



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYÁN

Popayán, Noviembre Diecisecho (18) de dos mil veinte (2020)

EXPEDIENTE: 190013333006 2015 00085 00
DEMANDANTE HUSDIOLA ADELICIDA SAMBONI y OTROS
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DEL CAUCA, EMPRESA DE SALUD SALUD VIDA
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

SENTENCIA No. 184

I. ANTECEDENTES

1. La demanda¹

Procede el Juzgado a decidir la demanda que a través del medio de control de reparación directa, promovieron los señores (as): HUSDIOLA ADECILDA SAMBONÍ MUÑOZ, MARUJA SAMBONÍ MUÑOZ, ARACELIS SAMBONÍ MUÑOZ, LUZ ENICA SAMBONÍ MUÑOZ, YOLANDA MABEL SAMBONÍ NOGUERA, YURI ANDREA SAMBONÍ NOGUERA, JHON JAIRO SAMBONÍ NOGUERA, JESÚS LEVY SAMBONÍ NOGUERA y HAROLD FREDY SAMBONÍ NOGUERA, en contra del DEPARTAMENTO DEL CAUCA Y LA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD SALUD VIDA S.A EPS. ocasión de la anormal prestación de los servicios públicos de salud por parte de las entidades demandadas en la atención médica que debió habersele brindado al señor JAIRO SAMBONÍ MUÑOZ, quien se aduce fallecido el día 07 de diciembre de 2.012 debido a la ausencia de tratamiento del CARCINOMA ESCAMOCELULAR METASTÁSICO A CUELLO.

Solicitaron que se condene a las entidades demandadas, a pagar a título de indemnización las siguientes sumas de dinero:

- Perjuicios inmateriales:
- Morales: la suma de 100 SMLMV a favor de cada uno de los demandantes, en cuanto a que el daño no se reduce a la afectación moral en si misma,

¹Folios 56-74 cdno ppal.

EXPEDIENTE: 190013333006 2015000 85
DEMANDANTE: HUSDIOLA ADECILDA SAMBONI Y OTROS
DEMANDADO: SLAUD VIDA EPS EN LIQUIDACION Y OTROS
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

sino que abarca las consecuencias que en razón de aquella se producen en la vida de relación de los afectados, de tal modo que modificó el comportamiento social de la víctima directa y la de su familia.

- Afectación a los daños constitucionales.

Como reparación no pecuniaria solicita que de manera pública por medios masivos así como carteles escritos en la entidad en cada una de sus sedes exprese disculpas públicas a los demandantes ante la falla o ausencia de tratamiento al señor JAIRO SAMBONIO MUÑOZ, que conllevaron a su muerte el día 7 de diciembre de 2012.

Adicionalmente solicita por considerar insuficiente las medidas de tipo no pecuniario la suma de cien salarios mínimo legales mensuales vigentes a favor de los demandantes, de conformidad con la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014.

Perjuicios Materiales

Lucro Cesante solicita pagar a los hijos la suma de ciento cincuenta millones de pesos, teniendo en cuenta la presunción de ingresos por parte de la víctima directa más el 30% de prestaciones sociales o en su defecto la suma que aparezca probada en el proceso.

Igualmente solicita el pago de las costas y agencias en derecho y que la sentencia se cumpla en los términos previstos en el artículo 192 a 195 del CPACA.

1.1. Hechos que sirven de fundamento

Luego de referir los lazos de consanguinidad que unen a los demandantes, indica que el señor JAIRO SAMBONI MUÑOZ, se encontraba vinculado al régimen subsidiado en salud a través de salud vida EPS.

A raíz de una masa en cuello que presentaba el señor Jairo Samboni consultó el día 28 de julio de 2011, a través de la ESE SUR occidente punto de atención de Argelia Cauca, siendo remitido al Hospital Susana López de Valencia el 2 de septiembre de 2011, en la que se plasma que el paciente presenta desde aproximadamente un año una masa de crecimiento progresivo, y se diagnostica tumor maligno del tejido conjuntivo en el cuello, para confirmar dicho diagnostico se le enviaron exámenes de laboratorios, tac de cuello y un rx de tórax, ecografía de abdomen total hígado y páncreas.

EXPEDIENTE: 190013333006 2015000 85
DEMANDANTE: HUSDIOLA ADECILDA SAMBONI Y OTROS
DEMANDADO: SLAUD VIDA EPS EN LIQUIDACION Y OTROS
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

El 23 de septiembre de 2011, encuentran los exámenes normales a excepción del tac de cuello que presenta Neoplasia de glándula submadibular maligna con adenopatías ipsilaterales lado izquierdo, confirmando el diagnóstico de tumor maligno de glandula submaxilar.

La Secretaría de Salud del Departamento del Cauca autorizo la remisión del señor Jairo Samboni, siendo atendido el 24 de noviembre de 211 y se ordenó una biopsia de cuello.

Según el informe de Patología fechado el 7 de diciembre de 2011, se diagnostica carcinoma metastásico.

El 19 de diciembre de 2011 al percatarse de los resultados se ordena valoración con oncología clínica y se le manifiesta que el tratamiento es con quimioterapia y radioterapia , solo cirugía de rescate.

