defunción (f. 2, c. 2) y su historia clínica.

La Sala precisa que el apelante sustentó su recurso con base en los siguientes argumentos: (i) Saludcoop E.P.S. no es una institución prestadora de servicios. En consecuencia, no participó en la intervención médica de la señora Analida Flórez Castañeda, más exactamente en el desarrollo del diagnóstico de su patología, puesto que su función dada su naturaleza, es la afiliación al sistema de seguridad social de salud de los individuos. Por consiguiente, el diagnóstico

médico le correspondió a la Institución Prestadora de Salud E.S.E. Hospital Universitario San Jorge, quien es la encargada de prestar los servicios contenidos en el plan obligatorio de los afiliados; (ii) no hay lugar a condenar por pérdida de oportunidad, comoquiera que no había seguridad acerca de la mejoría de la paciente, dada la gravedad de la enfermedad padecida. Además, aquella de manera voluntaria decidió no concurrir a los controles y tratamientos; (iii) en caso de confirmar la absolución de la entidad pública demandada, hay lugar a declarar la falta de competencia por jurisdicción.

En primera medida, considera la Sala que de conformidad al literal “e” del artículo 156⁵ de la Ley 100 de 1993, por medio de la cual se creó el sistema de seguridad social integral y se dictaron otras disposiciones, a las Entidades Promotoras de Salud les corresponde la afiliación de los usuarios y la administración de la prestación de los servicios de las instituciones prestadoras. Sin embargo, en la misma normatividad el legislador permitió que dichas entidades prestaran directamente los servicios de salud por medio de sus propias instituciones⁶.

De la misma manera, el artículo 177⁷ y 179⁸ *ibídem* al establecer la definición y

⁵ Artículo 156. Características básicas del sistema general de seguridad social en salud. El Sistema General de Seguridad Social en Salud tendrá las siguientes características:

(...)

e) Las Entidades Promotoras de Salud tendrán a cargo la afiliación de los usuarios y la administración de la prestación de los servicios de las Instituciones Prestadoras. Ellas están en la obligación de suministrar, dentro de los límites establecidos en el numeral 5 del artículo 180, a cualquier persona que desee afiliarse y pague la cotización o tenga el subsidio correspondiente, el Plan Obligatorio de Salud, en los términos que reglamente el gobierno.

⁶ k) Las Entidades Promotoras de Salud podrán prestar servicios directos a sus afiliados por medio de sus propias Instituciones Prestadoras de Salud, o contratar con Instituciones Prestadoras y profesionales independientes o con grupos de práctica profesional, debidamente constituidos.

⁷ Artículo 177. Definición. Las Entidades Promotoras de Salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el título III de la presente Ley.

⁸ Artículo 179. Campo de acción de las entidades promotoras de salud. Para garantizar el Plan de Salud Obligatorio a sus afiliados, las Entidades Promotoras de Salud prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las Instituciones Prestadoras y los profesionales. Para racionalizar la demanda por servicios, las Entidades Promotoras de Salud

el campo de la acción de las Entidades Promotoras de Salud, dispuso que podrán prestar el plan de salud obligatorio a sus afiliados directamente o contratar los servicios con instituciones prestadoras y profesionales.

Asimismo, se advierte que mediante sentencia C-616 de 2001 a través de la cual se estudió la exequibilidad de las normas de la Ley 100 referidas con anterioridad, la Corte Constitucional dispuso que, la facultad que tienen las Entidades Promotoras de Salud para prestar directamente el plan de salud obligatorio por medio de sus propias I.P.S no es contrario a la Constitución Política puesto que se ajusta a los valores y principios consagrados, y además, forma parte de la libertad económica. Al respecto, se destaca lo siguiente:

(...) Es necesario examinar, en primer lugar, si las normas acusadas, en cuanto que permiten a las EPS, no sólo administrar los recursos de la seguridad social, sino también prestar directamente, por medio de sus propias IPS, los servicios de salud, se ajustan a los valores, principios y normas constitucionales.

El accionante manifiesta que con la facultad otorgada a las EPS, para prestar directamente el servicio de salud por medio de sus IPS, se limita la libertad económica y se permite, que las EPS prevaliéndose de su posición dominante controlen íntegramente el mercado de los servicios de salud, privilegiando a sus propias IPS.

De conformidad con lo que sobre la materia se ha expresado en esta providencia, resulta claro que no solo no es contraria a la Constitución esa manera de disponer sobre la participación de entidades privadas en el ámbito del servicio público de la salud, sino que la garantía de la libre empresa impide que se obstaculice o prohíba a las EPS la prestación directa del servicio asistencial de salud, por medio de sus IPS, por cuanto ello forma parte de la libertad económica. En efecto, la libertad de empresa que reconoce el artículo 333 de la Constitución, tiene dos manifestaciones muy precisas en la vida social, como son la facultad de la persona de establecer su propia empresa u organización económica y la facultad de realizar una actividad económica, dentro de los límites del bien común. De ahí que, en el marco del modelo económico de la Constitución, las EPS dentro del ámbito de su libertad económica, puedan prestar directamente el servicio de asistencia médica, hospitalaria, quirúrgica y farmacéutica con sujeción a la ley. Con la separación entre la administración por parte de las EPS y la prestación de los servicios asistenciales por las IPS, el legislador, obrando dentro del ámbito de sus facultades, ha pretendido garantizar la prestación eficiente y oportuna del servicio a todos los integrantes de la comunidad. En ejercicio de su potestad de configuración legislativa el Congreso optó por una modelo en el cual dicha diferenciación funcional no impide un proceso de integración, por virtud del cual,

podrán adoptar modalidades de contratación y pago tales como capitación, protocolos o presupuestos globales fijos, de tal manera que incentiven las actividades de promoción y prevención y el control de costos. Cada Entidad Promotora deberá ofrecer a sus afiliados varias alternativas de Instituciones Prestadoras de Salud, salvo cuando la restricción de oferta lo impida, de conformidad con el reglamento que para el efecto expida el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

sin perjuicio de la autonomía que conforme a la ley debe tener cada una de las entidades, las EPS presten los servicios salud a través de sus propias IPS. Se trata de una opción política del legislador que no contraría, per se, disposiciones constitucionales, porque, dentro del contexto que se ha presentado, es claro que lo que en la regulación vigente es la excepción, habría podido ser, si así se hubiese considerado conveniente por el legislador, la regla, esto es, se habría podido diseñar un sistema conforme al cual, necesariamente, la administración del POS y la prestación de los servicios de salud debieran estar a cargo de una sola unidad operativa (...).

En virtud de lo anterior, no le asiste razón a la parte apelante cuando afirma que las Entidades Promotoras de Salud no pueden prestar directamente el servicio de salud y, que por tal motivo no hay lugar a declarar su responsabilidad. Pues, como quedó establecido el legislador permitió a estas instituciones prestar directa o indirectamente dicha asistencia a sus afiliados.

Así las cosas, de conformidad con los hechos probados se encuentra acreditado que la fase del diagnóstico de la enfermedad padecida por la señora Analida Flórez Castañeda estuvo a cargo de la Entidad Promotora de Salud aquí demandada y no de la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge.

En consecuencia, se procederá a hacer el análisis respecto de la responsabilidad de Saludcoop E.P.S. en relación a la parte inicial de la asistencia médica prestada por esta institución a la causante Analida Flórez Castañeda, relacionado con el diagnóstico de su patología, aspecto que fue objeto del recurso de apelación.

La Sala considera que, la pérdida de oportunidad es un fundamento de daño derivado de la lesión a una expectativa legítima⁹, diferente de los demás daños

⁹ Esta Subsección en decisión reciente señaló que es posible aplicar la teoría de la pérdida de oportunidad a casos donde se vulneren expectativas legítimas: *“El modo de reparación de daños antijurídicos derivados de vulneraciones a expectativas legítimas se debe enmarcar dentro de los parámetros de la oportunidad pérdida, siguiendo la premisa conocida del derecho de daños que circunscribe la indemnización de los perjuicios al daño, “solo el daño y nada más que el daño” a fin de evitar un enriquecimiento sin justa causa a favor de la víctima y no contrariar las reglas de la institución jurídica de la responsabilidad estatal: “el daño es la medida del resarcimiento”(…). //10.2.8.2.1. Teniendo en consideración que el daño se origina por la amputación de una expectativa legítima a la consolidación de un derecho, bien sea, en tratándose de una aspiración de obtener un beneficio o una ganancia -polo positivo-, o bien cuando la víctima tenía la aspiración de evitar o mitigar un perjuicio y, como consecuencia de la abstención de un tercero, dicho curso causal dañoso no fue interrumpido -polo negativo-, se debe declarar la responsabilidad del Estado y reparar dicha frustración de la expectativa*

que se le pueden infligir a una persona, como lo son, entre otros, la muerte (vida) o afectación a la integridad física, por lo que así como se estructura el proceso de atribución de estos últimos en un caso determinado, también se debe analizar la imputación de un daño derivado de una vulneración a una expectativa legítima en todos los perjuicios que de ella se puedan colegir, cuya naturaleza y magnitud varía en función del interés amputado y reclamado.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado que la pérdida de oportunidad es un daño en sí mismo con identidad y características propias, diferente de la ventaja final esperada o del perjuicio que se busca eludir y cuyo colofón es la vulneración a una expectativa legítima, la cual, debe ser reparada de acuerdo al porcentaje de probabilidad de realización de la oportunidad que se perdió¹⁰. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 11 de agosto de 2010¹¹, señaló:

La pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta éste que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio —material o inmaterial— para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento. (...):

legítima dentro de los presupuestos de la teoría de la pérdida de oportunidad cuyo monto dependerá de la mayor o menor probabilidad y cercanía de su ocurrencia”: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2015, rad. 22637, con ponencia de quien proyecta el presente fallo.

