

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI  
Sala de Decisión Civil

Mag. Ponente: Dra. ANA LUZ ESCOBAR LOZANO

ACTA No. 63

Cali, Dos (2) de Agosto de dos mil veintiuno (2021)

I. OBJETO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación formulado por los apoderados de la **Caja de Compensación Familiar Comfandi, Servicio Occidental de Salud S.O.S. EPS y Allianz Seguros S.A.**, contra la **Sentencia de diciembre 3 de 2019** por medio de la cual, el **Juzgado Trece Civil del Circuito de Cali**, accedió a las pretensiones de la demanda en el proceso de responsabilidad civil médica instaurado contra aquellas, por **Leonavet Agredo Fuentes, Thalya Mercedes, Josimar y Melqui Addy Adrada Agredo, José Misael Adrada Latorre, Jesús Alberto Adrada López, Juan Manuel Mendoza Adrada, Alejandra Adrada Obando y Melqui Alejandro Adrada Latorre.**

II.- ANTECEDENTES.

1.- Los demandantes pretenden que se declare a **Servicio Occidental de Salud S.O.S. EPS**, a la Caja de Compensación Familiar **Comfandi** y a la aseguradora **Allianz Seguros S.A.**, civilmente responsables de pagar a los demandantes los perjuicios morales a ellos causados por la negligencia en la prestación del servicio médico al señor **José Omar Adrada Rojas (Q.E.P.D.)**.

Los hechos de la demanda se resumen en que según la historia clínica el señor **José Omar Adrada Rojas**, afiliado a la EPS S.O.S., paciente de 50 años de edad consultó desde el **10 de mayo de 2012, 17 de mayo de 2012** y el **30 de septiembre de 2012** por problemas gástricos, reflujo, disfagia y le enviaron tratamiento-

En **enero 21 de 2016** consultó por dolor a palpación del epigastrio, diagnostican **Dispepsia<sup>1</sup>**, y le recetan omeprazol, metoclopramida, se registra peso de **72.5 kg**; el **30 de junio de 2016**, vuelve a consultar con síntomas intestinales, dolor difuso en abdomen, reflujo y se registra peso de **68 Kg**, se diagnostica **gastritis no especificada** y **RGE sin esofagitis**, recetan metoclopramida y esomeprazol.

---

<sup>1</sup> Indigestión.

Las otras consultas son del **8 de julio de 2016**, donde se refieren los mismos síntomas de la cita anterior, se da el mismo diagnóstico los mismos medicamentos por 3 meses, el **5 de agosto de 2016** diagnostican **Dispepsia**, reiteran recomendaciones, el **30 de agosto de 2016**, acude porque *“estoy peor y peor”* hay dolor abdominal, pesa **67 Kg**, se ordena ecografía de hígado y vías biliares prioritaria, diagnostican **Dispepsia**, para el **15 de septiembre de 2016**, consulta por *“dolor en mesogastrio, reconsultante”* aporta ecografía de hígado y vías biliares normal, el **26 de septiembre de 2016** regresa para revisión de exámenes, *“peso 66 Kg... diagnóstico Dispepsia, anemia (..), pérdida anormal de peso* y ordenan **endoscopia digestiva superior prioritaria** que se practica el **13 de octubre de 2016** revelando una lesión de aspecto neoplásico del cuerpo gástrico proximal. El **18 de octubre** consulta por dolor, e igual sucede el **27 de octubre** de 2016 cuando le ordenan valoración por cirugía. Regresa por urgencias al día siguiente **28 de octubre de 2016**, el **30 de octubre de 2016** y el **31 de octubre de 2016** en todas por dolor abdominal y otros síntomas, y el **2 de noviembre de 2016** sale el resultado de patología *“Gran tumor gástrico ...dada la extensión de enfermedad y la magnitud de la cirugía sin lograrse resección total oncológica, alta morbilidad y mortalidad de la misma, se considera no es apto para manejo quirúrgico inicial...”* y adelantada la valoración por cirugía oncológica, se realiza el **4 de noviembre de 2016** indicando el médico que: *“se trata de un paciente con tumor gástrico inoperable”*. Siguen varias consultas por urgencias desde noviembre de 2016 hasta el **4 enero de 2017** cuando fue hospitalizado en la Clínica Valle del Lili, donde permaneció con cuidados paliativos en UCI hasta su **deceso el 27 de febrero de 2017**.

Conforme al anterior recuento de la historia clínica, los demandantes hacen descansar la culpa médica en un *“diagnóstico tardío” “falta de diagnóstico oportuno”, “retraso en el diagnóstico”* del cáncer de estómago que afectó al señor Adrada Rojas, porque pese a la recurrencia de los síntomas se le daba el mismo tratamiento de gastritis, dispepsia y reflujo gástrico y para cuando se detectó la enfermedad estaba en un estado avanzado irresecable, causándole *“pérdida de oportunidad para este paciente, pues el curso de la enfermedad pudo ser interrumpido con la intervención médica, teniendo en cuenta los métodos actuales disponibles para el tratamiento de Cáncer Gástrico diagnosticado en etapas tempranas.”*

**2.-** Notificados los entes demandados respondieron así:

2.1.- La **EPS S.O.S.**, señala que el paciente estaba afiliado al SGSSS a través de esa entidad y que los hechos de la demanda son ciertos en la medida en que son transcripciones de la historia clínica, destacando que desde mayo de 2012 hasta enero de 2016 el paciente no consultó por síntomas gástricos.

Refiere que la naturaleza de la responsabilidad médica como de medio, no de resultado, ni como actividad peligrosa y que en este caso la EPS cumplió a cabalidad sus obligaciones legales y contractuales con el paciente.

Se opone a las pretensiones y plantea como oposición: “*Inexistencia de responsabilidad civil y de obligación indemnizatoria a cargo de la EPS; Cabal cumplimiento de las obligaciones a cargo de SOS – EPS; Inexistencia de nexo causal entre el perjuicio alegado por la parte actora y el comportamiento contractual de SOS – EPS; Inexistencia de obligación por ausencia de culpa; inexistencia de nexo causal entre el actuar médico y el resultado insatisfactorio; ausencia de culpa; la atención médica se cumplió conforme a la lex artis; caso fortuito; enriquecimiento sin causa*”.

La **EPS** llamó en garantía a **Allianz Seguros S.A.**, con base en la Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales N° **022069379/0**, vigente de marzo 28 de 2017 hasta marzo 30 de 2018 con retroactividad desde febrero 12 de 2009, bajo la modalidad Claims Made, con un sub límite de cobertura para perjuicios extrapatrimoniales de \$500'000.000.

La **EPS** también llamó en garantía a la **Caja de Compensación Familiar ANDI - COMFANDI**, porque los fundamentos fácticos de la demanda se basan en la atención brindada en las IPS Comfandi Torres y Clínica Amiga de Comfandi, propiedad de la llamada.

**2.2.- La Caja de Compensación Familiar ANDI - COMFANDI**, contesta la demanda afirmando que el manejo médico estaba acorde al cuadro clínico y tiempo de evolución; que el paciente no era adherente al tratamiento como se aprecia en unas notas de la HC de Julio 21 y agosto 5 de 2016; y que los síntomas difusos obligaban a descartar otras patologías.

Se opone con unas excepciones relativas a que el cuerpo médico de las IPS actuó conforme a la lex artis, que su obligación es de medio, que el diagnóstico y tratamiento médico, brindado por Comfandi, se cumplió con validez científica, que de acuerdo con la ley no tiene responsabilidad y que le corresponde a la parte actora demostrar la culpa médica.

Ante el llamado en garantía que le hizo la **EPS S.O.S.**, reconoce que existe una relación contractual entre esa entidad y las IPS Comfandi – Torres y Clínica Amiga, donde fue atendido el señor José Omar Adrada Rojas, y que se atiene a las resultas de la relación primaria de responsabilidad entre los demandantes y la EPS sin cabida a una solidaridad vinculante con la Caja de Compensación COMFANDI.

**Comfandi** llamó en garantía a **Allianz Seguros S.A.**, con base en la Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales N° **022200987/0**, vigente de diciembre 15 de 2017 hasta diciembre 14 de 2018, que ampara los perjuicios patrimoniales que sufra el asegurado – Comfandi – “*con motivo de determinada responsabilidad civil en que incurra*”.

**2.3.- - Allianz Seguros S.A.** contesta la demanda afirmando que no le consta ninguno de los hechos que la motivan. Propone similares excepciones que las otras dos demandadas; y

respecto de los llamamientos en garantía, plantea que su obligación abarca los límites de cada una de las pólizas contratadas y que no se configuró el riesgo amparado para ninguna.