El 22 de diciembre de 2011 es atendido por oncología clínica a través de la Fundación FUNDACANCER y ordena la realización de una nasofaringoscopia, la cual no fue ordenada en forma oportuna, por parte de salud Vida y la Secretaria de Salud. Aduce que nunca se inicio el tratamiento con quimioterapia ni radioterapia.

El 13 de enero de 2012, se acude una vez más a la FUNDACION FUNDACANCER y se registra la ausencia de la nasofaringoscopia y se le ordena radioterapia con prelación.

El 6 de febrero el señor Jairo Samboni presenta sangrado masivo hace 15 días y consulta en el Hospital Universitario del Valle. Se hospitaliza al paciente hasta el 16 de febrero de 2012, realizando trasfusión sanguínea. Tiene una conducta definida por Oncología Clínica y radioterapia ambulatoria consistente en la realización de radioterapia más quimioterapia cada semana por seis semanas.

El 13 de marzo de 2012, una vez más consulta el señor Samboni en el Hospital Universitario del Valle por presentar desmayos asociados a pérdida de sangre, se hospitaliza y se valora urgente para radioterapia y oncología ya que no se ha iniciado manejo por dichas especialidades por dificultades en la autorización.

El 15 de marzo de 2012, se sigue a la espera de trasfusión para estabilizar y poder iniciar tratamiento simultáneo con quimioterapia y radioterapia, sin embargo, por dificultad administrativa de su EPS no se autoriza tratamiento de urgencia de paciente y sugieren contra remisión.

EXPEDIENTE: 190013333006 2015000 85
DEMANDANTE: HUSDIOLA ADECILDA SAMBONI Y OTROS
DEMANDADO: SLAUD VIDA EPS EN LIQUIDACION Y OTROS
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

Ante dichas omisiones se presenta una acción de tutela en contra de salud vida, siendo tutelado su derecho a la salud ordenándose a salud vida para que autorice la valoración por cirugía de cabeza y cuello, ordenes de quimioterapias, radioterapias consultas con medicina especializada y demás tratamiento integral.

Aduce que ante la falta de oportunidad y diagnóstico oportuno que padeció el señor Jairo Samboni en la atención medida de su cuadro patológico NOS por parte de la Secretaría de Salud y Salud vida el paciente fallece el 7 de diciembre de 2012.

2. Contestación de los demandados y llamados en garantía

2.1.- SALUD VIDA S.A EPS²

Salud Vida S.A EPS a través de su apoderada judicial indica como ciertos que el señor Jairo Samboni pertenece al régimen subsidiado desde el 1 de abril de 2004 hasta el 01 de enero de 2013, quien prestaba los servicios POS a través del régimen subsidiado y los no POS correspondía a la Secretaría de Salud Departamental, a través de su red de prestador de servicios hasta tanto no se confirmara como enfermedad catastrófica como carcinoma metastásico a cuello.

Dice que el paciente a pesar de tener servicios médicos a su disposición a través de la empresa Social del Estado Ese Sur Occidente – Argelia, no acudió a consulta sino después de un año de presentar una aparición de masa en cuello, por tanto, el proceso patológico había avanzado al momento de la consulta haciendo más gravosa su situación de salud.

Pese a ello la EPS atendió al paciente a través de su red de prestador de servicios, no siendo de su resorte la prestación médica asumida en cada uno de los centros asistenciales donde fue remitido el paciente.

Aclara que la cirugía que le fue prescrita a la víctima directa como cirugía de rescate, no tiene un pronóstico curativo, toda vez que el señor Samboni padecía de dicho tumor en cuello un año atrás de su primera consulta que era muy extenso y grave al momento de sus primeras consultas que no tenía opción de cirugía dado lo avanzado de su enfermedad.

Tacha de falso la afirmación de la demanda que refiere que nunca se le autorizó la nasofaringoscopia, quimioterapia y radiología, toda vez que a folios 144 y 145

² Fls.- 233- 2877 cdno ppal 2.

EXPEDIENTE: 190013333006 2015000 85
DEMANDANTE: HUSDIOLA ADECILDA SAMBONI Y OTROS
DEMANDADO: SLAUD VIDA EPS EN LIQUIDACION Y OTROS
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

se refiere y consta lo contrario y transcribe parte de la historia clínica, que refiere que recibió tratamiento entre el 27 de marzo y el 4 de abril de 2012, de igual manera hace alusión a la evolución medica por parte del Centro de Imbanaco en el cual se deja constancia de su tratamiento el cual inicialmente mostro mejoría pero después con progresión de la enfermedad llevándolo a múltiples complicaciones por cuanto la patología que presentaba se encontraba en un estado avanzado con múltiples comorbilidades y metástasis.

Aduce que respecto de los tratamiento POS no se presentó demora alguna y que la dilación si la hubo corresponde a la Secretaria de salud Departamental del Cauca , pero reitera que el estado de salud del señor Samboní tenía un año de avance lo cual hacia más crítica y gravosa la enfermedad por lo cual no puede considerarse que el señor Samboni falleció a causa de una supuesta negligencia médica, reitera que el señor Samboní no era candidato para cirugía en atención al estado de avance de la patología y solamente hacia posible la opción de quimioterapia y radioterapia los cuales fueron realizados en marzo de 2012 y a pesar de ello la enfermedad continuó su avance, dado que en sana lógica el pronóstico de vida del señor Samboni era ominoso.