¹⁰ En la doctrina colombiana existen autores como Luis Felipe Giraldo Gómez que en su libro *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, consideran que la pérdida de oportunidad es un daño autónomo. La Subsección B de la Sección Tercera en sus diferentes pronunciamientos ha adscrito su postura a este enfoque de la pérdida de oportunidad.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, rad. 18593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Otras sentencias recientes que hacen alusión a la pérdida de oportunidad como daño autónomo son: sentencia del 14 de marzo de 2013, rad. 23632, M.P. Hernán Andrade Rincón; sentencia del 16 de julio de 2015, rad. 36634, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del “chance” en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto, frente a lo cual resulta lógico que dicha oportunidad perdida “tiene un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego, sino que ha de ser, necesariamente, inferior a él”, para su determinación (...). En consecuencia, tratándose de eventos en los cuales se accede a la reparación de la pérdida de un chance, lo indicado no puede ser el reconocimiento, en favor de la víctima, del valor total de la ventaja de la cual fue privado o del deterioro patrimonial que no pudo evitar a raíz del hecho del demandado, sino tener en cuenta que la oportunidad desaparecida tenía un valor y que es éste el que debe ser restablecido; ese valor, según antes se indicó, ha de resultar indiscutiblemente inferior a aquél que hubiere correspondido en caso de haberse demostrado el vínculo causal entre la pérdida del beneficio esperado por la víctima y el hecho de aquel a quien se imputa la correspondiente responsabilidad resarcitoria; es más, como también precedentemente se indicó, el monto de la indemnización por la pérdida de la oportunidad habrá de establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente anhelaba el afectado, en función de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino.(...) En cuanto corresponde a esta clase perjuicios, dado que ninguna incompatibilidad existe entre el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el daño autónomo consistente en la pérdida de oportunidad que aquí se ha detallado y la aflicción, angustia y congoja que en el plano puramente moral o inmaterial les generó la mencionada pérdida de oportunidad –que no los perjuicios morales por la muerte de la víctima directa– se hará un reconocimiento por este específico concepto -se subraya-

Por otra parte, esta decisión señaló los requisitos que estructuran la pérdida de oportunidad como daño autónomo indemnizable, así: (i) la certeza de la oportunidad que se pierde; (ii) la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento; y (iii) la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la obtención del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado se encontraba en condiciones fácticas y jurídicas idóneas para alcanzar el provecho por el cual propugnaba o evitar el mal del cual buscaba escapar .

Para la Sala, el alcance adecuado de la pérdida de oportunidad es aquel que la concibe como fundamento de daño, proveniente de la violación a una expectativa legítima; es natural que en muchos casos se susciten eventos de incertidumbre causal, pero esto no justifica que se instrumentalice a la pérdida de oportunidad como una herramienta para resolver este dilema, no solo porque exonera al demandante de la carga de probar la relación existente entre el hecho dañoso y

el perjuicio final, sino porque rompe la igualdad entre las partes al beneficiar a una de ellas con una presunción de causalidad que, en todo caso, será siempre improcedente¹².

Así las cosas, la Sala considera que la pérdida de oportunidad es un fundamento de daño, que si bien no tiene todas las características de un derecho subjetivo¹³, autoriza a quien ha sido objeto de una lesión a su patrimonio -material o inmaterial- a demandar la respectiva reparación, la cual será proporcional al coeficiente de oportunidad que tenía y que injustificadamente perdió. Aquí el objeto de reparación no es, en sí, la ventaja esperada o el menoscabo no evitado sino, únicamente, la extinción de una expectativa legítima, esto es, la frustración de la oportunidad en sí misma, pues si el beneficio o el mal que se quería eludir estuvieran revestidos de certeza no se podría hablar del daño consistente en la pérdida de una oportunidad, sino del daño frente a un resultado cierto cuya reparación es total y no proporcional: *se repara la pérdida del chance, no la pérdida del alea*.

Por lo anterior, la Sala considera que el fundamento de la pérdida de oportunidad como daño autónomo, cuenta con dos componentes, uno de certeza y otro de incertidumbre: el primero, se predica respecto de la existencia de la expectativa,

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 15 de agosto de 2002, rad. 11605, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez: “Y debe insistirse en que la presunción de la causalidad será siempre improcedente; aceptarla implicaría incurrir en una evidente contradicción, en la medida en que supondría la aplicación, tratándose de la responsabilidad por la prestación del servicio médico asistencial, de un régimen más gravoso para el demandado inclusive que el objetivo, dado que si bien en éste la falla del servicio no constituye un elemento estructural de la obligación de indemnizar, el nexo causal está siempre presente y la carga de su demostración corresponde al demandante, en todos los casos.”

“Nótese pues, que en punto de la prueba de la causalidad, por lo menos recientemente, esta Corporación ha aludido a “un cierto aligeramiento de la carga probatoria del demandante” respecto de los supuestos del artículo 90 de la Carta Política -dentro de los que se encuentra la causalidad-, pero no ha aludido a una presunción de causalidad, o si se quiere de responsabilidad, en virtud de la cual pudiera corresponder al demandado y no al demandante, la carga probatoria en cuestión”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de agosto de 2006. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. rad. 14.957.

¹³ Para Foulquier “un administrado es titular de un derecho subjetivo cuando cumple las condiciones que le permiten ser considerado como beneficiario del poder de exigir –reconocido por una norma general o individual, sin estar obligado a utilizar ese poder en un objetivo personal socialmente legítimo-, un cierto comportamiento de parte de la persona pública –lo que constituye el objeto de su obligación- a fin de alcanzar una ventaja moral o material que el orden jurídico ha expresamente o implícitamente considerado como lícito”: FOULQUIER, Norbert, *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Dalloz, París, 2003, p. 689.

toda vez que esta debe ser cierta y razonable, al igual que respecto a la privación de la misma, pues en caso de no haber intervenido el hecho dañino infligido por el tercero, la víctima habría conservado incólume la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar un menoscabo; y, el segundo, respecto a la ganancia esperada o el perjuicio que se busca evitar, pues no se sabe a ciencia cierta si se hubiera alcanzado o evitado de no haberse extinguido la oportunidad. Y es frente al primer componente que la pérdida de oportunidad cimienta no solo el carácter cierto y actual del daño sino que es el eje sobre el que rota la reparación proveniente de la lesión antijurídica a una expectativa legítima.

Por todo lo anterior, la Sala¹⁴ le ha atribuido, en varias decisiones, a ese primer componente las siguientes características: *i)* el bien lesionado no es propiamente un derecho subjetivo sino un interés jurídico representado en una expectativa legítima, la cual debe ser cierta, razonable y debidamente fundada, sobre la que se afirme claramente la certeza del daño; *ii)* lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o el perjuicio que se pretendía evitar; *iii)* la cuantificación del daño será proporcional al grado de probabilidad que se tenía de alcanzar el beneficio pretendido o de evitar el perjuicio final; *iv)* no existe pérdida de oportunidad cuando desaparece la posibilidad de la ganancia esperada, esto es, cuando se comprueba que esta se encuentra condicionada todavía a la ocurrencia de situaciones futuras, lo que se traduciría en un perjuicio hipotético, ajeno al daño autónomo de pérdida de oportunidad; si el beneficio final o el perjuicio eludido aún puede ser logrado o evitado, la oportunidad no estaría perdida y, por tanto, se trataría de pretensiones resarcitorias diferentes de la pérdida de oportunidad.

Elementos del daño de pérdida de oportunidad

En la decisión de la Sección Tercera del Consejo de Estado proferida el 11 de agosto de 2010¹⁵ se trajo a colación los requisitos para estructurar el daño de

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 9 de octubre de 2014, rad. 29720, con ponencia de quien proyecta el presente fallo.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, rad. 18593. Reiteración en sentencia del 30 de enero de 2013, rad. 23769, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

pérdida de oportunidad, a saber: *i)* certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde; *ii)* imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento; y *iii)* la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado.

En atención al precedente antes citado, la Sala considera necesario realizar las siguientes precisiones a efectos de reordenar los elementos constitutivos del daño de pérdida de oportunidad:

Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado. En primer lugar, para determinar si se está en presencia de un daño de pérdida de oportunidad, es necesario establecer que, en efecto, el titular de la expectativa legítima se encontraba, para el momento en que ocurre el hecho dañino, en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de evitar un perjuicio indeseado. La oportunidad debe encontrarse en un espacio caracterizado por no existir certeza de que su resultado habría beneficiado a su titular, pero tampoco en el que sólo exista la conjetura de una mera expectativa de realización o evitación. Si se tiene certeza sobre la materialización del resultado final, no es posible hablar del daño consistente en la pérdida de oportunidad sino de la privación de un beneficio cierto, o si se trata de una mera conjetura o ilusión, tampoco habría lugar a la configuración de una oportunidad por no tener la intensidad suficiente para convertirse en una probabilidad razonable de alcanzarse o evitarse. Así, el requisito de la “aleatoriedad” del resultado esperado tiene enormes incidencias en el plano de la indemnización, ya que si se trata de la infracción a un derecho cierto que iba a ingresar al patrimonio de la víctima o frente al cual se debía evitar un menoscabo, su indemnización sería total, mientras que si el truncamiento es solo respecto de la expectativa cierta y razonable de alcanzar o evitar un resultado final, la posibilidad truncada sería indemnizada en menor proporción¹⁶.