**3.-** El juez declaró no probadas las excepciones y accede a las pretensiones de la demanda. En sustento se refiere a los presupuestos de la responsabilidad médica, culpa, daño y nexo causal, que encuentra probados porque aunque la EPS cumplió con la prestación en salud al paciente en cuanto a consultas y autorizaciones, está probado que pese a la repetición de síntomas se siguió una misma conducta lo que no hizo posible detectar la causa del problema de salud que aquejaba al señor Adrada Rojas, tal como se establece con el dictamen aportado por la parte actora, que fue controvertido por la contraparte y es coherente y razonable en su conclusión de diagnóstico tardío porque no se buscaron en oportunidad las causas de la sintomatología recurrente y falta de respuesta al tratamiento y cuando se hizo, el cáncer estaba muy avanzado, conclusión reforzada con lo expresado en las guías médicas aportadas.

Dice no acoger la conclusión de inexistencia de culpa médica a que se llega en el dictamen presentado por Comfandi realizado por el dr Velásquez, por cuanto pese a su idoneidad y experiencia, el perito no tuvo en cuenta la recurrencia de los síntomas y la inoperancia del tratamiento implementado, que hacían necesario acudir a ayudas diagnósticas para establecer las causas, y no esperar a que se presentaran síntomas mandatorios y no sugestivos de cáncer gástrico, además el perito incurre en contradicciones y desconoce las guías de diagnóstico de cáncer gástrico con argumentos no válidos. Y del testimonio médico del Dr. John Pretel resalta que admite no haber revisado la historia clínica en las consultas del paciente que atendió por lo que su proceder debió ser otro distinto al que realizó.

Concluye que además de la culpa está demostrado el daño porque cuando se detectó la enfermedad el cáncer está muy avanzado, y el nexo causal entre uno y otro porque la demora en el diagnóstico fue la que dio lugar al avance de la enfermedad, por tanto la EPS y la IPS accionadas deben responder y pagar los perjuicios por daño moral ocasionados a los actores, que cuantifica teniendo en cuenta que la patología cancerígena no fue diagnosticada a tiempo porque no puede endilgarse a la EPS ni a la IPS la responsabilidad por la muerte de aquél.

Y en razón a las pólizas de seguro contratadas por aquellas entidades que les garantizan la obligación de indemnizar los perjuicios causados por ellas a los asegurados y sus términos y que la aseguradora fue demandada directamente, ordena a la aseguradora concurrir al pago de los perjuicios directamente a los demandantes *“hasta el monto de la suma asegurada y en proporción a los amparos de cada una de las pólizas, del 50% a cada una, teniendo en cuenta los deducibles pactados”*.

#### 4- Apela los demandados formulando sus reparos y sustentación, así:

##### 4.1.- La **EPS S.O.S.** por lo siguiente:

*i.-* Indebida valoración de las pruebas. El juez no analiza a cabalidad la prueba, la historia clínica, el testimonio del dr Jhon Jairo Pretel, ni el peritazgo del Dr Alvaro de Jesus Velásquez, pese a que le reconoce mayor experiencia e idoneidad que al perito de la parte demandante, quien explicó que el cáncer de estómago es asintomático y presenta síntomas cuando está avanzado, que es improbable que la enfermedad date del 2012, que los síntomas mandatorios para ordenar la endoscopia digestiva alta (EVDA) – *sangrado, obstrucción* – solo se revelan en septiembre de 2016 y los otros síntomas que presentó el paciente –*dispepsia, reflujo, dolor, en epigastrio, pérdida de peso* - son sugestivos pero no mandatorios de ese examen.

*ii.-* La sentencia es incongruente porque el juez deriva la responsabilidad médica de “*falta de oportunidad en el tratamiento*” cuando ese no es el fundamento de la demanda.

*iii.-* El juez desconoce que la obligación médica es de medio y no de resultado y que no se puede presumir la culpa.

*iv.-* No hay prueba del nexo causal entre el actuar del grupo médico ni de su culpa y el daño, además, la obligación contractual adquirida por la EPS se circunscribe a garantizar al usuario el acceso a una IPS para recibir atención en salud, autorizar coberturas de los servicios y atenciones y ello fue cumplido en forma oportuna y diligente como consta en la historia clínica.

##### 4.2.- **Comfandi** se manifiesta por:

*i.-* Indebida valoración de las pruebas. El juez no hizo una examen integral de la prueba ni una correcta ponderación de las mismas, porque existiendo dos peritos debió pesar no solo sus conceptos “*sino a los propios expertos*” y no lo hizo; además motivó su sentencia en la prueba pericial “*no perfeccionada*” que aportó la parte demandante y en “*su propia e íntima valoración interna de la prueba, pues muchas de las conclusiones de la sentencia resultaron ser deducciones propias del juez*”, sin respaldo probatorio, pues no se demuestra negligencia ni descuido en el obrar médico, por cuanto según afirma el perito Velasquez por las condiciones de la patología y su comportamiento silencioso ocurre el diagnóstico tardío, no por falta de pericia, diligencia o mala atención. Además, solo hasta septiembre de 2016 hubo indicación absoluta para ordenar la Endoscopia de vías digestivas altas y no era imperativa la remisión a un especialista.

*ii.-* El juez aplicó presunciones derivadas “*del precario conocimiento científico de los representantes legales de las demandadas*”, desconoce que las guías médicas no son vinculantes y debió decretar un careo de peritos ante las posturas contradictorias de los dos y omitió resolver la tacha de los dos testigos de la parte demandante que declararon sobre la existencia del perjuicio moral. E igualmente incurrió el funcionario en error en la dirección del proceso al aceptar una prueba pericial extemporánea de la parte actora en reemplazo de la que no fue posible evacuar con Medicina Legal cuando no asistió a la audiencia dicho perito y por la

participación porcentual en la condena por parte de la llamada en garantía, demandada también directamente. -

*iii.-* El monto reconocido como indemnización del daño moral a los demandantes es excesivo. Porque para el a-quo, “*lo que se repara no es la muerte, que era el daño alegado, sino la oportunidad de tener un tratamiento*”, lo que además de representar una incongruencia, indica que la condena es desproporcionada para una pérdida de oportunidad que no está probada.

**4.3.- - Allianz Seguros S.A.**, alega lo siguiente:

*i.-* Contrario a las conclusiones del juez, no está probada la responsabilidad médica, tal como se establece con el testimonio del médico John Pretel, con el dictamen del Dr. Álvaro de Jesús Velásquez Botero que destaca que la evolución del estado de salud del paciente no se debió a negligencia médica y la endoscopia solo fue mandatoria en septiembre de 2016 según los síntomas porque el cáncer de estómago es de difícil diagnóstico en etapa temprana.

*ii.-* El juez no tuvo en cuenta que la EPS accionada cumplió de forma diligente con sus obligaciones que se circunscriben a garantizar la atención y la prestación del servicio de salud a sus afiliados a través de las IPS contratadas al efecto, tal como se establece con la historia clínica, por lo que no puede predicarse responsabilidad para ella. Este argumento sustenta además el reparo relativo a la no realización del riesgo amparado por la aseguradora en las pólizas, por lo que no surge la obligación indemnizatoria de esa entidad. -

*iii.-* El juez impone una regla probatoria inexistente a los interrogatorios de los representantes legales de la EPS S.O.S. y de Comfandi, al indicar que constituyen indicios en su contra el que desconozcan a fondo las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se prestó la atención médica al paciente.

*iv.-* No hay claridad en la orden impartida a la aseguradora sobre el monto que debe reconocer por cada póliza, de cara a los amparos, límite máximo de responsabilidad y deducible pactado, por lo que en segunda instancia debe definirse las proporciones de la condena impartida pues no puede simplemente enunciarse la supuesta concurrencia de la aseguradora al pago, sino que debe pronunciarse sobre cada uno de los amparos, inclusive en beneficio de las víctimas directas.

Y en cuanto a la delimitación temporal de la cobertura pactada en las pólizas no fue formulada como reparo por lo que no se atiende la sustentación presentada para ella.

**5.-** En segunda instancia se dio curso a los Reparos concretos en los términos del Decreto Legislativo 806 de junio 4 de 2020 proferido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica y se pronunciaron los apelantes en los términos acabados de indicar.

Agotado el contradictorio, se sigue al análisis del recurso, recordando que la competencia del Tribunal se circunscribe a los reparos concretos formulados por los recurrentes, por lo que debe

entenderse, que los demás son puntos que escapan a la competencia de esta Corporación, conforme a lo preceptuado en el artículo 328<sup>2</sup> del Código General del Proceso.

### III.- CONSIDERACIONES.

**1.1.-** En estos asuntos en los que se debate la responsabilidad médica, este Tribunal ha venido planteando, conforme a los derroteros que marca la jurisprudencia vertida por la Corte Suprema de Justicia, que el principio general que rige la responsabilidad médica, es el de la **culpa probada**, por cuanto la relación médico – paciente, genera una obligación de medio, -*artículo 104 de la ley 1438 de 2011 modificada por el artículo 26 de la ley 1164 de 2007-*, no de resultado, circunstancia que le impone a la parte demandante la carga de demostrar la negligencia, falta de cuidado o impericia del personal médico, además de la adecuada relación causal entre la culpa y el daño, salvo el caso excepcional en que se presume la culpa, como sucede por ejemplo cuando la obligación adquirida por el profesional de la salud es de resultado.