Aduce falta de legitimación por pasiva dado que como EPS cumplió con sus deberes a través de la IPS de su red de prestador de servicios y porque entre los médicos de la IPS y la EPS no existe una relación de subordinación o dependencia, por tanto, considera que la EPS no participó en los hechos que llevaron al daño que se alega en la demanda.

Por otra parte, alega la falta de integración del litis consorte necesario al considerar que debieron ser vinculadas al proceso todas las entidades que tuvieron que ver con la atención al paciente y brindaron los servicios médicos no autorizados por la Secretaría de Salud, según el Acuerdo 028 del 2011.

Como excepciones de fondo propuso el hecho de un tercero, existencias de riesgos inherentes, libre escogencia inasistencia de responsabilidad por parte de Salud Vida S.A EPS.

Secretaría de Salud de Departamento del Cauca

Aduce que el paciente Jairo Samboni le fue prestada la atención de los servicios médicos por parte de la red de prestación de servicios de la EPS Salud Vida en atención a la afiliación que tenía con el régimen subsidiado.

Detalla las fechas en que fue atendido el señor Samboní en la Hospital de Argelia, Susana López de Valencia, Universitario del valle, Universitario de Popayán

EXPEDIENTE: 190013333006 2015000 85
DEMANDANTE: HUSDIOLA ADECILDA SAMBONI Y OTROS
DEMANDADO: SLAUD VIDA EPS EN LIQUIDACION Y OTROS
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

Cosमित Ltda, Clínica de Imbanaco, así como las autorizaciones expedidas por la Secretaria de Salud.

Afirma que el renombrado paciente asistió a la ESE SUR OCCIDENTE punto de atención de Argelia en fecha 28 de julio de 2011, con impresión diagnóstica de tumefacción de masa o cuello y remite a valoración por cirujano general según el folio 77 de la demanda, atención que corrió por cuenta de Salud Vida EP.S

Posteriormente, fue valorado en el hospital Susana López de Valencia en septiembre de 2011 quien diagnostica tumor maligno del tejido conjuntivo y tejido blanco masa en cuello y ordena tomografía axial, computarizada (Tac) de cuello radiografía de torax, ultrasonografía de abdomen total, hemograma glucosa folio 79.

El 23 de septiembre de 2011 fue valorado igualmente por cirugía general con análisis de resultados y realiza **el diagnóstico de tumor maligno de la glándula submaxiliar** ordena valoración por cirujano de cabeza y cuello (84). La atención en el hospital Susana López de Valencia y financiada por la EPS Salud vida.

El 29 de septiembre de 2011 es valorado el 29 de septiembre de 2011 por especialista en cirugía oncológica de COSMITET Ltda. y se ordena biopsia percutánea de glándula maxilar (97).

Seguidamente relaciona las atenciones del 24 de octubre y 22 de noviembre de 2011 por especialista de cirugía y cuello fueron autorizados por la Secretaria de Salud.

Valorado en fecha 19 de diciembre de 2011 por la misma especialidad y consigna cirugía de rescate y ordena valoración por oncología clínica folio 100 del expediente, cuya atención fue financiada por salud vida EPS.

Se ingresa la paciente al servicio de urgencias del Hospital Universitario del Valle en fecha 6 de febrero de 2012, por sangrado del tumor y egresa el 12 del mismo mes y año. Se ordena control por otorrinolaringología tumores. (folio 146).

Reingresa al servicio de urgencia el 13 de marzo de 2012 por sangrado en región del tumor y egresa el 28 de abril de 2012 con diagnóstico de carcinoma escamo celular de paladar blando, anemia secundaria, trastorno depresivo, desnutrición proteico calórica. Se ordena valoración por otorrinolaringología, tumores valoración por nutrición valoración por psiquiatría, valoración por psicología manejo del dolor, radioterapia y quimioterapia (fl.159), atención que fue prestada por cuenta que salud vida.

EXPEDIENTE: 190013333006 2015000 85
DEMANDANTE: HUSDIOLA ADECILDA SAMBONI Y OTROS
DEMANDADO: SLAUD VIDA EPS EN LIQUIDACION Y OTROS
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

Valorado en el centro Imbanaco el 13 de julio de 2012, en especialidad cirugía del dolor y cuidado paliativo con diagnóstico de cáncer escamo celular de paladar en progresión, ordena oxicodona de liberación lenta acetaminofén, Imipramina, metoclopramida (folio 102).

Valorado en Imbanaco con fecha 17 de julio de 2012 por el profesional en radioterapia y ordena valoración por oncología clínica (Folio 108), atención que fue financiada por IMBANACO.

El 1 de octubre de 2012 es valorado por oncología clínica del Hospital Universitario San José con diagnóstico cáncer estadio clínico grado IV glándula submaxilar izquierda y ordena rayos de tórax. (FI 88), cuya atención es financiada por salud Vida.

Posteriormente realiza un recuento de la normatividad frente a la prestación del sistema de seguridad social en salud y en especial los afiliados al régimen subsidiado de salud, las funciones de las entidades de salud respecto a sus afiliados, así como las competencias de los Departamentos frente a la población pobre en lo no cubierto con los subsidios a la demanda. Hace alusión a la resolución No. 3099 de agosto de 2008 que establece el procedimiento de recobro en el fondo de solidaridad y garantía FOSYGA y en especial los casos de pacientes con patologías de alto costo.