¹⁶ A propósito de la pertinencia de este elemento, la doctrina nacional ha señalado: “El requisito de la “aleatoriedad” del resultado esperado es el primer elemento que debe establecerse cuando se estudia un evento de pérdida de la oportunidad. Este requisito constituye un elemento sine qua non frente a este tipo de eventos, lo que explica que sea, tal vez, la única característica estudiada con cierta profundidad por la doctrina. // Para comenzar el estudio de este requisito es prudente comprender el significado del concepto “aleatorio”, el cual, según la definición dada en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se utiliza para referirse a algo que depende de un evento fortuito (...) Esta condición de la ocurrencia de

En ese orden de cosas, la falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado consistente en la obtención de un beneficio o la evitación de un perjuicio que se busca evitar es el *primer elemento* para proceder a estudiar los otros que se exigen para la configuración de la pérdida de oportunidad

Certeza de la existencia de una oportunidad. En segundo lugar se debe constatar que, en efecto, existía una oportunidad que se perdió. La expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente”¹⁷ de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondiente¹⁸.

eventos futuros es trasladada al campo de la pérdida de la oportunidad, campo en el que, como se ha indicado, la materialización del beneficio esperado es siempre incierta debido a que la misma pende para su configuración del acaecimiento de situaciones fortuitas, de un alea, que, como tal, no permite saber si lo esperado se va a producir o no. Es por ello que la persona efectivamente sólo tiene una esperanza en que dicha situación se produzca, para obtener así ese beneficio o evitar la pérdida. Incluso, para algunos autores, el alea es una característica de hecho de la noción de la pérdida de la oportunidad, de tal manera que la víctima debe estar en una posición donde sólo tiene unas esperanzas para obtener lo que buscaba. // Ahora bien, ese alea o evento fortuito del cual depende la ventaja esperada está representado en la verificación de múltiples factores que pueden llevar a la realización de esa esperanza. Así sucede en el caso de un enfermo que tiene una mera expectativa de recuperar su salud, lo cual no sólo va a depender de un tratamiento adecuado sino también de su respuesta al mismo, de su idiosincrasia, de un evento de la naturaleza, etc., motivo por el cual, y a pesar de que reciba un tratamiento adecuado, no se podrá afirmar con certeza si el resultado se habría o no conseguido (...). Debe, entonces, verificarse, en todos los eventos que se pretenda estudiar como supuestos de pérdida de pérdida de la oportunidad, si la ventaja esperada dependía de un evento fortuito, esto es, si pendía de un alea, pues en caso contrario no podrá seguirse con el estudio de los otros elementos de la figura, en atención a que no se tratará de un caso de pérdida de la oportunidad”. GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe *La Pérdida de la Oportunidad en la Responsabilidad Civil. Su Aplicación en el Campo de la Responsabilidad Civil Médica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 55 y 60.

¹⁷ TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance. Presupuestos. Determinación. Cuantificación*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 38-39. Citado por la sentencia del 11 de agosto de 2010 de la Sección Tercera de esta Corporación, rad. 18593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁸ “[L]a chance u oportunidad, es una posibilidad concreta que existe para obtener un beneficio. El incierto es el beneficio pero la posibilidad de intervenir es concreta, pues existe de forma indiscutible. Por eso sostenemos que existe daño jurídicamente indemnizable cuando se impide esa oportunidad o esa chance: se presenta el daño... Las dificultades pueden presentarse en la evaluación, porque lógicamente ésa no puede ser la del beneficio que posiblemente se habría obtenido sino otra muy distinta”.

MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, *Responsabilidad civil extracontractual*, Temis, Bogotá, 2003, p. 260. Por otra parte Trigo Represas señala que “[E]n efecto, si la chance aparece no sólo como posible, sino como de muy probable y de efectiva ocurrencia, de no darse el hecho dañoso, entonces sí constituye un supuesto de daño resarcible, debiendo ser cuantificada en cuanto a la posibilidad de su realización y no al monto total reclamado. // La pérdida de chance es, pues, un daño cierto en grado de probabilidad; tal probabilidad es cierta y es lo que, por lo tanto, se indemniza (...) cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por el responsable, pudiendo valorársela en sí misma con prescindencia del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad”.

TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de*

Pérdida definitiva de la oportunidad. En tercer lugar se debe acreditar la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento. Es indispensable que se tenga la certeza de que la posibilidad de acceder al beneficio o evitar el perjuicio fue arrancada definitivamente del patrimonio - material o inmaterial- del individuo tornándola en inexistente, porque si el beneficio final o el perjuicio eludido aún pendiera de la realización de una condición futura que conduzca a obtenerlo o a evitarlo, no sería posible afirmar que la oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún lograda o evitada y, por ende, se trataría de un daño hipotético o eventual¹⁹; dicho de otro modo, si bien se mantiene incólume la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir el beneficio o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido de modo irreversible, en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el “chance” aún no estaría perdido y, entonces, no habría nada por indemnizar.

Finalmente, si bien en la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado proferida el 11 de agosto de 2010²⁰, se dijo que uno de los requisitos para que pueda considerarse existente la pérdida de oportunidad como daño indemnizable es que *“la víctima [se] encuentre en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado”*, la Sala considera que este elemento debe ser replanteado por las siguientes razones:

chance, cit., p. 263. Citado por la sentencia del 11 de agosto de 2010 de la Sección Tercera de esta Corporación, rad. 18593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁹ A este respecto, la doctrina colombiana presenta este presupuesto en los siguientes términos: *“La imposibilidad de obtener la ventaja esperada es un (sic) característica sin la cual no puede solicitarse una indemnización por “pérdida de la oportunidad”, por lo cual tanto la jurisprudencia y (sic) como la doctrina acogen esta exigencia sin ningún tipo de discusión. // Ello es así por cuanto si todavía el resultado esperado puede ser alcanzado, la oportunidad no estaría perdida y, en consecuencia, no habría nada que indemnizar. (...) Pensar de manera diferente sería tanto como admitir que una persona que sigue viva y puede aún ser curada por su médico pudiese demandar a un profesional sobre el supuesto de haber perdido la posibilidad de sobrevivir; o el cliente que todavía tiene la posibilidad de que su abogado presente un recurso judicial para hacer efectivos sus derechos, solicitara la indemnización por la pérdida del proceso judicial. Estas situaciones contrastan con el sentido final de la aplicación de esta figura e irían en contravía del principio que exige la existencia de un daño para poder reclamar una reparación.//No hay necesidad de hacer mayores elucubraciones para dar por sentado que la característica analizada debe ser corroborada en todos los procesos en los que se solicita la reparación de la pérdida de una oportunidad”*: GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe *La Pérdida de la Oportunidad en la Responsabilidad Civil. Su Aplicación en el Campo de la Responsabilidad Civil Médica*, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 71 y 72.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, rad. 18593. Reiteración en sentencia del 30 de enero de 2013, rad. 23769, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

El análisis de si el afectado se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho o evitar el perjuicio por el cual propugnaba o pretendía escapar no es un elemento del daño de pérdida de oportunidad sino que constituye un criterio para definir la imputación de la entidad demandada. Lo anterior por cuanto probatoriamente puede llegar a concluirse que la víctima no se encontraba en una posición idónea a partir de la cual pueda reclamar la existencia de una pérdida de oportunidad, lo que conllevaría a configurar una causal eximente de responsabilidad estatal. Así las cosas, dicha causal exonerativa puede liberar de responsabilidad al demandado en forma total cuando la víctima con su actuación contribuyó de modo definitivo al truncamiento de la oportunidad y, por ende, debe asumir las consecuencias de su actuación, o puede demostrarse que su actuación, en asocio con el proceder del demandado, incidió de modo relevante en la pérdida de oportunidad, lo que conduciría a afirmar que se presenta un fenómeno de concausalidad, circunstancia en la cual el resultado no será, en principio, la exoneración total de responsabilidad, sino que se aplicará una reducción a la indemnización.

De esta manera la postura de la Sala apunta a sostener que el estado de idoneidad de la víctima no es un elemento del daño de la pérdida de oportunidad sino un criterio de análisis de la imputabilidad y, por ende, su estudio se aborda al momento de dilucidar la atribución del daño de pérdida de oportunidad.

Recapitulando lo anterior, la Sala precisa que los elementos del daño de pérdida de oportunidad son: *i)* Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar; *ii)* Certeza de la existencia de una oportunidad; *iii)* Certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima.

El caso concreto

La jurisprudencia de la Corporación²¹ ha señalado reiteradamente en muchas decisiones que, para que se configure una falla en materia médica es preciso que se pruebe que la atención fue deficiente o defectuosa, esto es, no se pusieron al servicio del paciente, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas, todos los recursos humanos, científicos y técnicos, o no se garantizaron los estándares de calidad establecidos por el estado del arte exigibles para recuperar o preservar la salud al momento en que ocurrió el hecho dañoso.