De allí que, como tiene explicado la Corte: *“la responsabilidad por el acto médico propiamente dicho, envuelve un reproche culpabilístico respecto de la diligencia, pericia y cuidados exigibles al facultativo. El nivel de esa exigencia se configura, principalmente, a partir de lo que establecen las reglas de la lex artis ad hoc, que constituye, en ese orden de ideas, el primordial criterio de valoración de la conducta médica, junto con un patrón de comparación que no es otro que el obrar de un buen profesional”*.<sup>3</sup>

Ahora, más allá de la culpa médica, el alto tribunal ha puntualizado que en esta clase de asuntos debe verificarse el nexo causal entre esa culpa y el daño, porque el actuar del médico sólo acarreará responsabilidad si su eventual negligencia es la causa efectiva del daño. Dice: (...) *resulta pertinente hacer ver que el meollo del problema antes que, en la demostración de la culpa, está es en la relación de causalidad entre el comportamiento del médico y el daño sufrido por el paciente, (...)*.<sup>4</sup>

En cuanto al nexo causal, se han seguido diferentes teorías<sup>5</sup> hoy la de la causalidad adecuada, según la cual, tienen la categoría de causa aquellos antecedentes que de acuerdo con la experiencia, la razonabilidad, la lógica, sea el más adecuado e idóneo para producir el resultado, lo que implica que además de la culpa debe demostrarse que esa sea la causa determinante del perjuicio generado, tal como lo ha indicado la Corte al decir: *“el médico no será responsable de la culpa o falta que se le imputan, sino cuando éstas hayan sido determinantes del perjuicio causado”*<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> CGP. Artículo 328. Competencia del superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

<sup>3</sup> Sentencia 2001-00778 de agosto 8 de 2011 Cas Civil CSJ, Ref.: Expediente 2001 00778 01MP. Dr. Pedro Octavio Munar Cadena.

<sup>4</sup> entre otras, en providencia de enero 30 de 2001, Exp. 5507 MP. Dr. José Fernando Ramírez Gómez.

<sup>5</sup> Teoría de la equivalencia de las condiciones, teoría de la causa próxima, de la causa preponderante, teoría de la causa eficiente, la noción naturalística, entre otras

<sup>6</sup> CSJ, Cas Civil, Sentencia de enero 30 de 2001, MP. Dr. José Fernando Ramírez Gómez, expediente 5507

**1.2.-** E igualmente interesa a este asunto la *pérdida de la oportunidad*, que jurisprudencialmente se ha entendido que “(..) **constituye una especie de daño independiente**, provisto de unas singulares características y que, en últimas, se ve concretado en el desvanecimiento de la posibilidad de obtener una ganancia o de evitar que se produzca un evento, frustración que correlativamente, coloca a quien sufre el menoscabo en la posición de poder demandar la reparación de los perjuicios. Aquella, en sí misma considerada, causa daño a quien se privó o se frustró de ese “chance”, razón por la cual tiene un valor en sí misma, independientemente del hecho futuro, pues la lesión consistente en la desaparición absoluta de una probabilidad objetiva, posee una naturaleza cierta y directa”<sup>7</sup>.

Bajo esta perspectiva, la jurisprudencia que indemniza la pérdida de una oportunidad, admite que subsista un desconocimiento respecto de si la víctima había o no de lograr la ventaja esperada, más, sin embargo, exige que la pérdida de la ventaja sea cierta, es decir, que la oportunidad de obtenerla se haya convertido en inexistente<sup>8</sup>.

En este sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado desde la sentencia de agosto 11 de 2010, Expediente No. 18593, reiterada en sentencia de agosto 30 de 2017, de la misma Sección Expediente No. 43646, criterio que fue acogido por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de agosto 4 de 2014 Expediente No. 11001 31 03 003 1998 07770 01 - SC10261-2014 - ha señalado tres derroteros para determinar la existencia de la pérdida de oportunidad, en cada caso concreto:

“(i) **Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde**, aunque la misma envuelva un componente aleatorio, lo cual significa que esta modalidad de daño da lugar a un resarcimiento a pesar de que el bien lesionado no tiene la entidad de un derecho subjetivo —pues se trata de un mero interés legítimo, de la frustración de una expectativa, sin que ello suponga que se trata de un daño puramente eventual—, siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de ‘una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente’<sup>9</sup> de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes<sup>10</sup>;

(ii) **Imposibilidad definitiva de obtener el provecho** o de evitar el detrimento, vale decir, la probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una

<sup>7</sup> Cas. Civ. sentencia SC10261 de agosto 4 de 2014 Exp. 11001 31 03 003 1998 07770 01. MP. Dra. Margarita Cabello Blanco. Resaltado fuera de texto.

<sup>8</sup> HENAO, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 159-160.

<sup>9</sup> TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance Presupuestos. Determinación. Cuantificación*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 38-39.

<sup>10</sup> A este respecto se ha sostenido que “... la 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” (énfasis añadido). Cfr. MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, *Responsabilidad civil extracontractual*, Temis, Bogotá, 2003, p. 260. En similar sentido, 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” (subrayas fuera del texto original). Cfr. TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 263.

indemnización que el porvenir podría convertir en indebida<sup>11</sup>; lo expuesto se antoja lógico en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el “chance” aún no estaría perdido y nada habría por indemnizar; por tanto, si bien se mantiene la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir la ganancia o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido definitivamente del patrimonio —material o inmaterial— del individuo porque dichos resultados ya no podrán ser alcanzados jamás. (..)

**(iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado**, es decir que debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba, posición jurídica que ‘no existe cuando quien se pretende damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida’<sup>12</sup>.

2.- Corresponde a la Sala, determinar si el *a-quo* incurrió en la indebida valoración probatoria, incongruencia y omisión de pronunciamiento respecto de algunos extremos de la Litis, como reprochan los apelantes, en este asunto en el que los demandantes atribuyen la responsabilidad médica a las entidades de salud demandadas, por el “**RETRASO EN EL DIAGNOSTICO de un ADENOCARCINOMA DE ESTOMAGO**”<sup>13</sup>, esto es, por el diagnóstico tardío de un cáncer gástrico al señor José Omar Adrada Rojas que implicó una pérdida de oportunidad de interrumpir el proceso de la enfermedad en etapas tempranas, generándole a ellos un perjuicio moral por el sufrimiento que esa situación del paciente les causó.

3.- Revisado el caso se encuentran cumplidos todos los presupuestos procesales y no se avizora causal de nulidad que invalide lo actuado. No hay discusión sobre la legitimación en la causa por activa, toda vez que los demandantes han acreditado ser la esposa y familiares del paciente, José Omar Adrada Rojas, la EPS S.O.S., está legitimada por pasiva, pues conforme al artículo 177 núm. 6 de la ley 100 de 1993, le corresponde garantizar la prestación del servicio de salud a sus afiliados.<sup>14</sup> Comfandi, IPS, igual está legitimada por pasiva porque fue en uno de sus centros médicos donde recibió atención médica el señor Adrada Rojas; y la aseguradora está legitimada por pasiva, como obligada directa y llamada en garantía en virtud de los respectivos contratos de seguro.

3.1.- Y desde ya ha de dilucidarse que la responsabilidad de las EPS no se circunscribe a las obligaciones de organizar y garantizar la prestación del Plan de Salud a sus afiliados y por ende emitir autorizaciones para la realización de consultas, procedimientos, exámenes, cirugías, etc, pues igualmente en cumplimiento de esas obligaciones debe responder civil y solidariamente

<sup>11</sup> HENAO, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 159-160.

<sup>12</sup> ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 110-111.