Concluye que la atención que se debió prestar a la patología que padecía el señor Jairo Samboni, por ser clasificada de alto costo, era del resorte de SALUD VIDA EPS, tanto es así que en la acción de tutela se desvinculó de la prestación de los servicios a la Secretaría de salud y ni siquiera fue vinculado para efecto del recobro de los servicios no POS

Aclara que la competencia del ente territorial respecto de las patologías de alto costo iba hasta la detección y diagnóstico del cáncer padecido por el paciente Samboni, sin embargo, una vez efectuado el diagnóstico el tratamiento y manejo de la patología le corresponde en su integridad a la EPS a la cual se encuentre afiliado el paciente tal como se desprende del acuerdo CRES 08 del 9 de diciembre de 2009 y el Acuerdo CRES No. 029 del 28 de diciembre de 2011, razón por la cual se justifica la emisión de dichas autorizaciones por parte de la Secretaría de Salud las cuales efectuaron en su totalidad y que en razón a ello se le realizaron consulta por primera vez por cirugía general, con diagnóstico de masa localizada en cuello, y consulta por primera vez por cirugía oncológica con diagnóstico de masa localizada en cuello, consulta por primera vez con anestesiología con diagnóstico de masa localizada en cuello y procedimiento biopsia, sala cirugía, honorarios, cirugía con diagnóstico de masa localizada en cuello.

EXPEDIENTE: 190013333006 2015000 85
DEMANDANTE: HUSDIOLA ADECILDA SAMBONI Y OTROS
DEMANDADO: SLAUD VIDA EPS EN LIQUIDACION Y OTROS
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

Efectuado el diagnóstico reitera que la obligación de atender al paciente es por cuenta de la respectiva EPS.

Con fundamento en lo anterior propone como medio exceptivo la falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de presupuestos de responsabilidad por ausencia del nexo causal por hecho de un tercero.

3. Relación de etapas surtidas

La demanda se presentó el 05 de marzo de 2015³, siendo admitida mediante auto interlocutorio N° 418 del 8 de abril de 2015⁴. La demanda y su admisión fue notificada el 15 de abril de julio de 2015⁵. La demanda fue contestada por SALUD VIDA EPS y el Departamento del Cauca, el 7 de julio de 2015, respectivamente⁶. Mediante auto 980 del 30 de julio de 2015, la suscrita se declaró impedida por la causal contenida en el numeral 3 del artículo 141 del CGP, toda vez que la abogada que contestó la demanda por parte de salud Vida es mi prima⁷. Mediante escrito presentada al despacho el 31 de julio de 2015, la abogada de Salud Vida renunció al poder conferido por salud vida.⁸ Mediante auto No. 1085 del 20 de agosto de 2015 se desató el recurso de reposición interpuesto por el apoderado de la parte actora ante la declaratoria de impedimento de la suscrita y se resolvió reponer para revocar.⁹ Se cumplió con las ritualidades propias del proceso según lo preceptuado por el artículo 179 del CPACA, así: una vez se corrió traslado de las excepciones propuestas según se registra en el Sistema de Información Siglo XXI, fijada la fecha para la celebración de la audiencia inicial ésta se llevó a cabo el día 20 de octubre de 2016¹⁰, fijándose en ella la fecha para la audiencia de pruebas, la que se realizó 10 de noviembre de 2017, 8 de mayo de 2018, 18 de febrero de 2019¹¹, en cuya última diligencia se clausuró la etapa probatoria y se corrió traslado a las partes para la presentación por escrito de los alegatos de conclusión y se le concedió al Ministerio Público la oportunidad para rendir concepto de fondo.

³ Fl.- 195 cdno ppal 1.

⁴ Fls.- 196 a 198 del cdno ppal.
-122 cdno ppal 1

⁵ Fl.- 204 cdno ppal 2.

⁶ Fls.- folio 233 y 288 a 418 del cdno 2 y 3.

⁷ Folio 369 del cdno 2

⁸ Folio 371 cdno 2.

⁹ Folio 3

¹⁰ Fls.- 381 cdno ppal 2.

¹¹ Fls.- 419- 422, 427 -428, 458 cdno ppal 3.

EXPEDIENTE: 190013333006 2015000 85
DEMANDANTE: HUSDIOLA ADECILDA SAMBONI Y OTROS
DEMANDADO: SLAUD VIDA EPS EN LIQUIDACION Y OTROS
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

4. Los alegatos de conclusión

4.1. Del Departamento del Cauca¹²

Mediante memorial radicado en el despacho el 21 de febrero de 2019, el Departamento del Cauca, reiteró que la prestación de los servicios médicos estaba a cargo a partir del diagnóstico de SALUD VIDA EPS.

Alude que la muerte del paciente no se desencadenó por la mala prestación del servicio de parte del Departamento del Cauca, dado que la entidad territorial no participó en ella. Además, refirió que los eventos de salud del señor Samboni obedecieron a circunstancias de etiología diferente que se encuentran debidamente demostrados en la historia clínica.