Análisis del primer elemento del daño de pérdida de oportunidad: falta de certeza respecto a si la señora Analida Flórez Castañeda no habría fallecido de haberse presentado un diagnóstico conforme a la *Lex artis*

Este presupuesto consiste en el carácter aleatorio del daño final, esto es, que se desconozca a ciencia cierta si la señora Analida Flórez Castañeda no habría fallecido de haber mediado una oportuna intervención del servicio médico. En el expediente se constata que la víctima acudió el 3 de diciembre de 2001 a Saludcoop E.P.S. por presentar un sangrado vaginal de 2 meses de evolución y, finalmente el 17 de septiembre de 2002 fue diagnosticada con cáncer de cérvix.

Es preciso anotar que, en el presente proceso obran los testimonios de los doctores Arturo López Cardona médico oncólogo, Jaime Marín Grisales médico ginecólogo-oncólogo y un cuestionario resuelto por el doctor Carlos Fernando Bonilla médico especialista en ginecología oncológica del Instituto Nacional de Cancerología ordenados por el *a quo*, al cual la Sala les confiere un alto valor probatorio por las calidades científico-técnicas que poseen. Sobre el interrogante de si las fallas de la entidad demandada le produjeron la muerte a la señora Analida Flórez Castañeda, precisan lo siguiente:

Con relación al testimonio del médico Arturo López Cardona, se destaca:

PREGUNTÓ: Es usted especialista especializado en el tratamiento de enfermedades oncológicas y cuál es su experiencia en dicha especialidad.

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de abril de 2011, rad. 20315, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

CONTESTÓ: Si llevo dieciocho años en el ejercicio de la profesión. PREGUNTÓ: En qué fecha si recuerda valoró a la paciente Analida Flórez y si recuerda el concepto que emitió. CONTESTÓ: junio de 2003, una paciente que realizó un tratamiento incompleto no volvió a sus controles conmigo pero en el momento en que la valoré mi concepto era que tenía una posibilidad de tratamiento nuevamente. PREGUNTANDO: La recomendación de digamos rescatar a la paciente con quimioterapia y radioterapia y luego completar dicho tratamiento con branquiterapia que usted realizó el 18 de junio de 2003 como consta en el folio 53 frente del cd. 2 era para iniciarse en forma inmediata o se podía posponer para el mes de octubre de dicho año, es decir, ciento veinte días después. CONTESTÓ: En los tratamientos oncológicos el inicio a la mayor brevedad generalmente nos permite tener mejores resultados. PREGUNTANDO: Qué efectos genera en una paciente con este tipo de cáncer retardar cuatro meses el inicio de la quimioterapia y radioterapia. CONTESTÓ: Progresión de la enfermedad con lo que se disminuye el porcentaje de respuesta y se alteran las posibilidades de curación o control de la misma. (...) PREGUNTANDO: Qué importancia tiene el diagnóstico precoz y oportuno de dicha enfermedad. CONTESTÓ: Es muy importante pues entre más temprano se detecte y se inicie el tratamiento mayores posibilidades de cura tiene el paciente.

Con relación al testimonio del médico Jaime Marín Grisales, se destaca:

PREGUNTANDO: Qué efectos tuvo en esta paciente la no atención inmediata de su concepto médico. CONTESTÓ: En general el estado de ella, estadio 3, el tumor se había extendido a toda la pelvis, un tratamiento adecuado es el que se aplica aproximadamente en dos meses continuos, y la posibilidad de curación es de 30 a 40%, lo que no garantiza la efectividad del 100%, sin embargo veo una nota de junio 18 de 2003 (folio 53 frente), que dice que la paciente tuvo seis meses sin tratamiento y que le van a hacer tratamiento con quimio y radioterapia tratamiento de rescate, tratamiento que generalmente falla pero que es lo último para hacerle a esas pacientes que se pueden considerar terminales (...).

Con relación al cuestionario resuelto por el médico Carlos Fernando Bonilla, se destaca:

(...)

RESPUESTA PREGUNTA N.º 4 - ¿Cuál es la razón científica por la que se procura la detección temprana del cáncer de cérvix. Es más fácil realizar el tratamiento. Es más barato. Es más efectivo el tratamiento en estas condiciones. Tiene algún impacto respecto de la posibilidad de vivir o morir a causa de esta patología? (f. 240, auto de pruebas)-.

La detección temprana del cáncer de cuello uterino, imprime la posibilidad de realizar un tratamiento oportuno en este grupo de pacientes, y en vista de que la detección pronta implicaría el diagnóstico de ésta enfermedad en estadios tempranos, el pronóstico eventualmente sería favorable para la paciente, disminuyendo la tasa de mortalidad por éste tipo de patologías. (...).

La Sala encuentra que, el primer componente de la pérdida de oportunidad se encuentra acreditado en el caso bajo estudio, ya que no es posible determinar

con certeza que de haber mediado un oportuno diagnóstico por Saludcoop E.P.S. se habría superado el daño final, esto es, el fallecimiento de la paciente. No es posible afirmar, entonces, con certeza que la muerte de la señora Analida Flórez Castañeda paciente pueda ser atribuida a las fallas de la entidad y no a la patología que padecía desde tiempo atrás. En efecto, al margen de que la alteración de salud requiriera una atención oportuna, inmediata, eficaz y de calidad, lo que se ha probado es que la paciente estaba involucrada en un curso patológico desfavorable, esto es, con un cáncer de cérvix, por lo que la Sala no tiene razones objetivas suficientes para concluir que el daño cuya indemnización se solicita en la demanda consistente en la muerte resulta imputable a la entidad demandada por las irregularidades cometidas.

Ahora, puede ocurrir que, dados los elementos acreditados en el expediente, aparezca que el daño imputable a la falla en la prestación del servicio médico no sea necesariamente la muerte -que es aquel invocado de forma expresa en el *petitum* de la demanda-, sino el que resulta de la pérdida de oportunidad de sobrevivida, aspecto que fue desarrollado también en la *causa petendi* de la demanda-.

Así las cosas, corresponde al juez, en ejercicio del deber que le asiste de interpretar armónicamente la demanda que le es sometida a su juicio y teniendo en cuenta los límites que le impone la prohibición de alterar su *causa petendi* y la garantía del derecho de defensa de la contraparte²², precisar el daño que, de acuerdo con los hechos acreditados en el expediente, es imputable a la entidad demandada y, por lo tanto, compromete su responsabilidad.

El actor pretende la reparación de la pérdida de oportunidad de sobrevivida de la paciente Analida Flórez Castañeda como consecuencia de un diagnóstico tardío.

²² En ese sentido, en la sentencia de la Sección Tercera de 31 de agosto de 2006, rad. 15772, M.P. Ruth Stella Correa, se afirmó: “Reitera la Sala la jurisprudencia que ha sostenido en decisiones anteriores, en las cuales se ha considerado que es deber del juez interpretar la demanda como un todo armónico, deber que no constituye una mera liberalidad sino el cumplimiento de los artículos 228 y 229 de la Constitución, que consagran como principios de la administración de justicia la prevalencia del derecho sustancial y la garantía a su acceso. La falta de técnica en la demanda no es óbice para que el juzgador desentrañe su sentido; aunque, claro está, teniendo buen cuidado de no alterar el propósito expresado por el actor y siempre que no se contravenga el derecho de defensa de la otra parte”

De acuerdo con este razonamiento y teniendo en cuenta las circunstancias que envuelven el presente caso, para que pueda configurarse la existencia del daño de pérdida de oportunidad por un diagnóstico que no fue oportuno, es menester proseguir con los otros elementos del daño de pérdida de oportunidad.

Estudio del segundo elemento del daño de pérdida de oportunidad: certeza de la existencia de una oportunidad.

La señora Analida Flórez Castañeda pese a tener cáncer de cérvix conservaba una expectativa cierta y razonable de sobrevivir al momento en que ingresó al servicio de urgencias Saludcoop E.P.S. con síntomas de sangrado vaginal lo que habría permitido realizar oportunamente un pronóstico de la evolución de la afección y contrarrestar las probabilidades de muerte. Sin embargo, dicha posibilidad desapareció de modo irreversible por causa del diagnóstico inoportuno por los profesionales de la medicina que la atendieron, con lo cual no se garantizó una atención adecuada, y en consecuencia, el chance de sobrevivir se extinguió.

En cuanto al grado de probabilidad de la expectativa legítima de sobrevivir, se encuentra plenamente demostrado en el expediente que la paciente podría haber disminuido la contingencia de las complicaciones de riesgo fatal si hubiera existido un diagnóstico oportuno y una atención médica fundada en un análisis clínico apropiado, lo que, sin duda, habría permitido evitar el evento fatal de la muerte. Al respecto, la prueba pericial aportada al proceso sostiene lo siguiente (f. 174-175, c. 2):

RESPUESTA PREGUNTA N.º 1 -¿Es el cáncer de cérvix un diagnóstico a considerar en una mujer mayor de 30 años que consulte en varias oportunidades por hemorragia vaginal anormal? (f. 240, auto de pruebas)-

Dentro de las probabilidades diagnósticas, el cáncer de cuello uterino, es una entidad a determinar dentro de los pacientes en ese grupo de edad y cuadros de hemorragia vaginal anormal.