<sup>13</sup> Según el encabezado de la demanda (fl. 2 C.1) los fundamentos jurídicos del libelo (fl. 7 C.1)

<sup>14</sup> CSJ, Cas Civil, Sentencia 1999-00533 de noviembre 17 de 2011, M.P Dr. William Namen Vargas.

por las omisiones o actuaciones de sus operadores o de las IPS o de los profesionales con que haya contratado pues obran como sus ejecutores, cuando se demuestre el acaecimiento de un daño, el consecuente perjuicio, la relación causal entre el daño y la actividad o inactividad organizacional o médica, y la imputación por dolo o culpa.<sup>15</sup>

De allí que la Corte Suprema de Justicia haya concluido : “(..) del anterior recuento jurisprudencial, existe un criterio consolidado en lo que implica para las Entidades Promotoras de Salud cumplir a cabalidad con la administración del riesgo en salud de sus afiliados y los beneficiarios de esto, así como garantizar una idónea prestación de los servicios contemplados en el plan obligatorio de salud, toda vez que su desatención, dilación o descuido, ya sea que provenga de sus propios operadores o de las IPS y profesionales contratados con tal fin, es constitutiva de responsabilidad civil”<sup>16</sup>, y precisado igualmente la responsabilidad solidaria de las EPS e IPS, en estos términos: “Por lo tanto, a no dudarlo, la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuna, lesiva de la calidad exigible y de la *lex artis*, compromete la responsabilidad civil de las Entidades Prestadoras de Salud y prestándolos mediante contratación con Instituciones Prestadoras de Salud u otros profesionales, son todas solidariamente responsables por los daños causados, especialmente, en caso de muerte o lesiones a la salud de las personas”.<sup>17</sup>

Lo acabado de exponer deja sin piso los reparos que respecto a la responsabilidad solidaria de las EPS e IPS y a la extensión de las obligaciones de aquella respecto a la prestación del servicio de salud formulan SOS y la entidad Aseguradora pues se reitera, no son meras gestoras y captadoras en el manejo de los recursos pues como actores del sistema de seguridad social les corresponde la prevención, el diagnóstico, tratamiento frente a los riesgos de salud de los usuarios como también lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia<sup>18</sup>.-

**4.-** Igualmente ha de precisarse desde este momento que la demanda es clara en cuanto que el daño pretendido por los actores se funda en la pérdida de oportunidad del paciente por el diagnóstico tardío de su enfermedad, de manera que si el principio de congruencia exige que la sentencia debe estar en consonancia con aquellos pues no se le permite al juzgador desbordar lo pedido cualitativa ni cuantitativamente<sup>19</sup>, no se presenta la incongruencia alegada por los apelantes en sus reparos, pues al resolver el juez la responsabilidad deprecada considerando el daño por pérdida de oportunidad no está excediendo el *thema decidendum*, toda vez que a ello refiere la reclamación, de allí que no les asista razón a los apelantes en los reparos sustentados en la incongruencia de la sentencia pues decidió sobre lo pedido. –

Así las cosas, de cara a lo pretendido y conforme a los derroteros legales y jurisprudenciales citados, la parte actora tiene la carga de probar el nexo causal entre el daño moral que les

---

<sup>15</sup> SC13925-2016

<sup>16</sup> SC2769-20

<sup>17</sup> CSJ, Cas Civil, sentencia 17 de noviembre de 2011, M.P Dr William Namen Vargas, rad 199-00533-01

<sup>18</sup> SC2769-2020 ya citada

<sup>19</sup> Entre otras, Cas Civil, 28 de junio de 2000, exp 5495, Cas Civil, 22 de febrero de 2002, exp. 6666.

generó la pérdida de oportunidad del paciente de detectarse el cáncer gástrico antes de que estuviera en un estado avanzado e irresecable, y la culpa, que se funda en el diagnóstico tardío de la enfermedad, por lo que cuestionada la decisión de primera instancia que accedió a la responsabilidad por indebida apreciación de la prueba, continuaremos con el estudio de ese reparo.-

5.- Los tres demandados – apelantes-, tienen un eje común en el reparo consistente en la indebida apreciación de la prueba pues todos en general alegan que el juez no valoró adecuadamente la historia clínica ni el dictamen del cirujano general **Luis Alberto Olave Asprilla** aportado por la parte actora, que desatendió el dictamen rendido por el Cirujano Oncólogo y Gastrointestinal **Álvaro de Jesús Velásquez Botero**, aportado por Comfandi, y que no consideró los testimonios del médico John Jairo Pretel Cifuentes y de las señoras Amparo Velásquez Castaño y Gloria María Valencia Bravo, vecinas del paciente y de los demandantes.

5.1.- Un aspecto que debe abordarse de primera mano, previo al análisis de las pruebas, tiene que ver con que el apoderado de Comfandi es insistente desde sus alegatos de conclusión y lo reitera en los reparos al fallo, en que el juez debió considerar el dictamen pericial allegado por la parte actora, sólo como prueba documental, porque el perito no compareció a la audiencia a sustentarlo y reclama que el funcionario debió decretar un careo de peritos.

Revisada la videograbación de la audiencia, encontramos que se debatió ampliamente en la etapa instructiva con ocasión de recursos ordinarios que formularon las dos partes y quedó en firme, que ese dictamen de la parte actora (fls. 1124 – 1143 C.1) se incorporaba como prueba y se le corrió traslado en la audiencia para que conforme al art. 228 del CGP, las demandadas pudieran solicitar la comparecencia del perito, pero estas rehusaron ese derecho, no obstante, el juez estuvo dispuesto a fijar nueva fecha para continuar la audiencia.

Ese dictamen de los demandantes se sometió a contradicción, al punto que el perito acercado por la demandada Comfandi, dedicó parte de su intervención en la audiencia, a contradecir las conclusiones de su homologado por preguntas que en ese sentido le hicieron los apoderados de la parte demandada. Y la parte demandada no solicitó en la debida oportunidad, la prueba de careo entre los peritos.

Por tanto, se enervan esos reparos que expone el apoderado de Comfandi, respecto de la validez de la prueba pericial aportada por los demandantes. Y cabe añadir, que la misma suerte tiene el reparo relativo a la necesidad de un careo de peritos pues esa prueba no fue solicitada dentro de las oportunidades legales.

**5.2.** Y continuando con el estudio del reparo, la Sala no logra establecer los desfases que en la apreciación de la prueba manifiestan los apelantes incurrió el funcionario, ni el demerito en la labor deductiva del mismo para encontrar acreditado el diagnóstico tardío y la pérdida de oportunidad pues el análisis integral del acervo probatorio llevan efectivamente a concluir que están demostrados uno y otro y el nexo causal entre ellos porque no se auscultaron las causas de la sintomatología recurrente que aquejaba al paciente pese a que no respondía al tratamiento, lo que conllevó a una demora en el diagnóstico, que solo se hizo en un estadio avanzado de la enfermedad y cuando el tumor era irreseccable.

**5.2.1.-**En efecto la historia clínica del señor Adrada Rojas, indica, en lo que nos interesa:

Que durante el año 2012 consultó tres (3) veces por síntomas gástricos: el **10 de mayo de 2012** que se le diagnostica **diarrea y gastroenteritis**; el **17 de mayo de 2012** que le diagnostican **Reflujo Gastroesofágico (RGE) con esofagitis**; y el **30 de septiembre de 2012** que se le vuelve a diagnosticar **gastroenteritis**. Los síntomas se le trataron con **omeprazol e hidróxido de aluminio**.

Tres (3) años después vuelve a consultar por síntomas gástricos, el **21 de enero de 2016**, presentando dolor a palpación del epigastrio y marco cólico, le diagnostican **Dispepsia**<sup>20</sup>, y le recetan nuevamente **omeprazol, metoclopramida** y cuidados alimenticios, **su peso 72.5 kg**; la segunda consulta de ese año vimos que fue en **junio 30**, cinco meses después, donde el paciente “*refiere un mes de evolución de dolor abdominal difuso y generalizado y desde hace una semana, sensación de reflujo (..) abdomen (..) dolor a la palpación generalizada (..)*” “*Diagnósticos – Gastritis no especificada (..) enfermedad de reflujo gastroesofágico sin esofagitis*” *medicamente metocopramida, esomeprazol* otra vez los mismos medicamentos, **su peso 68 kilos**; en la consulta del **8 de julio de 2016**, refiere los mismos síntomas de la cita anterior, se le hace iguales diagnósticos “*Gastritis no especificada (..) enfermedad de reflujo gastroesofágico sin esofagitis*” y se le receta los mismos medicamentos por 3 meses más; el **5 de agosto de 2016**, consulta por **dispepsias y RGE** dice estar en tratamiento con medicación y que no sigue estrictamente la dieta, le vuelven a diagnosticar **Dispepsia**, le reiteran recomendaciones y recetan **Alginato de calcio y esomeprazol, peso 70 kg**; el **30 de agosto de 2016**, el paciente acude y manifiesta, “*estoy peor y peor*” presenta **epigastralgia y dolor abdominal (..) con eructadera fétida** síntomas que presenta hace tres meses, le ordenan ecografía de hígado y vías biliares *paciente además con pérdida de peso* **67 kg**, le diagnostican **Dispepsia – colelitiasis** y le recetan Hioscina y esomeprazol; el **15 de septiembre de 2016**, según registro de triage consulta por “*8 días de dolor en mesogastrio, reconsultante (..) refiere gases no sangrado*” aporta ecografía de hígado y vías biliares normal, dan salida con recomendaciones, peso en el examen de abdomen consta “*peristaltismo ++*

---

<sup>20</sup> Indigestión.