Nuevamente resalta el marco normativo en cuanto a las competencias de la entidad territorial en materia de salud y las EPS del régimen subsidiado y destaca que a esta última le compete la prestación de los servicios de salud a través de su red de prestador de servicios, por lo que considera que el daño que se alega no le es imputable.

4.2 Salud Vida EPS.

Reitera las manifestaciones de la contestación de la demanda y en especial el recuento de la historia clínica aclarando que el 22 de diciembre de 2011 cuando es atendido por la Fundación RENACER no se ordenan quimioterapias. Adicionalmente, destaca que para la atención del 17 de julio de 2012 por parte de Imbanaco se registra consumo frecuente de alcohol y se descarta posibilidad quirúrgica.

Aduce que del recuento de la historia clínica se infiere que Salud Vida cumplió al autorizar las atenciones requeridas por el usuarios dirigidas a las instituciones que conformaban para esa época la red de prestador de servicios, por tanto de existir falla la misma puede ser predicable del tratamiento que dispusieron los profesionales de la salud.

Aduce que en virtud del principio de continuidad e integralidad del servicio de salud es del resorte de los prestadores del servicio de salud el agendamiento de las citas las cuales de agendan de acuerdo a la programación de cada entidad.

Dice que la ilegibilidad de las historias clínicas impiden el análisis de todos los factores que conllevaron posiblemente a la configuración del daño.

¹² Fl 461 a 484

EXPEDIENTE:	190013333006 2015000 85
DEMANDANTE:	HUSDIOLA ADECILDA SAMBONI Y OTROS
DEMANDADO:	SLAUD VIDA EPS EN LIQUIDACION Y OTROS
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA

Reitera la falta de legitimación en la causa por pasiva al considerar que no se puede predicar un vínculo entre los hechos y omisiones que originan el presente proceso dado que el diagnóstico no se origina en un acto de la EPS y el procedimiento quirúrgico de cuello fue descartado del tratamiento debido al estado avanzado de la enfermedad. De acuerdo al testimonio del Dr. Javier Gutierrez y la documentación científica existente era tratamiento era de tipo paliativo y por ello, las sesiones de quimioterapia y radioterapia fueron cortas.

Frente a la prueba testimonial aduce que el señor Reinaldo Muñoz es un testigo que indicó que no le consta todos los procedimientos realizados al señor Samboni. Por otra parte, el testigo Ivan Valencia Ordoñez, fue impreciso dudoso contradictorio pues nada le consta ya que no tuvo contacto con el señor Samboni.

Hizo referencia a la declaración del Dr. Gutierrez como ilustrativo de la patología que padecía el señor Samboni y explicó la importancia de la cirugía de rescate, así como también aclaró la relevancia de consultar en forma temprana la enfermedad, sin embargo, indicó que generalmente en el tipo de tumor que tenía el señor Samboni "no hay tamizaje". Aclaró que son tres los factores de riesgo del carcinoma escamocelular metastásico a cuello presentados en el señor Jairo Samboni como el cigarrillo, las bebidas alcohólicas y el papiloma humano.

Por su parte el médico Radio oncólogo Dr. Jacob Álvarez definió la radioterapia y explicó que la respuesta fue nula dado que el tumor persistió en un 90%. Estableció que la patología padecida por el renombrado paciente es de las enfermedades que tienen mala respuesta a los tratamientos y que producen constates recaídas.

Concluye que la grave enfermedad del diagnóstico del carcinoma, el grado avanzado de la enfermedad al consultar por el paciente y el consumo de alcohol, permiten desvirtuar la pretendida responsabilidad de SALUD VIDA S.A E.S.P.

Contrario a lo afirmado por el apoderado de la parte actora, SALUD VIDA EPS concluye que efectivamente se cumplieron las obligaciones contractuales del régimen subsidiado de salud para con el afiliado Samboni , realizando las gestiones ante las instituciones prestadoras de servicio de salud y en lo que respecta a la responsabilidad extracontractual entendida como incumplimiento genérico de no causar daños alega que la entidad promotora de salud no tiene injerencia alguna en el daño alegado dado que la atención medica como tal

EXPEDIENTE: 190013333006 2015000 85
DEMANDANTE: HUSDIOLA ADECILDA SAMBONI Y OTROS
DEMANDADO: SLAUD VIDA EPS EN LIQUIDACION Y OTROS
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

recayó en el personal médico de las IPS en las que acudió el paciente, por tanto se opone a las súplicas de la demanda.

4.3. Parte actora

Aduce que en el presente caso el deceso no fue causado por la E.PS sino que se trató de un evento natural conforme al alto grado de la patología padecida como quiera que cuando se acudió al centro asistencia el hecho dañosos estaba instaurado en su organismo y que de haberse tomados diferentes decisiones “ en un altísimo porcentaje el desenlace final no habría cambiado la gravedad de la patología. Sin embargo, conforme lo manifestado por el galeno Javier F. Guiterrez que atendió al paciente que indicó que a pesar que la patología no es de buen pronóstico existe un porcentaje del 20% en la recuperación de los pacientes.