RESPUESTA PREGUNTA N.º 2 -¿Es la citología vaginal un examen que deba solicitarse a una mujer mayor de 30 años que consulte en varias oportunidades por hemorragia vaginal anormal? (f. 240, auto de pruebas)-

La citología vaginal constituye uno de los posibles estudios a solicitar en pacientes mayores de 30 años de edad, que consulten con hemorragia vaginal anormal, así como estudios imagenológicos inclusive hormonales, (prueba de

embarazo); sin embargo la evaluación y el examen físico son primordiales en éste tipo de cuadro clínico por usted referido.

RESPUESTA A PREGUNTA N.º 3 - ¿De acuerdo a la norma técnica de detección temprana del cáncer de cuello uterino (Resolución 412 de 2000) expedida por el Ministerio de Salud (hoy Protección Social), a una mujer mayor de 30 años de edad que convive con su pareja y tiene varios hijos. Cada cuánto se le debe solicitar una citología si presenta un sangrado vaginal anormal? (f. 240, auto de pruebas)-.

Según la pregunta por usted expuesta y en particular en éste tipo de paciente debe realizar una tamización regular, según esquema para cáncer de cuello uterino, tenga o no sangrado vaginal anormal, dicha tamización, debe tener una frecuencia establecida con por lo menos una citología anual.

RESPUESTA PREGUNTA N.º 4 - ¿Cuál es la razón científica por la que se procura la detección temprana del cáncer de cérvix. Es más fácil realizar el tratamiento. Es más barato. Es más efectivo el tratamiento en estas condiciones. Tiene algún impacto respecto de la posibilidad de vivir o morir a causa de esta patología? (f. 240, auto de pruebas)-.

La detección temprana del cáncer de cuello uterino, imprime la posibilidad de realizar un tratamiento oportuno en este grupo de pacientes, y en vista de que la detección pronta implicaría el diagnóstico de ésta enfermedad en estadios tempranos, el pronóstico eventualmente sería favorable para la paciente, disminuyendo la tasa de mortalidad por éste tipo de patologías.

RESPUESTA PREGUNTA N.º 5 - ¿Cuál es la mortalidad que produce en la mujer una lesión escamosa intraepitelial de bajo grado (displasia leve) cuando se recibe el tratamiento adecuado en una forma oportuna? (f. 240, auto de pruebas)-.

La lesión escamosa intrapitelial de bajo grado (displasia leve), tiene 0% de mortalidad.

RESPUESTA PREGUNTA N.º 6 - ¿Cuál es la mortalidad que produce en la mujer un carcinoma de cérvix epidermoide infiltrante queratinizante cuando se brinda el tratamiento adecuado en forma oportuna? (f. 240, auto de pruebas)-.

La mortalidad del cáncer de cérvix epidermoide, infiltrante, queratinizante, depende del estadio en el cual se diagnostica y por consiguiente de la realización de un tratamiento oportuno.

RESPUESTA PREGUNTA N.º 7 - ¿Existe en su parecer alguna justificación científica, ética, humanística o económica que permita condicionar el tratamiento de un cáncer de cérvix a la cancelación del respectivo copago y que en razón de esta negación del servicio la enfermedad avance aceleradamente y la paciente muera? (f. 240, auto de pruebas)-.

Desde el punto de vista médico no puedo emitir conceptos en el área administrativa en cuanto a los trámites que son exigidos por las diferentes E.P.S., para el ofrecimiento y/o continuación de un tratamiento ya iniciado.

RESPUESTA PREGUNTA N.º 8 - ¿Es esperable que una paciente joven con un diagnóstico de cáncer de cérvix experimente sensaciones de depresión e ideas de temor a la muerte, o ello es un hecho absolutamente inesperado y anormal? (f. 240, auto de pruebas)-.

Es completamente esperable que una paciente a cualquier edad con diagnóstico de cáncer, experimente síntomas de labilidad emocional, eventualmente depresión y temor a la muerte; sin embargo el diagnostico este tipo de situaciones corresponde al especialista en el área de psiquiatría.

RESPUESTA PREGUNTA N.º 9 - ¿La depresión temporal que presenta una persona joven que ha sido diagnosticada con cáncer de cérvix, necesariamente indica que es mala paciente y que no colaborará en el tratamiento, o ello es un indicativo simplemente de que necesita terapia de apoyo y de solidaridad en vista de su situación? (f. 240, auto de pruebas)-.

Todas las pacientes con diagnóstico de cáncer de cuello uterino y en especial las que presentan depresión temporal deben ser manejadas y asesoradas por el grupo de psiquiatría, con el fin de dar apoyo a éste tipo de situaciones, sin que necesariamente implique que éste tipo de alteraciones interfieran con el tratamiento.

RESPUESTA PREGUNTA N.º 10

El concepto en éste punto es limitado pues considero que el especialista en psiquiatría es quien se encuentra calificado responder este tipo de inquietudes.

RESPUESTA PREGUNTA N.º 11

Ateniéndome a las notas reportadas en la historia clínica y en especial las relacionadas con el servicio de radioterapia, la paciente nunca completó el tratamiento con radioterapia y eventualmente no realizó seguimientos médicos.

Asimismo, el Instituto Nacional de Cancerología en virtud del cuestionario realizado por el *a quo* sobre la norma técnica para la detección temprana del cáncer de cuello uterino, destacó lo siguiente:

1. ¿Es esta norma técnica y dicha resolución, de obligatorio cumplimiento para las EPS? (f. 238, auto de pruebas).

R/ Esta norma técnica y su respectiva resolución son de obligatorio cumplimiento por parte de las E.P.S.

2. ¿Es la presencia de hemorragia vaginal anormal en una paciente de 30 años un signo clínico que puede hacer sospechar cáncer de cérvix? (f. 238, auto de pruebas).

R/ El sangrado vaginal anormal en una paciente de 30 años es un signo clínico inespecífico que puede corresponder a muchas patologías entre ellas a un cáncer de cuello de útero.

3. ¿Es la presencia de hemorragia vaginal anormal en una paciente de 30 años un signo clínico que haga recomendable la realización de una citología en forma inmediata? (f. 238, auto de pruebas).

R/ La citología es un procedimiento de tamización aplicable a población asintomática para detectar oportunamente lesiones pre-neoplásicas o neoplásicas. La norma en su parágrafo 5.1 (toma de citología cervico uterina) aclara: “Si en el momento de tomar la citología se observa lesión cervical tumoral visible o sintomatología de sangrados intermenstruales (metrorragias), post-coito o post-menopausico, es necesario remitir inmediatamente al ginecólogo sin esperar el resultado de la citología.

4. ¿La presencia de hemorragia vaginal no profusa contraindica la realización de una citología o esta puede practicarse en forma inmediata? (f. 238, auto de pruebas).

R/ La hemorragia vaginal no profusa no contraindica la realización de una citología.

5. Una paciente de 30 años de edad, con sangrado vaginal anormal, a la cual se le practica una eco transvaginal que señala: “se observó un severo engrosamiento del cuello con alteración difusa de la ecogenicidad. Dentro de las posibilidades diagnósticas a tener en cuenta sugerimos una miomatosis difusa del cuello pero no descartamos alguna infiltración de tipo neoplástico”, ¿el resultado de la ecografía obliga a descartar un cáncer de cérvix en forma prioritaria tomando una citología en forma inmediata?, ¿es recomendable solicitar una valoración por ginecólogo en forma rápida, sin necesidad de esperar el resultado de la citología? (f. 238, auto de pruebas).

R/ Este resultado debe analizarse dentro del contexto del cuadro clínico de la paciente y no en forma aislada, pero debe ser motivo de examen por parte del ginecólogo para descartar entre otros posibles diagnósticos el de un cáncer de cuello de útero. La citología cervico-vaginal es uno de los métodos de ayuda diagnóstica para detectar un caso de cáncer de cuello de útero, pero no es un método diagnóstico, incluso puede ser negativa (falso negativo) en presencia de un caso de cáncer de cuello de útero, por esto es recomendable, como ya se anotó, la valoración por especialista (ginecólogo) y la realización de una biopsia si lo considera necesario.

6. ¿Qué intervalo de tiempo se considera aceptable, desde el punto de vista técnico, para solicitar a una paciente de 30 años de edad con sangrado vaginal anormal, no profuso, la toma de una citología? (f. 238, auto de pruebas).

R/ En la norma no existe un tiempo aceptable o mínimo para la toma del examen después de que este ha sido aplazado por cualquier causa, pero en términos generales se acepta que no sea mayor a 30 días.

7. ¿Qué intervalo de tiempo se considera aceptable, desde el punto de vista técnico, para que el resultado de dicha citología se entregue a la paciente cuando el resultado de la misma señala la presencia de “lesión escamosa intraepitelial de bajo grado (displasia leve), se sugiere tomar biopsia de cérvix y endocervix bajo colposcopia”? (f. 238, auto de pruebas).

R/ La norma en su parágrafo 5.3 anota “la unidad de tamizaje debe realizar búsqueda activa de todas las mujeres con resultado CITOLOGÍA ANORMAL u otros casos de remisión inmediata (lesión tumoral cervical visible o sintomatología de sangrado intermenstrual, postcoito o postmenopáusico...”. Al final del mismo parágrafo anota “es importante resaltar la búsqueda activa que se debe hacer a todas aquellas mujeres que pasados los 30 días no regresen a reclamar su reporte”.