Blumberg” **67 Kg**, diagnóstico “*dispepsia*”. El **26 de septiembre de 2016** que acude el paciente para revisión de exámenes “*paciente consulta anteriormente por presentar epigastralgia y dolor abdominal (ha presentado deposiciones oscuras, y la hija comenta que nota pérdida de peso y palidez*” en análisis y conducta se anota “*paciente con pérdida de peso, (..) hemograma con anemia, epigastralgia que no responde a múltiples medicamentos, (..) se deja endoscopia digestiva superior prioritaria (..)*”, diagnósticos “*Dispepsia, anemia por deficiencia de hierro, pérdida anormal de peso*”

A la consulta del **4 de octubre siguiente** acude el paciente para revisión de exámenes, se anota que no se ha practicado la endoscopia y la importancia de su práctica por los antecedentes – *pérdida de peso en los últimos 4 meses –ahora 66 kilos, anemia, edad-*. La endoscopia - *esofagogastroduodenoscopia* – se realiza el **13 de octubre de 2016**, detectándose una lesión en el cuerpo gástrico de *aspecto neoplásico* e igual se practica una colonoscopia total que reporta normalidad.- El resultado de la patología *adenocarcinoma* - sólo se conoció hasta el **2 de noviembre de 2016** y para el día siguiente **3 de noviembre** fue evaluado el paciente por especialista en oncología quien consideró que *dada la extensión de la enfermedad y la magnitud de la cirugía sin lograrse la resección total oncología, alta morbilidad y mortalidad de la misma, se considera no es candidato para manejo quirúrgico inicial. Se considera candidato para manejo inicial sistémico de inducción (..)*. Posterior a esta fecha el paciente presenta varias consultas, hospitalizaciones, tratamiento de quimioterapia, manejo de dolor y nutrición, atención en UCI anotándose por ejemplo el **18 de febrero de 2017**, *paciente en malas condiciones generales, desnutrido, con soporte de oxígeno, refiere dolor* –, que fallece el 27 de febrero siguiente.

**5.2.2.-** El perito Luis Alberto Olave Asprilla, cirujano general, en su dictamen sobre la atención en salud al paciente Adrada, con fundamento en la historia clínica dice que fue en términos generales oportuna pero no eficaz, toda vez que a pesar de la reconsulta constante del paciente a partir de enero de 2016 por la misma sintomatología – *dolor abdominal- sensación de reflujo, pérdida de peso, entre otros-*, la reiterada formulación del mismo tratamiento y de la falta de respuesta, no se prestó atención a esos síntomas en forma temprana para detectar la causa de los mismos, no se atendió la Guía de Práctica Clínica para la Prevención, Diagnóstico y Tratamiento del Cáncer Gástrico Temprano - 2015 de las Asociaciones Colombianas de Gastroenterología, Endoscopia Digestiva, Coloproctología y Hepatología<sup>21</sup> que recomienda como método de prevención de cáncer gástrico “*realizar endoscopia en pacientes con dispepsia no investigada a cualquier edad si tienen síntomas de alarma*”, no se ordenó la práctica de esa endoscopia digestiva alta cuando se trataba de un paciente mayor de 50 años que no mejoraba con el tratamiento, todo lo cual dio lugar a una demora en el diagnóstico. Así,

---

<sup>21</sup> Esta guía fue aportada con la demanda- folios 360 a 379 -

a la pregunta de si se presentó o no diagnóstico tardío responde **“Si hay diagnóstico tardío ya que el paciente manifestó síntomas, pero cuando se detecta la enfermedad ya está en estadio avanzado (..),y en el aparte relativo al análisis técnico, dice que cuando se realizó la endoscopia digestiva alta ella “reporta hallazgos compatibles con cáncer gástrico en etapa avanzada, estado en que la enfermedad es de mal pronóstico, y en la que ya no es susceptible de ningún tratamiento que permita mejorar su sobrevida” “ (..) es evidente que el paciente consultaba en repetidas ocasiones por síntomas dispépticos desde un principio (..) recibiendo manejo médico con poca respuesta y exacerbación de los síntomas, caso en el cual es necesario cambiar la visión y buscar otras situaciones médicas que pudiesen estar llevando a esa mala respuesta a tratamiento, en este caso realización de una endoscopia sería lo ideal, e incluso si faltan elementos buscar con un interrogatorio dirigido si hay algún otro factor que refuerce la presunción diagnóstica de cáncer(..) es necesario realizar cambios en el tratamiento y solicitar pruebas diagnósticas para hacer seguimiento y descartar otro tipo de lesiones y no insistir en la misma conducta ya que es evidente la falta de respuesta técnicas y seguimiento (..)”**

Este dictamen se enfoca en el tema a dirimir *-el diagnóstico tardío de la enfermedad que aquejaba al señor Adrada porque no se investigaron las causas de los síntomas recurrentes-*, de allí que no se encuentre justificable el demerito de esta prueba que hacen los apelantes, toda vez que con sus estudios y experiencia, según consta en la hoja de vida, el dr Olave está en capacidad de dictaminar sobre esas cuestiones, más aún cuando se apoya en la historia clínica, en la guía técnica especializada aportada que no ha sido cuestionada y sus conclusiones son razonadas, lógicas y sustentadas, todo lo cual permite al funcionario apreciarlo en los términos del artículo 232 del CGP, para inferir de él como lo hizo, que el diagnóstico de la enfermedad que aquejaba al paciente fue tardío e implicó una pérdida de oportunidad de tratamiento más temprano al paciente, inferencia que no resulta contraevidente ni está llamada a desconocerse.

Y es que esa prueba analizada junto con la historia clínica revela varias situaciones que desvirtúan que la atención en salud brindada al señor Adrada en el año 2016 fuera con la prontitud y diligencia requerida ante la sintomatología recurrente que presentaba y su falta de respuesta al tratamiento.

Basta resaltar que para **junio 30 de** ese año con 6 meses de iguales síntomas gástricos a los presentados en la consulta de **enero de 2016** y con una baja de peso considerable entre esas dos fechas y luego en las demás consultas por la misma sintomatología hasta el mes de agosto, se le ordenaba el mismo tratamiento, sin que ninguno de los médicos ordenara exámenes de diagnóstico encaminados a investigar la causa de los reiterados síntomas, o siguiera dispusiera la realización de controles para observar la evolución. Tampoco ordenaron los médicos en las consultas la remisión a especialista, o como indica el perito, ni siquiera se interesaron en averiguar el porqué de lo que le estaba sucediendo al paciente. Solo fue para la consulta del **15**

de **septiembre** y luego en la del **26 siguiente**, más **de 8 meses** después de la primera consulta de ese año, cuando los médicos prescribieron exámenes de diagnóstico de la sintomatología, el primero sin resultado, y el segundo, la endoscopia digestiva practicada el **13 de octubre**, que arrojó la presencia un **adenocarcinoma** que por lo avanzado era intratable por cirugía por la extensión de la lesión.

**5.2.3.-** Ahora, Los apelantes argumentan que debe prevalecer el dictamen del Dr. Álvaro de Jesús Velásquez Botero, traído por la demandada Comfandi, porque como lo reconoce el mismo juez, tiene más experiencia e idoneidad que el Dr. Luis Alberto Olave Asprilla, perito de la parte demandada. Sin embargo, como ya quedó indicado, ese argumento no es válido en este asunto porque el curriculum de este perito lo capacita para emitir el dictamen, como igualmente lo está el dr Velasquez, quien por lo demás, contrario a lo que concluyó el juez, merece igualmente apreciarse, en cuanto coincide con el del dr Olave en el diagnóstico tardío. -

En efecto, al responder el cuestionario y preguntado por cuáles son las indicaciones de una endoscopia alta, respondió el Dr. Velásquez que existían para hacerlo unas indicaciones mandatorias y otras relativas o sugestivas, estas últimas en casos de *“pacientes con cuadro de dispepsia el cual ha recibido tratamiento por un período de tiempo prudente sin respuesta al manejo y no ha tenido sangrado, pérdida de peso no voluntaria, dolor epigástrico, sensación de reflujo gastroesofágico que no mejora con tratamiento médico durante un período de tiempo, donde se ha descartado otras patologías, se ha descartado enfermedad hepato biliar (..)”*; interrogado respecto a la consulta del 14 de septiembre y el resultado de la ecografía de hígado y vías biliares si después era pertinente orientar el cuadro clínico como de origen gástrico por el síndrome de dispepsia , respondió *“Una vez se descartó la patología hepato biliar era pertinente continuar el estudio diagnostico considerar que el paciente podía estar presentando patología gastro intestinal”*, respuestas que dejan en claro que la dispepsia, la pérdida de peso no voluntaria, la sensación de reflujo que no mejora con tratamiento durante un período razonable, eran síntomas que debían investigarse para descartar las varias patologías que las pueden causar, no necesariamente el cáncer, que es precisamente lo que indica el perito Olave en su dictamen, que debieron buscarse las causas de esos síntomas.