Aduce que la Secretaría del Salud y Salud Vida retardaron y NO autorizaron los procedimientos ordenados por los médicos tratantes de quimioterapia y radio terapia al señor Samboni lo que a su juicio contribuyó a la desmejora de su estado de salud y le restara oportunidad de una mejor calidad de vida o seguramente de una curación, a pesar del mal pronóstico de la enfermedad, que según su criterio hubiese podido estar dentro de ese 20 por cientos de habersele realizado los procedimientos.

Argumenta que la muerte del señor Samboní causó perjuicios del orden material e inmaterial según los testigos recepcionados en la audiencia de pruebas y por tanto requiere, acceder a las suplicas de la demanda.

5. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no presentó concepto.

EXPEDIENTE: 190013333006 2015000 85
DEMANDANTE: HUSDIOLA ADECILDA SAMBONI Y OTROS
DEMANDADO: SLAUD VIDA EPS EN LIQUIDACION Y OTROS
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Presupuestos procesales

1.1. Caducidad, procedibilidad del medio de control y competencia

Las pretensiones de la parte demandante se sustentan en la muerte del señor Jairo Samboní que tuvo lugar el 7 de diciembre de 2012, según se indica en la demanda por falta de las autorizaciones oportunas que le hubieran permitido las posibilidades de cura que dice tenía el paciente frente al cáncer que padecía, por lo que los dos años para presentar la demanda de que trata el numeral 2, literal i) del artículo 164 del CPACA, irían hasta el 8 de diciembre de 2014. No obstante la solicitud para audiencia de conciliación prejudicial se presentó ante la Procuraduría el 5 de diciembre de 2014¹³ la cual se llevó a cabo el 4 de marzo de 2015, fecha en la que se declaró fracasada. El día 5 de marzo de 2015, se radico la demanda, por tanto, la demanda se presentó en tiempo hábil.

Además, teniendo en cuenta la naturaleza del medio de control, la cuantía y el lugar de ocurrencia de los hechos, este Juzgado es competente para conocer del presente asunto en primera instancia conforme lo prevé el artículo 155 numeral 6° de la Ley 1437 de 2011.

2. El problema jurídico

Le corresponde al Juzgado establecer ¿Si la SALUD VIDA EPS SA ESP Y el Departamento del Cauca, son responsables administrativa y patrimonialmente de los perjuicios que se dice fueron ocasionados a la parte demandante por cuenta de falta o retardo en las autorizaciones de las órdenes médicas y procedimientos ordenados por los médicos tratantes en el curso del tratamiento seguido al paciente JAIRO SAMBONI MUÑOZ, quien falleció el 7 de diciembre de 2012.?

Como problema jurídico asociado, se deberá determinar si se encuentran acreditadas las excepciones de falta de legitimación, exclusión de amparo e inexigibilidad del seguro por ausencia de pruebas del siniestro.

3.- Tesis del Despacho

Conforme a los postulados de la demanda, de las contestaciones y de las pruebas obrantes en el caso de autos, se observa que si bien es cierto hubo

¹³ Folio 165 de cdno ppal 1

EXPEDIENTE: 190013333006 2015000 85
DEMANDANTE: HUSDIOLA ADECILDA SAMBONI Y OTROS
DEMANDADO: SLAUD VIDA EPS EN LIQUIDACION Y OTROS
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

demoras en la autorización de los servicios médicos , dicha dilación no fue la causa eficiente de la muerte del paciente. Tampoco se puede aseverar que en el presente caso existió perdida de oportunidad como quiera que el paciente acudió al servicio médico un año después de percibir la masa en cuello y el carcinoma en cuello se encontraba estado III y IV. Por tanto, el paciente no era candidato a cirugía, y por ende, no era apto para recibir la ventaja que se pretendía, no pudiendo establecerse que el paciente tuvo una perdida cierta de posibilidades o probabilidades de cura o sobre vida, más allá de lo que permitía el curso de la patología padecida.

4. Lo probado en el proceso

- Documental:

A folio 35 obra copia de solicitud de autorización de servicios de salud de la ESE SUROCCIDENTE – ARGELIA de fecha 28 de julio de 2011, en la que se remite al servicio de cirugía general al señor SAMBONI, que presenta masa en cuello de consistencia dura adherida a planos profundos de crecimiento progresivo, se envía para valoración especializado.

El 2 de agosto de 2011, El Hospital Susana López de Valencia ordena un TAC simple y contratados de cuello. Fl (78).

Fecha: 02/09/2011: Hallazgos: Consulta por presentar desde hace un año masa en cuello, sobre músculo esternocleidomastoideo izquierdo, masa de crecimiento progresivo, últimamente dolorosa, no cambios en el tamaño de la masa, no otras masas, no cambios en el timbre de voz, refiere sensación de disfonía, ardor en garganta. Quirúrgicos: laparotomía por trauma (fl. 79).

Diagnósticos: Tumor maligno del tejido conjuntivo y tejido blando, de sitio no especificado. Tumor cuello.

El 13 de septiembre de 2011 se toma ecografía de abdomen total cuya conclusión está dentro de los límites normales (Fl.94)

El 23 de septiembre de 2011 fue valorado igualmente por cirugía general con análisis de resultados y realiza el diagnostico de tumor maligno de la glándula submaxiliar ordena valoración por cirujano de cabeza y cuello (84).

Fecha: 23/09/2011: Desde hace un año una masa de crecimiento progresivo en cara lateral izquierda de cuello.