8. ¿Qué intervalo de tiempo se considera aceptable, desde el punto de vista técnico, para que solicite a la paciente una colposcopia biopsia, cuando el resultado de la citología señala la presencia de “lesión escamosa intraepitelial de bajo grado (displasia leve), se sugiere tomar biopsia de cérvix y endocervix bajo colposcopia”? (f. 238, auto de pruebas).

R/ La norma anota que debe hacerse remisión inmediata sin fijar el tiempo exacto, desde el punto de vista técnico no debería ser mayor a los 30 días.

9. ¿Qué intervalo de tiempo se considera aceptable, desde el punto de vista técnico, para que practique a la paciente la colposcopia biopsia? (f. 238, auto de pruebas).

R/ Se considera aceptable un tiempo no mayor a 30 días, pero no está explícito en la norma técnica de la resolución.

10. ¿Qué intervalo de tiempo se considera aceptable, desde el punto de vista técnico, para que se entregue a la paciente el resultado de la colposcopia biopsia? (f. 238, auto de pruebas).

R/ Tampoco está explícito el tiempo de entrega de los resultados de la biopsia pero se considera aceptable 15 días.

11. ¿Es la citología y la colposcopia biopsia un procedimiento muy costoso y complejo de realizar? (f. 238, auto de pruebas).

R/ La citología se considera un examen de bajo costo y fácil realización. La colposcopia es un examen de rutina para el estudio de la patología de cuello de útero pre-neoplásica, aceptada en la norma técnica en referencia.

12. Es cierto, tal y como se afirma en la citada norma técnica de la resolución 412 de 2000, que: “la detección precoz por citología reduce efectivamente en un 60% la incidencia y mortalidad por cáncer de cuello uterino” (f. 238, auto de pruebas).

R/ Estos datos son referencia de los países en los cuales existe programas organizados de prevención del cáncer de cuello de útero, pero no ha sido demostrada en países en vías de desarrollo como Colombia.

13. *¿Existe alguna justificación técnica o ética para que entre el momento en que una paciente de 30 años de edad consulta por primera vez por hemorragia vaginal anormal y el momento en que se practican todos los exámenes y se confirma el diagnóstico de cáncer de cérvix, transcurran 10 meses y posteriormente la paciente fallezca por esta causa? (f. 238, auto de pruebas).*

R/ La norma técnica de la resolución 412 de 2000 en su párrafo 5.4.1 dice “ante el diagnóstico de lesiones micro infiltrantes o infiltrantes es importante garantizar el acceso a instituciones de alta complejidad, en donde exista ginecólogo oncólogo certificado, en donde la paciente además de poder recibir el tratamiento quirúrgico adecuado, disponga de los recursos de radioterapia, quimioterapia, cuidados paliativos, terapia de dolor y rehabilitación, todos ellos necesarios para la atención integral de las mujeres afectadas por cáncer del cuello uterino”. Cabe anotar aquí que el pronóstico y supervivencia de la paciente depende del estadio clínico en el cual se detecta la enfermedad, así como también del tipo histológico de la lesión, ya que existen lesiones tumorales con una muy alta agresividad biológica de rápida progresión y muy pobre respuesta a los tratamientos instaurados, como es el caso de los tumores de células vidriosas y los neuroendocrinos del cuello de útero, siendo muy importante evaluar todo el conjunto del caso clínico para poder emitir juicios técnicos y éticos al respecto.

De acuerdo con lo anterior, se encuentra claramente probado que la paciente Analida Flórez Castañeda tenía una expectativa razonable de sobreponerse a su dolencia; sin embargo, la deficiente atención brindada en el servicio por parte Saludcoop E.P.S. al haber hecho un diagnóstico inoportuno o tardío le truncó dicha posibilidad de sobrevida.

Estudio del tercer elemento: pérdida definitiva de la oportunidad

La probabilidad que tenía la señora Analida Flórez Castañeda de sobrevivir se tornó en inexistente cuando Saludcoop E.P.S. no le ofreció la atención adecuada, es decir, cuando no hizo un diagnóstico oportuno, no le practicó los exámenes físicos y clínicos pertinentes a tiempo. En efecto, este se dio después de 9 meses de haber acudido a urgencias por hemorragia vaginal con evolución de 2 meses.

Respecto a la imposibilidad en que se encontraba la paciente de evitar el perjuicio por haber sido frustrada de la oportunidad de un diagnóstico oportuno, cuando ingresó por primera vez al servicio de urgencias de Saludcoop E.P.S., las declaraciones rendidas por los médicos Arturo López Cardona, Jaime Marín Grisales y Marco Aurelio Franco Villegas fueron elocuentes al afirmar:

Del testimonio del doctor Arturo López Cardona médico oncólogo, se destaca lo

siguiente:

PREGUNTANDO: Si una mujer de treinta años de edad consulta por una hemorragia vaginal anormal se puede pensar en cáncer de cérvix como una posibilidad diagnóstica. CONTESTÓ: Definitivamente es una patología que se debe tener en cuenta cuando se tiene esa sintomatología. PREGUNTANDO: Si una ayuda diagnóstica como es una ecografía pélvica muestra "severo engrosamiento del cérvix con alteración difusa de su ecogenicidad" se debe sospechar de un cáncer de cérvix. CONTESTÓ: Sí. PREGUNTANDO: De conformidad a su respuesta en un paciente con historia de hemorragia vaginal anormal y hallazgos por ecografía de severo engrosamiento de la cérvix con alteraciones difusas de su ecogenicidad, se debe sospechar de cáncer de cérvix. CONTESTÓ: Sí

Del testimonio del doctor Jaime Marín Grisales médico ginecólogo-oncólogo, se destaca lo siguiente:

PREGUNTANDO: Según su experiencia, qué tiempo tarda un cáncer de cérvix en tomar dimensiones como la de esta paciente. CONTESTÓ: El cáncer tiene una etapa muy larga, en etapa asintomática, puede ser alrededor de 10 años y una vez que se presenta un tumor puede demorarse unos 4 o 5 años adicionales para tomar el tamaño que tenía esta paciente cuando yo la examiné, de modo que estamos hablando de unos cinco años detectable en etapa clínica, clínica se refiere a que se pueda observar a simple vista. PREGUNTANDO: Según su experiencia hay alguna explicación médica para que la paciente haya consultado en varias oportunidades por hemorragia vaginal anormal y no se le haya detectado esta masa. CONTESTÓ: Considero que por la edad de la paciente y porque el estado clínico no estaba muy comprometido en una paciente aparentemente normal, nunca se examinó por vía vaginal y se consideró como problema hormonal, y es una falla muy frecuente en medicina general y algunas veces en ginecología, que se supone causas además comunes, pero este cáncer es más frecuente en Colombia, en países subdesarrollados y de hecho toda paciente con hemorragia anormal debe ser examinada completamente. PREGUNTANDO: Teniendo en cuenta la alta tasa de cáncer de cérvix que se presenta en la región hubo un diagnóstico equivocado y un error del médico tratante al no efectuar los exámenes paraclínicos por parte del médico tratante. CONTESTÓ: Yo aclaro que cuando la vi por primera vez ya le habían hecho la biopsia y se sabía que tenía un cáncer avanzado y que ya tenía el estudio básico que es la biopsia y yo me limité a examinar en qué etapa se encontraba y a recomendar el tratamiento adecuado, esta paciente 3 o 4 años atrás se podría haber diagnosticado con una citología adecuada y una biopsia en estadio más temprano y el resultado podría haber sido mejor. PREGUNTANDO: Según su experiencia si una ecografía pélvica muestra severo engrosamiento del cérvix con alteración difusa de su ecogenicidad, se debe sospechar de un cáncer de cérvix. CONTESTÓ: Generalmente sí. Aunque el diagnóstico es muy claro por examen médico y biopsia correspondiente en el caso que estamos considerando. PREGUNTANDO: Según su experiencia es razonable que el proceso confirmatorio de cáncer de cérvix de la paciente de autos y el inicio de su tratamiento tarde cinco meses por trámites administrativos, qué efectos generó esto en su salud. CONTESTÓ: Si un tumor de esta clase, puede duplicarse en 3 o 4 meses de tamaño y en este caso que tenía 6 cm, podría tener 10 a 15 cm, lo que hace más difícil y complejo el tratamiento, piensa uno que 2 a 3 meses es un

tiempo adecuado para un tratamiento oportuno, no diremos que un mes pero tampoco seis meses, además que a la paciente se le hizo un tratamiento incompleto que fue solo la terapia (radioterapia externa) y le faltó el tiempo de radioterapia interna (branquiterapia). (...) PREGUNTANDO: Según su experiencia, a la paciente se le dio el tratamiento adecuado para salvar su vida y en el término oportuno. CONTESTÓ: De acuerdo a lo anterior sucedió todo lo contrario.

Del testimonio del doctor Marco Aurelio Franco Villegas médico tratante de la paciente, se destaca lo siguiente:

PREGUNTANDO: Según su experiencia hay alguna respuesta válida que determine que luego de varias consultas realizadas por la paciente donde demostraba una hemorragia severa no se haya detectado ningún tumor. CONTESTANDO: Es difícil contestar la pregunta, lo que yo creo es que en digamos los 12 a 18 meses anteriores a la consulta el tumor era claramente detectable al examen físico, y es difícil establecer cómo puede haberse pasado por alto ese hallazgo.