Es más, el dr Velásquez puso de manifiesto el beneficio que podría significar para el paciente realizar la endoscopia gástrica alta, al afirmar en su declaración *“(..) pérdida de peso, podría ser dispepsia, reflujo gastroesofágico, dolor epigástrico, son síntomas que no son mandatorios, pero sí son sugestivos de que el paciente se va a beneficiar de una endoscopia digestiva alta;* en otra respuesta indicó que si bien el paciente no presentaba los síntomas mandatorios de la endoscopia gástrica alta –sangrado y obstrucción- *tenía unos síntomas muy sugestivos pues que eran sugestivos de que algo estaba pasando en el estómago(..)”*, que no necesariamente tenía que ser un cáncer gástrico, e interrogado respecto a si se le hizo seguimiento a la patología que

presentaba el señor Adrada, con fundamento en la historia clínica responde *“No yo no veo en lo que alcance a revisar no veo que diga algo, pero esto lo estoy asumiendo es por lo que vi en la historia clínica (..)”*, afirmaciones que dejan sin piso su posterior expresión de que *hubo un diagnóstico tardío absolutamente claro, cuando se hizo endoscopia ya había una enfermedad avanzada*, porque el cáncer gástrico es silencioso y en más del 30% de los pacientes en EU se diagnostica en estado avanzado inoperable, pues lo acreditado es que el diagnóstico tardío no ocurrió por esa circunstancia, sino por desatención de los reiterados síntomas, no realizar exámenes de diagnóstico para establecer sus causas ni hacer un seguimiento a las patologías que presentaba el paciente.

Adicionalmente, para respaldar la demora en el diagnóstico concluida por el perito Olave, el perito Velasquez refiere incluso a que era válido también remitir al paciente a un especialista, para que fuera él quien determinara la necesidad de exámenes y establecer la causa de los síntomas recurrentes, lo que tampoco ocurrió en este asunto, aunque es desafortunada la justificación que da el Dr. Velasquez para que no se obrara así, *(..)el sistema se colapsa y segundo por ejemplo las citas más de EPS están a 4 meses, es absolutamente inadecuado ¿verdad.*

Y para reafirmar las coincidencias entre los dictámenes del perito Velásquez y el Dr. Olave, estas también se encuentran respecto a la tardanza en el diagnóstico de la enfermedad, que conllevó a que estaba muy avanzado el cáncer gástrico cuando se realizó, pues explica el Dr. Velasquez que *el cáncer gástrico, aparte, junto con el cáncer de páncreas son enfermedades que, se desarrollan rápidamente*, y comenta, refiriéndose a un caso en el que le realizó endoscopias a un paciente con cáncer gástrico durante 8 meses y vio el progreso de la enfermedad hasta llegar a ser inoperable que *“yo diría que ese es el promedio así como el promedio de un cáncer de páncreas es 6 meses, es muy inusual que una persona con un cáncer de páncreas viva más de 6 meses, es muy poco probable que una persona diagnosticada de un cáncer gástrico viva más de un año, sin tratamiento no.*

No obstante lo anterior, el dictamen el Dr. Velasquez contiene inconsistencias que le restaban razonabilidad y lógica a sus conclusiones, entre ellas por ejemplo, justificar la falta de prescripción de pruebas diagnósticas en que los síntomas presentados podían corresponder a varias patologías y explicar la falta de prescripción de la endoscopia digestiva alta al paciente por el riesgo de morbilidad y mortalidad que entraña el examen, porque las máximas de la experiencia indican que todo procedimiento médico tiene un riesgo, pero no por ello debe dejar de practicarse y menos si la comunidad médica reconoce que ese examen es el llamado a descartar una enfermedad que sugieren los síntomas que se presentan.

**5.2.4.-** Los apelantes expresan que el juez no apreció cabalmente el testimonio del médico John Jairo Pretel Cifuentes, médico general que atendió en dos oportunidades al paciente, el **30 de junio y el 8 de julio de 2016.-** Pero lo cierto es que esa prueba fue considerada por el funcionario, para dejar en evidencia que el médico no hizo revisión de los antecedentes del paciente con la historia clínica porque era muy dispendioso, por lo que a él también le asistía una conducta médica distinta a la asumida en las atenciones que realizó al señor Adrada.

Es así porque según consta en la anotación de la historia clínica del **30 de junio**, dice el Dr. Pretel que el paciente manifestó *síntomas difusos, es decir no específicos (..) el análisis de consulta refiere paciente que presenta sintomatología de gastritis y reflujo, (..) por lo que refiere el paciente se hace manejo con omeprazol y metropolamida*, e interrogado por el juez respecto a los síntomas que presentaba el señor Adrada con anterioridad a la fecha de esa atención según la historia clínica, respondió que así no se mira la historia clínica pues si así fuere necesitarían *una hora, solamente leyendo lo que viene previamente y no le he preguntado cómo se llama (...) para después indicar que uno trabaja con lo que le cuenta el paciente la relación médico paciente es lo más importante, con lo que él le cuenta a uno es con lo que uno trabaja.* Y Preguntado respecto a cuales síntomas le habrían indicado que era necesario tomar un examen especializado o remitir al paciente a gastroenterólogo o al oncólogo, respondió : *Si el paciente me hubiese referido pérdida de peso es uno, pero el paciente lo negó en los sistemas, que tenga sangrado en la materia fecal o sangrado en vómito, qué sienta una sensación de masa en la barriga, hay un síntoma que es claro que es bueno cuando uno comienza tratamiento médico y el paciente no responde a este también puede ser, pero aquí apenas estamos iniciando.*

Esto indica entonces que el Dr. Pretel al no revisar la historia clínica no tuvo conocimiento de que el **21 de enero de 2016** el paciente había sido diagnosticado de dispepsia, tampoco que el tratamiento que se le indicó para esa fecha con *omeprazol y metrocolpramida* fue el mismo que le prescribió seis meses después el **30 de junio** para continuarlo por tres meses más, ni que el paciente había bajado en seis meses de **72.5 kilos a 68 kilos**, pues la negativa a la pérdida de peso que dice le hizo el paciente no consta en la historia clínica, síntoma que era trascendente, pues preguntado sobre qué síntomas le dirían que era necesario tomar un examen especializado o remitirlo al gastroenterólogo u oncólogo, respondió que uno de ellos era la pérdida de peso.

De manera que otra debió ser la conducta del Dr. Pretel en su atención del **30 de junio**, más aún cuando afirma que en Comfandi existe una guía de manejo de dispepsia en la que se indica que Cuando *un paciente con dispepsia o con síntomas de gastritis uno manda medicación en la que dice que de 4 a 8 semanas, si no hay mejoría con esos manejos, está indicado endoscopia, pero si hay mejoría no se realiza.* Y aquí transcurrieron con creces esa 4 u 8 semanas, el paciente no fue atendido entre la consulta de enero y la de junio de 2016 pues no se le hizo control ni seguimiento en ese interregno, y al Re consultar por los mismos síntomas en junio de 2016,

pese al tratamiento que se había implementado y al cual no había respondido por la continuidad de los síntomas, el Dr. Pretel no ordenó exámenes diagnósticos para buscar una explicación a la recurrencia de unos mismos síntomas por más de seis meses que no mejoraban y solo se limitó a prescribir el tratamiento que no había hecho efecto desde enero de 2016.-

Por lo demás la afirmación del Dr. Pretel de que **uno trabaja con lo que le cuenta el paciente** la relación médico paciente es lo más importante, con lo que él le cuenta a uno es con lo que uno trabaja es inaceptable, por cuanto pasa por alto el valor y la relevancia que tiene la historia clínica, donde se recoge toda la información del paciente, de forma tal que las omisiones, defectos, irregularidades de ella trae consecuencias pues es una obligación legal de los galenos y las prestadoras de servicio realizar los registros del acto médico. Es que como indica la Corte Suprema de Justicia, la historia clínica ***“Ante todo, sirve de herramienta para informar al personal médico sobre todas las condiciones de salud, el tratamiento y la evolución del paciente.”***<sup>22</sup> .

Entonces, este testimonio respalda las conclusiones del dictamen del dr Olave por cuanto deja aún más al descubierto la negligencia médica por diagnóstico tardío, porque de haberse examinado en la consulta de 30 de junio de 2016 la historia clínica se conocerían el diagnóstico y el tratamiento implementado en la consulta anterior de enero de 2016 y el proceder pertinente como lo afirma el mismo dr Pretel en esas circunstancias, era enviar examen diagnóstico ante la continuidad de los síntomas y falta de respuesta al tratamiento para determinar cuál o cuáles eran las causas de los mismos.-

La Corte Suprema de Justicia hace énfasis en que cada atención en salud no debe mirarse de manera aislada pues ***“(.) es posible, entonces, que un diagnóstico o tratamiento parezca adecuado si se lo examina de manera aislada; pero que si se analiza en un contexto organizacional, haya sido defectuoso según los estándares médicos por la negligencia del profesional al no fijarse en el diagnóstico o tratamiento que hizo el médico que atendió al paciente en una oportunidad anterior y que estaba consignado en la historia clínica, infringiendo de ese modo los deberes de cuidado propios y organizacionales (.)”***<sup>23</sup>

Por consiguiente, la historia clínica, el dictamen del Dr. Velásquez Botero y el testimonio del Dr. Pretel, contrario a favorecer el ánimo jurídico de los apelantes, corrobora que el señor Adrada Rojas, por la reiteración de los síntomas y la falta de respuesta al tratamiento requería de la práctica de exámenes diagnósticos para investigar las causas, entre ellos el de endoscopia gástrica alta, pero para cuando se ordenaron y practicaron, era tarde porque la enfermedad estaba ya muy avanzada.-

---

<sup>22</sup> SC3487-2020m 13 de octubre de 2020, M.P Luis Armando Tolosa Villabona

<sup>23</sup> SC13925- 2016

**5.2.5.-** Finalmente, en procura de abordar todos los medios de prueba que concurrieron al debate, el juez destacó que ni el representante legal de la IPS Comfandi ni el de la EPS SOS fueron diligentes porque concurrieron sin preparación del caso y dice *“Esa conducta de las partes mencionadas juega en contra de sus intereses, pues el desconocimiento o la falta de preparación frente al caso genera lamentables consecuencias.”*

Y aquí el representante legal de Comfandi Carlos Humberto Madriñan, desconocía absolutamente los pormenores de la atención, no sabía si las IPS de Comfandi tenían o no protocolos para detección temprana del cáncer ni mucho menos refirió a los protocolos de atención de la dispepsia y reflujo de esa IPS que mencionan los médicos Velasquez y Pretel. Igual, el representante legal de la EPS S.O.S., desde la primera pregunta advirtió que es abogado, desconoce la parte médica y se limitó a decir que la EPS nunca le negó atención al paciente.