EXPEDIENTE: 190013333006 2015000 85
DEMANDANTE: HUSDIOLA ADECILDA SAMBONI Y OTROS
DEMANDADO: SLAUD VIDA EPS EN LIQUIDACION Y OTROS
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

Hallazgos: Remisión a cirugía de cabeza y cuello. Requiere resección tumor más vaciamiento de cuello.

Diagnósticos: Tumor maligno de la glándula submaxilar. (fl. 84).

Se ordena exámenes de abdomen total hígado páncreas vesícula vías biliares riñones y grandes vasos (F.180 y 81)

Obra resultado del examen enviado por el cirujano oncólogo , el cual se diagnostica: Masa Cervical Izquierda, extendido de líquido sanguinolento, Escasos grupos de linfocitos normales.

El 28 de septiembre EPS Salud Vida cancela a la Clínica Rey David consulta para valoración por cirugía y cuello F. 38

El 29 de septiembre de 2011 por especialista en cirugía oncológica de COSMITET Ltda y se ordena Biopsia Percutanea de glándula maxilar (97).

29/09/2011: Hace un año masa cuello izquierdo

TAC: Gran masa desde región submaxilar izquierda proyectada a cuello... (fl. 97).

Consultó en el HUSJ de Popayán donde le hicieron una FINAC (10-10-2011) que no fue concluyente. Desde entonces noto eritema local, con salida de material serosanguinolento. (fl. 116).

La Secretaría Departamental de Salud el 22 de noviembre de 2011 consulta para cirugía de cabeza y cuello. Fl 35y 37

24/11/2011: Gran masa cuello izquierda fija... (fl. 100).

28/11/2011 Se autoriza estudio de patología y anestesiología, imagenología.(39 a 41 cdno pbas).

El 19 de diciembre de 2011, se realiza biopsia de cuello con aguja No. 14, y ante el informe de patología del 7 de diciembre de 2011, cuyo diagnóstico es masa en cuello lado izquierdo. Nivel de Biopsia III. Se escribe tratamiento carcinoma escamocelular metastásico. Solo cirugía de rescate valoración por oncología clínica.

Según la historia clínica de la Fundación Fondo de Drogas para el Cáncer – FUNCANCER, realizaron las siguientes anotaciones:

Fecha: 22/12/2011: Enfermedad actual: historia de más o menos un año de aparición de masa en la región izquierda del cuello, indolora. Anota crecimiento progresivo lento. Hace más o menos tres meses notó crecimiento rápido, con dolor asociado. No signos inflamatorios iniciales.

EXPEDIENTE: 190013333006 2015000 85
DEMANDANTE: HUSDIOLA ADECILDA SAMBONI Y OTROS
DEMANDADO: SLAUD VIDA EPS EN LIQUIDACION Y OTROS
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

Plan Ciclos de quimioterapia = Ciclos ordenados 0 se da recomendaciones y exámenes de base.

Fecha: 22/12/2011: Se pide nasofaringolaringoscopia y biopsias con urgencia y prelación (fl. 116-117).

Fecha: 02/01/2012: ... No le hicieron la nasofaringolaringoscopia (Problema con la EPS)... (fl. 118).

Fl.119: orden médica en la que se lee: nasofaringolaringoscopia urgente, se ordenó desde el 22/12/2011.

Se ordena evaluación por radio terapia con prelación Fl.120

El 6 de febrero de 2012 se anota paciente que desde hace un año presenta masa en hemicuello, valorado en varias oportunidades por oncología clínica. En nota de oncología reportan del 22 12 11 tac de torax y abdomen negativo. Hoy acude por sangrado a nivel de masa en cuello se presente desde hace quince días y e intensifica los últimos días . (...) Se deja hospitalizado.

09 /02/ 2012 ...Se considera que por el gran compromiso de las estructuras (ilegible) y dado que se trata de un carcinoma metastásico no es de manejo quirúrgico y se solicita remisión por radioterapia y Oncología

10//02/2012 Se realiza biopsia de orofaringe EUDA (10/02/12 Normal .

Se realiza la fibrolaringoscopia.

13/02/2012 Se reporta informe de patología cuyo diagnóstico es cáncer

Como hallazgos se reportan masa ulcerada en pilar amigdaliano anterior derecho y paladar.

14/02/2012 Cirujano oncólogo reporta ulceración de paladar blando y fosa tonsilar bilateral, define según resultado de biopsia, manejo por oncología clínica del 22 12/2011 reporta tag abdominal negativo. (,,,) acude por sangrado a nivel de masa en cuello el cual se presenta desde hace 15 días

Fecha: 13/03/2012: Diagnóstico: Carcinoma escamocelular de paladar blando, sangrado a metástasis en cuello y anemia (sospecha). Hoy consulta por que se desmayó.

EXPEDIENTE: 190013333006 2015000 85
DEMANDANTE: HUSDIOLA ADECILDA SAMBONI Y OTROS
DEMANDADO: SLAUD VIDA EPS EN LIQUIDACION Y OTROS
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

Se hospitaliza, se solicita hemograma... urgente por radioterapia y oncología clínica.

No se ha iniciado manejo por dichas especialidades por dificultades en la autorización, pues el paciente es del Cauca. (fl. 136).