Imputación del daño de pérdida de oportunidad

Para los demandantes la falla del servicio imputable a la demandada consiste en que pese a haber acudido la señora Analida Flórez Castañeda a los servicios de Saludcoop E.P.S. por presentar una hemorragia vaginal, no fue diagnosticada a tiempo, factor determinante del despojo de la pérdida de oportunidad.

Según lo dicho por la Sala²³, el elemento esencial de la responsabilidad en materia médica es la obligación que rige la praxis médica -deber funcional, de la cual surge el contenido prestacional al que están sometidas las entidades demandadas. Sobre este aspecto, la Sala no puede pasar por alto que, siguiendo lo dicho tanto por la doctrina²⁴ como por la Corporación²⁵ y teniendo en

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 27 de abril de 2011, rad. 20315, M.P. Danilo Rojas Betancourth: “A propósito de la falla en la prestación del servicio médico, la Sala ha precisado que: es necesario que se demuestre que la atención médica no cumplió con estándares de calidad fijados por el estado del arte de la ciencia médica, vigente en el momento de la ocurrencia del hecho dañoso”.

²⁴ En este sentido, los profesores López Mesa y Trigo Represas explican que “sólo se responde por error de diagnóstico cuando el mismo ha sido grave e inexcusable; como, por ejemplo, si se aplica el tratamiento de una enfermedad que el paciente no tenía, sin antes esforzarse el médico por descubrir su verdadero mal, o si se efectúa un diagnóstico superficial o inexacto, en presencia de síntomas clínicos y pese a la enérgica protesta del enfermo. Para determinar si existió error en el diagnóstico médico en la etapa de revisión y examen del paciente, deben valorarse cuáles son los medios que un buen profesional hubiera utilizado para determinar la patología como paso previo a la elección del tratamiento”: LÓPEZ DE MESA, Marcelo y TRIGO REPRESAS, Félix, *Responsabilidad civil de los profesionales*, Ed. Lexis Nexis, Bs. As., 2005,

cuenta que la actividad médica no es una actividad infalible sino una ciencia probabilística basada en hipótesis, cuyo ejercicio está sorteado por factores aleatorios, a los profesionales de la salud no se les puede exigir el deber de acertar matemáticamente en el diagnóstico o tratamiento adecuado, por lo que la falla en el servicio, objeto de censura, no es el hecho de que el personal médico no acierte en la ruta terapéutica en orden a mitigar o superar la patología, sino el que por su negligencia e impericia no agote todas las previsiones que la *lex artis* sugiere a efectos de atemperar los males sufridos por los pacientes²⁶.

Es preciso resaltar habida cuenta de que al presentarse a los servicios brindados por la Entidad Promotora de Salud, la paciente se encontraba forzosamente a disposición del personal de salud, de cuyo correcto ejercicio profesional dependía no solo que se ordenaran los procedimientos necesarios para identificar de manera temprana la patología padecida sino que se evitara o mitigara el despliegue de efectos letales no deseados, sin que esto quiera decir infalibilidad del ejercicio profesional de la medicina²⁷.

En el presente caso se tiene que, de conformidad a las condiciones fácticas y los medios probatorios, la prestación del servicio no fue diligente debido a que no

p. 478 citado por JARAMILLO, Carlos Ignacio, *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*, Ibáñez, Bogotá, 2015, p.155.

La profesora Macía Morilo pone de presente que *“El error por tanto, es un riesgo inseparable de la ciencia médica y puede producir en el contexto de una diligencia profesional, que, como hemos señalado, no genera responsabilidad. Así pues, en un contexto en que la responsabilidad se imputa a partir de un criterio de culpa, lo que motiva la responsabilidad del sanitario es su negligencia, no el error médico en sí; dicho de otra forma: una cosa es la negligencia médica y otra el error médico, si entendemos éste como el que resulta de la ausencia de saberes de la medicina -y no del médico- sobre un determinado proceso corporal, dolencia, enfermedad, sobre su cura. El error, por tanto, en sí mismo, sólo es causa de responsabilidad cuando sea ocasionado por un comportamiento negligente”*. MACÍA MORILLO, Andrea, *“La responsabilidad civil del médico en el ejercicio individual de la medicina”*, *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, Tomo IV, Derecho privado, Vol. 2, 2010 (Volumen 2), pp. 164-188, citado por Ibídem.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de febrero de 2000, rad. 11878, M.P. Alier Eduardo Hernández.

²⁶ Sobre este punto puede consultarse con interés: Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 9 de octubre de 2014, rad. 32348, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

²⁷ *“Ser idóneo es poseer suficiencia o aptitud para desempeñar una función, sin que esto implique infalibilidad, es decir, no se posee la calidad de ausencia de falla, equivocación o engaño. El juicio del médico constituye aquella facultad del entendimiento por la cual se conoce y se compara un grupo de manifestaciones clínicas, con el objeto de seguir una conducta. En el ejercicio de la medicina se parte de la base de un principio general de cuidado, el cual implica un aspecto interno (conciencia de las propias limitaciones y capacidades antes de emprender un acto médico) y otro externo (evitar acciones peligrosas y ejercer dentro del riesgo previsto)”*. GUZMÁN, F; FRANCO, E; SAAVEDRA E, *Derecho Médico Colombiano. Elementos Básicos. Responsabilidad Ética Médica Disciplinaria*, Universidad Libre, Tomo 1, Bogotá, 2006, p. 846.

se realizaron los exámenes pertinentes en un tiempo sensato. En efecto, el sangrado vaginal anormal en una paciente de 30 años de edad puede corresponder entre otras a una patología de cáncer de útero, el cual, debe ser la razón de evaluaciones oportunas y eficaces.

Así las cosas, se observa que la señora Analida Flórez Castañeda acudió el 3 de diciembre de 2001 al servicio de urgencias de Saludcoop E.P.S. por presentar un sangrado vaginal de 2 meses de evolución, ante lo cual, se ordenó una prueba de embarazo y una ecografía pélvica, la que se practicó solamente hasta el 7 de mayo de 2002 y, cuyo resultado arrojó engrosamiento del cuello. El 29 de julio de 2002, la paciente acudió nuevamente a consulta médica por hemorragia vaginal y, se ordenó practicar una citología que se efectuó hasta el 6 de agosto de 2002 y, cuyo resultado arrojó displasia leve. Por consiguiente, se sugirió una biopsia de cérvix y endocérvix. Posteriormente, el 26 de agosto de 2002, se ordenó una colposcopia y biopsia de cuello uterino que fueron practicadas el 11 de septiembre y 17 de septiembre de 2002 respectivamente y, cuyo resultado arrojó cáncer de cérvix.

De conformidad a la información brindada por los expertos en la materia y que obra en el proceso de la referencia, el lapso que transcurrió entre la primera consulta y el diagnóstico no es aceptable al margen de tal patología.

Si partimos de que **el diagnostico está constituido por “el conjunto de actos enderezados a determinar la naturaleza y trascendencia de la enfermedad padecida por la paciente, con el fin de diseñar el plan de tratamiento correspondiente, de cuya ejecución dependerá la recuperación de la salud, según las particulares condiciones de aquel”²⁸**; y cuya fase de la intervención del profesional de la salud suele comprender “*la exploración y la auscultación del enfermo y, en general la labor de elaborar cuidadosamente la anamnesis, vale decir la recopilación de datos clínicos del paciente que sean relevantes*”, para la Sala es claro que, de acuerdo con lo consignado en la historia clínica en el caso bajo análisis, el servicio de salud prestado por Saludcoop E.P.S. no fue el

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 8 de agosto del 2011, rad. 2001-00778-01, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

adecuado según la *lex artis* para asistir convenientemente a una paciente con cáncer de cérvix. Pues, hubo falta de diligencia para realizar un diagnóstico temprano de la enfermedad sufrida por la paciente y así hubiera podido iniciar de manera temprana el tratamiento adecuado con la posibilidad de ser favorable, pues de ser así, en este tipo de patologías disminuye la tasa de mortalidad.

Comoquiera que la pérdida de oportunidad reclamada por los demandantes fue consecuencia de una falla en la prestación del servicio de Saludcoop E.P.S., por lo cual está llamada a reparar a los demandantes, en la medida que la pérdida de oportunidad de sobrevida de dicha paciente le es imputable jurídicamente²⁹.

Sobre la procedencia de la causal eximente de responsabilidad consistente en el hecho exclusivo y determinante de la víctima alegado por el recurrente, la Sala observa que en el *sub lite* resulta impropio declarar su ocurrencia, en tanto no hay prueba alguna que permita inferir que la pérdida de oportunidad haya sido ocasionada por alguna circunstancia o actuación ajena a la demandada durante la etapa del diagnóstico de la patología.

Así las cosas, la pérdida de oportunidad de sobrevida de la señora Analida Flórez Castañeda comporta un daño antijurídico imputable a la E.P.S. Saludcoop E.P.S., toda vez que no se hallaba en la obligación de que se extinga su posibilidad de evitar el evento fatal, circunstancia que, necesariamente, conduce a confirmar la sentencia de primer grado y a declarar su responsabilidad.