El artículo 198 inc. 3° del CGP, señala que: *“Cuando una persona jurídica tenga varios representantes o mandatarios generales cualquiera de ellos deberá concurrir a absolver el interrogatorio, sin que pueda invocar limitaciones de tiempo, cuantía o materia o **manifestar que no le constan los hechos**, que no esté facultado para obrar separadamente o que no está dentro de sus competencias, funciones o atribuciones. Para estos efectos es responsabilidad del representante informarse suficientemente”*. Y aun cuando esta norma no establece una consecuencia para tal conducta, si enfatiza en que los representantes legales no pueden expresar que no le constan los hechos, que en últimas es lo ocurrido aquí con la manifestación que hicieron los representantes legales de desconocer lo acontecido en la atención médica prestada al paciente, pasando por alto que es un deber de las partes –artículo 78 ibidem- proceder con lealtad en todos sus actos y que el juez al momento de hacer la valoración probatoria integral debe tener en cuenta ese comportamiento, que fue lo ocurrido aquí. De manera que el proceder del funcionario de respaldar su decisión en tal comportamiento de los representantes legales de los entes accionados, era viable y los reparos que al respecto se le hace a tal consideración se quedan sin sustento jurídico, más aún cuando el juez, ni impuso reglas probatorias a los interrogatorios, ni dedujo presunciones del precario conocimiento científico de los representantes legales. -

**6.-** Conforme a lo expuesto se tiene que el juez efectuó un análisis integral de la prueba conforme a la sana crítica y que su conclusión de estar reunidos los supuestos para la procedencia de responsabilidad civil médica solicitada se ajusta a tal acervo y no corresponde a una apreciación del mismo arbitraria, subjetiva y falta de razonabilidad y sustentación del funcionario como lo dicen ver los apelantes.

En efecto, está acreditada la culpa porque el proceder médico fue negligente y descuidado y dio lugar a un diagnóstico tardío, sucedido no porque la enfermedad fuere grave y de difícil diagnóstico como pretende hacerlo ver el perito Velásquez, sino porque para **junio de 2016** el médico no analizó la historia clínica, no constató la reiteración de los síntomas desde **enero de 2016** ni la falta de respuesta al tratamiento prescrito y procedió a reiterar ese mismo tratamiento y no ordenó medios diagnósticos para averiguar la causa de la sintomatología y su reiteración y resistencia al tratamiento.- Con esto queda claro que partimos de la culpa probada y no de la culpa presunta como lo entienden los recurrentes porque este asunto versa sobre obligaciones de medio y no de resultado<sup>24</sup>.

Igualmente se demuestra el daño, que se hace consistir en pérdida de oportunidad o chance, pues el paciente tuvo la posibilidad de beneficiarse con un diagnóstico más oportuno, aunque envuelva un componente aleatorio, por cuanto está acreditado que tenía la probabilidad razonable de que le hubieran detectado la enfermedad, de haberse investigado su sintomatología sugestiva y reiterada y la falta de respuesta a los medicamentos, de forma que de no haber ocurrido esa tardanza habría tenido la expectativa de un tratamiento más oportuno que habría podido detener el rápido avance de la enfermedad; existe la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento en la salud del paciente porque el diagnóstico tardío implicó que para cuando se hizo ya el cáncer era inoperable y estaba en un estadio avanzado, y el señor Adrada se encontraba en una situación potencialmente apta para pretender que se le hiciera el diagnóstico oportuno de la enfermedad y se implementara de igual forma el tratamiento a la misma, no solo por las constantes consultas que lo hacían merecedor de la atención en salud que requería, sino porque no reporta la historia clínica que sus condiciones de salud al momento en que se presentaron los síntomas recurrentes no le permitieran pretender un diagnóstico y tratamiento para el cáncer, de no haberse realizado aquél tardíamente.-

Por último, el nexo causal está probado y es una injerencia razonable que por la culpa en que se incurrió con el diagnóstico tardío en las circunstancias ya referidas, porque partimos de la culpa probada y no presunta como lo entienden los recurrentes al tratarse este asunto de obligaciones de medio y no de resultado <sup>25</sup>, se produjo la pérdida de oportunidad en los términos anotados.

Así las cosas, la declaratoria de responsabilidad médica de la EPS e IPS accionada por los perjuicios irrogados a los actores que decidió el juez era procedente y sin piso quedan las objeciones de los apelantes a la falta de prueba de los supuestos que soportan tal responsabilidad, por tanto, los demandados deben indemnizar los perjuicios morales que dicen

---

<sup>24</sup> CSJ SC 7110 de 2017

<sup>25</sup> CSJ SC 7110 de 2017

los actores les causó la pérdida de oportunidad que le generó a su familiar el diagnóstico tardío de su enfermedad.

7.- Los perjuicios morales, refieren a la lesión de la esfera íntima, subjetiva o interna del sujeto y está caracterizado material y objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, sufrimiento físico, impotencia u otros signos expresivos, y la fijación de su cuantía le corresponde al juez – arbitrio iudicium- teniendo en cuenta que *(..) debe ser cierto para que haya lugar a su reparación, se alude sin duda a la necesidad de que obre la prueba, tanto de su existencia como de la intensidad que lo resalta, prueba que en la mayor parte de los supuestos depende en últimas de la correcta aplicación, no de presunciones legales que en este ámbito la verdad sea dicha el ordenamiento positivo no consagra en parte alguna, sino de simples presunciones de hombre (..)*”<sup>26</sup>

E igualmente ha expresado la Corte Suprema que *“en lo que toca con el perjuicio moral, que constituye una materia en la que la autonomía y discrecionalidad del sentenciador sube de punto, sin que, por lo mismo, la estimación que éste realice sobre el particular pueda ser, como regla general, objeto de ataque o censura en casación, desde luego, salvo cuando de ella fluya inequívocamente un proceder arbitrario, absurdo o desproporcionado”*<sup>27</sup>

El reproche que se hace sobre el daño moral es que el Juez no se refirió a la tacha de los testigos de la parte demandante que declararon sobre la existencia de ese perjuicio. Sin embargo, carece de cualquier eficacia tal cuestionamiento porque el perjuicio moral no se derivó de las declaraciones de testigos sino del hecho probado de la aflicción, angustia, dolor que el diagnóstico tardío del cáncer gástrico generó al círculo familiar cercano del paciente.

Por lo demás, la tacha por sospecha no da lugar al desconocimiento de la declaración del testigo sino a que la misma se analice con mayor rigor y en armonía con las otras pruebas, y al valorar los testimonios de Amparo Velasquez Castaño y Gloria María Valencia Bravo encontramos que estos declarantes, son vecinos, que dan razón de su dicho, que refieren a la aflicción que causó a la familia los padecimientos del señor Adrada, de manera que esas declaraciones junto con las presunciones de hombre a que dan lugar los lazos familiares, que no fueron desvirtuadas, son una clara demostración de los perjuicios morales solicitados.-

7.1.- El apoderado de Comfandi reprocha el monto reconocido como indemnización del daño moral a los demandantes por excesivo, porque según su entendimiento del fallo, el juez habría considerado que *“lo que se repara no es la muerte, que era el daño alegado, sino la oportunidad de tener un tratamiento”*

---

<sup>26</sup> Casación Civil, sentencia noviembre 24 de 1992, expediente 3382, M. P. Carlos Esteban Jaramillo S. Código Civil Comentado Legis, Pág. 1036

<sup>27</sup> Magistrado Ponente Cesar Julio Valencia Copete

En la sentencia se indica que los perjuicios morales no corresponden en el asunto a los que da lugar la muerte de una persona “aquí estamos hablando de que el señor JOSÉ OMAR ADRADA ROJAS tenía una patología cancerígena que no fue diagnosticada a tiempo y lo único que habría podido suceder es darle un tratamiento para apaciguar sus dolencias pero no podemos endilgar a la EPS y a la IPS demandas la responsabilidad por la muerte directa del señor JOSE ADRADA ROJAS, de manera que a diferencia de lo expresado por el apelante, el juez al valorar el perjuicio moral consideró la pérdida de oportunidad a que dio lugar el diagnóstico tardío de la enfermedad y no la muerte del paciente.