Finalmente, el argumento expuesto por el recurrente en el recurso de apelación en relación a que hay lugar a declarar la falta de jurisdicción, la Sala estima pertinente remitirse a las consideraciones expuestas en el acápite de jurisdicción y competencia de la presente providencia.

V. La liquidación de perjuicios

²⁹ Esta Sala ha reiterado esta posición en muchos otros fallos, entre los que cabe mencionar la sentencia del 13 de noviembre de 2014, rad. 31182, con ponencia de quien proyecta el presente fallo.

En el caso concreto no hay fundamentos científicos y técnicos que permitan cuantificar el porcentaje de probabilidad que tenía la paciente de escapar del evento fatal, es decir, hay certeza sobre la pérdida de oportunidad de sobrevivir - *comprobación de los elementos de la pérdida de oportunidad*-, pero no acerca de la cuantía del perjuicio -*falta de certeza cuantitativa*-; no obstante, la Sala considera que sería inequitativo e injusto que no se profiriera condena a favor de los demandantes a sabiendas que está probado el daño.

En ese orden, la equidad como fundamento para cuantificar el perjuicio por la pérdida de oportunidad de sobrevivir que sufrió la señora Analida Flórez Castañeda, debe, sin duda, contar con elementos objetivos que sustenten la condena, puesto que lo equitativo no debe ser confundido con lo arbitrario. En este caso, tales elementos objetivos existen en el presente proceso y están representados en la certeza que tiene la Sala, según lo dicho claramente por los médicos expertos y la experticia científica, acerca de que si el diagnóstico se hubiese hecho de manera diligente, se habría brindado un tratamiento a tiempo que habría disminuido la contingencia de complicaciones letales, de conformidad con la *lex artis*.

Así las cosas, la Sala concluye que la expectativa de sobrevivir que tenía la señora Analida Flórez Castañeda de escapar al evento fatal de muerte estaba cifrada alrededor de un 50% de posibilidades, índice que se aplicará a la liquidación de los perjuicios de orden material e inmaterial.

Para la reparación del **daño moral**, en caso de muerte, la Corporación en sentencia de unificación³⁰ ha diseñado cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas.

Nivel No. 1: comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar

³⁰ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, rad. 27709, M.P. Carlos Alberto Zambrano.

(1er. grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio (100 s.m.l.m.v).

Nivel No. 2: se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 3: está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 4: aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 5: comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio. Para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva. Para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva.

La siguiente tabla recoge lo expuesto:

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Regla general en el caso de muerte	Relación afectiva conyugal y paterno filial	Relación afectiva del 2° de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 3er de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4° de consanguinidad o civil	Relación afectiva no familiar (terceros damnificados)
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

De conformidad con lo señalado en la sentencia de unificación y en atención a que en el caso concreto a la señora Analida Flórez Castañeda se le truncó una

expectativa legítima de sobrevivencia, la Sala procederá a reducir en un 50% el monto de lo reconocido en casos de muerte.

Por estar probado el lazo de parentesco con los demás demandantes, condenará a las entidades demandadas a pagar, por perjuicios morales, las siguientes sumas de dinero:

A favor de Héctor Guejia Guejia, Jhonatan Gregorio Guejia Flórez, Juan Daniel Guejia Flórez, Valentina Guejia Flórez, María Daniela Guejia Flórez e Idaly Castañeda López se les reconocerá el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

A favor de Gloria del Socorro Flórez Castañeda y Sorian Gregorio Alzate Castañeda se les reconocerá el equivalente a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

Por otro lado, comoquiera que el tribunal reconoció a Héctor Guejia Guejia, Jhonatan Gregorio Guejia Flórez, Juan Daniel Guejia Flórez, Valentina Guejia Flórez y María Daniela Guejia Flórez el valor de doce (12) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno por concepto de daños morales sufridos por la causante señora Analida Flórez Castañeda, la Sala procederá a modificar este aspecto dado que no está acreditada en el proceso su condición de herederos. Por consiguiente, dicho valor será reconocido pero a favor de la sucesión.

En relación con los perjuicios reclamados bajo la denominación de **daño a la vida de relación**, que corresponden a lo que la jurisprudencia actual denomina daño a la salud³¹, la jurisprudencia estableció los parámetros de indemnización, de acuerdo con la gravedad de la lesión, de la siguiente manera:

GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima
Igual o superior al 50%	100 SMMLV

³¹ Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia de unificación del 14 de septiembre del 2011, exp. 19031, C.P. Enrique Gil Botero.

Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80 SMMLV
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60 SMMLV
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40 SMMLV
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20 SMMLV
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10 SMMLV

Ahora bien, para el caso *sub examine* si bien es cierto no se cuenta con el dictamen que determine el porcentaje que indique la gravedad de las lesiones sufridas por la señora Analida Flórez Castañeda, lo cierto es que se tiene probado que con ocasión del diagnóstico no oportuno de la enfermedad que aquella padeció, le produjo daños psicofísicos. Así las cosas, la Sala como ya en otras oportunidades lo ha hecho³², acudirá al criterio de la equidad para reparar el daño.

En ese entendido, la Sala considera que el perjuicio causado a la señora Analida Flórez Castañeda, de acuerdo a lo probado en el plenario, es cualitativamente equiparable a aquellas lesiones que se califican con un porcentaje igual o superior al 50%, por lo que en principio resultaría proporcional y razonable reconocer una indemnización correspondiente a 100 s.m.l.m.v. No obstante, comoquiera que el *a quo* fijó este perjuicio por la suma de doce (12) salarios mínimos legales vigentes y, no se puede desmejorar la situación del único apelante, se procederá a confirmar este valor.

Por consiguiente, la Sala reconocerá una indemnización por doce (12) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la sucesión.

Por último, en lo que tiene que ver con la indemnización por **lucro cesante**, la Sala advierte que el tribunal negó esta pretensión como quiera que el demandante no desplegó la actividad probatoria suficiente para demostrar los perjuicios. Dado que no se puede agravar, empeorar o desmejorar la situación del único apelante, se procederá a confirmar este aspecto debido a que no fue objeto de apelación por el demandante.

³² Al respecto, ver, entre otras, las siguientes providencias: sentencia de 11 de agosto de 2010, Exp. 18.593, M.P. Mauricio Fajardo; sentencia de 25 de agosto de 2011, Exp. 19.718, M.P. Mauricio Fajardo; sentencia de 7 de julio de 2011, Exp. 20.139, M.P. Mauricio Fajardo; sentencia del 21 de marzo de 2012, Exp. 22.017, M.P. Mauricio Fajardo.

VI. Medidas de reparación integral

Dado que, como ya se señaló, en el caso concreto fue evidente la vulneración al derecho a la salud de la señora Analida Flórez Castañeda como consecuencia de las irregularidades señaladas en la prestación del servicio, en la parte resolutive del fallo se dispondrá que el Ministerio de Salud, como ente rector en el establecimiento de políticas que protegen de manera apropiada las necesidades de los ciudadanos en la materia, adopte la siguiente medida a título de garantía de no repetición con el fin de salvaguardar que situaciones como las del *sub judice* no se repitan:

Se exhortará al Ministerio de Salud para que, si no lo ha hecho, adopte directivas conducentes a reforzar la atención médica oportuna en aquellos casos en que se presenten síntomas o sospecha de cáncer de cérvix, teniendo en cuenta que es una enfermedad que presenta una tasa de mortalidad alta en el país. Así mismo, se insta para que adopte políticas tendientes al respecto de la integridad física, y a la consolidación de la conciencia de que la mujer es sujeto de especial protección.

VII. Costas

Comoquiera que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, debido a que ninguna procedió de esa forma en el *sub lite*, no habrá lugar a su imposición.

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

FALLA

MODIFICAR la sentencia dictada el 16 de junio de 2011 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. En su lugar, se dispone lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR patrimonial y extracontractualmente responsable a Saludcoop E.P.S. en liquidación, por la pérdida de oportunidad de sobrevida padecida por la señora Analida Flórez Castañeda.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a Saludcoop E.P.S. en liquidación a pagar a los demandantes como indemnización de perjuicios por daño moral a favor de Héctor Guejía Guejía, Jhonatan Gregorio Guejía Flórez, Juan Daniel Guejía Flórez, Valentina Guejía Flórez, María Daniela Guejía Flórez e Idaly Castañeda López el valor equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales para cada uno. Y a favor de Gloria del Socorro Flórez Castañeda y Sorian Gregorio Alzate Castañeda el valor equivalente a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno.

TERCERO: CONDENAR a Saludcoop E.P.S. en liquidación a pagar a la sucesión de Analida Flórez Castañeda las sumas equivalentes a doce (12) salarios mínimos mensuales legales vigentes por concepto de daño moral y doce (12) salarios mínimos mensuales legales vigentes por concepto de daño a la salud.

CUARTO: EXHORTAR al Ministerio de Salud para que, si no lo ha hecho, adopte directivas conducentes a reforzar la atención médica oportuna en aquellos casos en que se presenten síntomas o sospecha de cáncer de cérvix. Así mismo, se insta para que adopte políticas tendientes al respecto de la integridad física, y a la consolidación de la conciencia de que la mujer es sujeto de especial protección.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Sin condena en costas.

SÉPTIMO: CUMPLIR lo dispuesto en esta providencia, en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo y **EXPEDIR** copias con destino a las partes, con las precisiones del art. 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente

Salva voto
DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Magistrada