En las anteriores circunstancias, no observa la Sala que los valores fijados -\$35.000.000 para esposa, hijos y padre, de \$20.000.000 para el hermano y de \$10.000.0000 para los nietos- resulten absurdos o arbitrarios considerando la aflicción, angustia, congoja que la pérdida de oportunidad detallada les generó a los actores como esposa, padre, hijos y nietos el diagnóstico tardío de la enfermedad que aquejaba a su esposo, hijo, padre y abuelo señor Adrada. Por el contrario, resulta equitativa, razonable, prudente y coherente con los hechos probados, sin que esté de más recordar que la fijación del daño moral corresponde al arbitrio judicial, como en innumerables sentencias se ha indicado.<sup>28</sup>

**8.-** Queda por definir el reparo del apoderado de Allianz Seguros S.A en cuanto a la falta de claridad en la orden impartida a la aseguradora respecto al monto a reconocer por cada póliza de cara a los límites y deducibles pactados

En la sentencia, en su numeral Tercero de la parte resolutive el funcionario condenó a la EPS e IPS accionada a pagar a los actores las sumas fijadas por concepto de perjuicios morales y ordenó que “ALLIANZ SEGUROS SA concurrirá al pago de la indemnización de manera directa los demandantes hasta el monto de la suma asegurada y en proporción a los amparos de cada una de las pólizas del 50% a cada una teniendo en cuenta los deducibles pactados”.

**8.1.- La EPS S.O.S.,** tiene contratado con **Allianz Seguros S.A.,** la Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales N° **022069379/0,** que cubre la reclamación de indemnización de perjuicios por tal responsabilidad como consecuencia de un servicio médico, sin que se formularan reparos al ámbito temporal claims made-. En cuanto al límite de cobertura por responsabilidad civil profesional es de **\$1.000'000.000** y cubre el daño moral. Y en las *Condiciones particulares* se pactó que “( )se amparan las reclamaciones por las cuales EPS SERVICIO OCCIDENTEA DE SALDU SA (..) sea solidariamente responsable por los daños generados a terceros ocasionados en IPSs diferentes a los Centros propio mencionados, bajo las siguientes condiciones: a- Esta cobertura operara en exceso de \$100.000.000 evento o del límite contratado en las pólizas de RC Profesional Médica de la IPS que genera el daño, si este es mayor. b- “Sublímite para perjuicios patrimoniales, extrapatrimoniales (..) de \$ 500.000.000 evento/vigencia”. En cuanto al deducible es de **10% sobre el valor de la pérdida, mínimo \$ 30.000.000”**

---

<sup>28</sup> Ver entre otras Cas Civil, sentencia marzo 5 de 1993, Exp 3656, M.P Dr. Pedro Lafont Pianetta

Por su parte, **Comfandi** tiene contratado con **Allianz Seguros S.A.**, la Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales N° **022200987/0**, vigente de diciembre 15 de 2017 hasta diciembre 14 de 2018, que ampara igualmente esta reclamación según la cláusula claim made pactada porque no se formuló reparo al respecto, y el monto de la cobertura por responsabilidad civil profesional es hasta **\$3.000'000.000**, “comprendiendo *perjuicios extrapatrimoniales y patrimoniales del tercero afectado*”. Y en cuanto a los deducibles se acordó que “*Cuando el médico y /o entidades que prestan sus servicios al asegurado tengan póliza de RCP con un límite asegurado mínimo de \$ 25.000.000, el deducible a aplicar será de 10% sobre el valor de la pérdida (..)*”

La sumatoria de los montos reconocidos por daño moral a los actores en este evento arroja un total de **\$ 225.000.000** y está cubierto por ambas pólizas, la de la EPS por cuanto la cobertura opera en exceso de \$100.000.000 evento, y no se supera el sublímite por perjuicios extrapatrimoniales - \$500.000.000 pactado para cuando existe solidaridad entre la EPS y la IPS, como ocurre aquí. - E igualmente está amparado el evento por la póliza de Comfandi que tiene un límite de hasta \$3.000.000.000.

En los anteriores términos, en razón a la obligación contractual que tiene la aseguradora llamada en garantía de indemnizar los perjuicios morales causados por la EPS y la IPS aseguradas a los actores y a los que fueron condenados con motivo de la responsabilidad medica establecida, se CONDENARA a ALLIANZ SEGUROS SA a dicho pago, que hará directamente a los ACTORES -artículo 1127 del C de Co – dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de esta decisión, según las coberturas de responsabilidad civil profesional contratadas por aquellas entidades, esto es, hasta \$500.000.000 y \$3.000.000.000, respectivamente, menos el deducible pactado, deducible que para la EPS es de **\$30.000.000** por ser este el mínimo y ser inferior a dicho monto el 10% del valor de la pérdida – \$22.500.000– y para la IPS de **\$ 22.500.000**, esto es el 10% del valor de la pérdida, por cuanto la EPS garante de la prestación de los servicios de salud tiene una póliza de responsabilidad civil profesional con un límite asegurado mayor a \$ 25.000.000. El monto de los deducibles acabados de indicar los deberá cancelar la EPS S.O.S. y Comfandi a los actores, por el valor que para cada una se estableció por ese concepto. -

Ahora, la circunstancia de que cada una de las entidades accionadas tenga una póliza de responsabilidad civil profesional con la misma aseguradora no autoriza al juez a afectar cada póliza en un 50% del monto de la indemnización a la que fueron condenadas aquellas como lo hizo, porque ello constituye una variación de las cláusulas contractuales establecidas entre asegurado y aseguradora en la que no le compete inmiscuirse, más aún cuando entre la EPS y la IPS existe solidaridad en la responsabilidad establecida.- Esa es la razón para revocar el inciso SEGUNDO del punto TERCERO del fallo para disponer según lo indicado en el inciso anterior. En cuanto a los demás puntos de la parte resolutive del fallo se CONFIRMARÁN,

porque no fueron enervados o si lo fueron por cuanto los reparos no prosperan según lo argumentado. -

Suficiente lo expresado para que esta Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVA:**

**1.- CONFIRMAR** la Sentencia de diciembre 3 de 2019 proferida por el Juzgado Trece Civil del Circuito de Cali, en el proceso de responsabilidad civil médica instaurado por **Leonavet Agredo Fuentes, Thalia Mercedes, Josimar y Melqui Addy Adrada Agredo, José Misael Adrada Latorre, Jesús Alberto Adrada López, Juan Manuel Mendoza Adrada, Alejandra Adrada Obando y Melqui Alejandro Adrada Latorre**, contra la **Caja de Compensación Familiar Comfandi, Servicio Occidental de Salud S.O.S. EPS y Allianz Seguros S.A**, salvo el **INCISO SEGUNDO del NUMERAL TERCERO** de la parte resolutive, que se **REVOCA**. En su lugar se **DISPONE:**

**CONDENAR** a ALLIANZ SEGUROS SA a pagar los perjuicios morales causados por los asegurados **Caja de Compensación Familiar Comfandi, Servicio Occidental de Salud S.O.S. EPS** a los actores **Leonavet Agredo Fuentes y otros** por los montos indicados en la parte resolutive de la sentencia, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de la misma, atendiendo los límites de las coberturas, menos el deducible pactado, que para la EPS es de **\$30.000.000** y para la IPS Comfandi es de **\$ 22.500.000**. valores de los deducibles que deberán cancelar la EPS S.O.S. y Comfandi a los actores en el mismo término de los cinco días siguientes a la ejecutoria de este fallo.

**2.- CONDENAR** en COSTAS de esta instancia a los apelantes- Líquidense por secretaría del juzgado de primera instancia conforme al artículo 366 del CGP, incluyendo como agencias en derecho de esta instancia la suma de **\$ 2'000.000**, a cargo de cada uno de los apelantes y favor de los demandantes.

**3.-** Devuélvase la actuación al juzgado de origen.

**NOTIFIQUESE.**

Los Magistrados,

  
**ANA LUZ ESCOBAR LOZANO**

  
**JORGE JARAMILLO VILLARREAL**

  
**CESAR EVARISTO LEÓN VERGARA**

Declarativo Resp. Médica. Leonavet Agredo Fuentes y otros Vs. EPS S.O.S. y otros.  
Rad. 76001 31 03 013-2018-00261-01 (20-005)

Declarativo Resp. Médica. Leonavet Agredo Fuentes y otros Vs. EPS S.O.S. y otros.  
Rad. 76001 31 03 013-2018-00261-01 (20-005)