Fecha: 15/03/2012: Paciente con diagnóstico de carcinoma escamocelular en paladar, fue valorado por el servicio de radioterapia + oncología clínica... el paciente está en espera de ser transfundido y estabilizado hemodinámicamente. Sin embargo, por dificultad administrativa de su EPS SALUD VIDA, no se ha autorizado traslado de urgencia del paciente y sugieren contraremisión. (fl. 137).

Fecha: 16/03/2012: **paciente es valorado por oncología clínica** se atiende al llamado de la jefe del servicio sin tener hoja de interconsulta:

(...) Ilegible Cita control (Externa una vez estabilizado)

19/03/2012 ... Tiene pendiente inicio de radio terapia más quimioterapia cada semana por seis semanas para lo cual requiere ser estabilizado y trasfundido.

... Paciente con conducta definida por el servicio de radioterapia y quimioterapia a quien su EPS autorizó inicio de tratamiento en Cali por lo cual se considera solicita revaloración con oncología clínica y radioterapia pendiente de trasfundir

URI: Paciente con diagnóstico de carcinoma de paladar, con conducta definida por radioterapia y oncología clínica, en espera de ser transfundido..., continúa igual manejo y vigilancia clínica.

No ha sido posible transfundir por no disponibilidad de GRE O negativo.

Fecha: 17/03/2012: No ha sido posible transfundir 2 unidades de GRE, por no disponibilidad del tipo O negativo.

Se diligencia formato de remisión al Hospital San José, según lo indicado por Oncología clínica – radioterapia el 15/03/2012, se envían CRYC para gestionar trámite administrativo.

Fecha: 18/03/2012: Paciente con diagnósticos anotados, tiene pendiente transfusión de 2 unidades de glóbulos rojos y remisión a nivel 2 (Popayán). Continúa igual manejo y estricta vigilancia clínica. (fl. 139).

Fecha: 20/03/2012: ... pendiente de transfundir... (fl. 140 vuelto).

EXPEDIENTE: 190013333006 2015000 85
DEMANDANTE: HUSDIOLA ADECILDA SAMBONI Y OTROS
DEMANDADO: SLAUD VIDA EPS EN LIQUIDACION Y OTROS
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

23/03/2012... Paciente quien no es candidato para manejo quirúrgico por parte de ORL

26/03/2012. Radioterapia Junta. mañana a las 8 a.m. para iniciar radioterapia (ilegible) en 7 sesiones

El 27 de marzo de 2012 se autoriza por parte de salud vida a aplicación de glóbulos rojos

18/04/2012 Se interroga al paciente y de llega la a conclusión de que la lesión intraoral del paladar blanco y el pilar amigadaliano corresponde al valorado (ilegible) es decir al mismo en que presentó la masa grande de cara lateral del cuello. Con la teleterapia recibida que se adelantó inicialmente en dos sesiones de 400 (ilegible) con finalidad hemostática seguido de cinco sesiones de 300 para un total de 2300 (ilegible). La radio terapia se adelantó entre el 27 de marzo y el 4 de abril de 2012 con una reducción considerable del tamaño de la masa actualmente queda una zona ulcerada aproximadamente 6 x 7 cm de diámetro.

Es de tener en cuenta que la profesión de este paciente ha sido soldadura eléctrica para toda clase de hierro que ha ejercido desde niño. Valorado minuciosamente con el Dr. Amaya se cita para el miércoles 25 de abril para considerar refuerzo.

Obran los registro de terapia respiratoria del 16 de abril de 2012 a al 27 del mismo mes y año. FI 154 a 156.

25/04/2012. Se cita para mañana para refuerzo de electrones.

En julio de 2012 en formato hemo oncológico se registra sesiones de quimioterapia con cisplatino FI 115.

Valorado en el centro Imbanaco el 13 de julio de 2012, en especialidad cirugía del dolor y cuidado paliativo con diagnóstico de cáncer escamo celular de paladar en progresión, ordena oxicodona de liberación lenta acetaminofén, Imipramina, metoclopramida (folio 102).

El 16 de julio de 2012, en el Centro médico Imbanaco se anota que se encuentra a paciente en mal estado general ambulatorio con lesión en espacio parafaringeo izquierdo, paladar blando y linfema de hemicara izquierda, lesiones metastásicas en cuello niveles I al V y región retroauricular izquierda.

(Ilegible) ... este no es un paciente quirúrgico y debe ser manejado en el servicio de oncología para el tratamiento de rescate y valoración por radio terapia.

EXPEDIENTE: 190013333006 2015000 85
DEMANDANTE: HUSDIOLA ADECILDA SAMBONI Y OTROS
DEMANDADO: SLAUD VIDA EPS EN LIQUIDACION Y OTROS
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

Se observa cotización para acelerador lineal grupo 3 medico remitente Obirne

Valorado en Imbanaco con fecha 17 de julio de 2012 por el profesional en radioterapia y ordena valoración por oncología clínica (Folio 108), atención que fue financiada por IMBANACO.

Se anota que tiene evaluación de por clínica del dolor que inicia manejo analgésico y se ofrece radio frecuencia, cirugía de cabeza y cuello quienes descartan posibilidad quirúrgica es enviado a evaluación, como antecedentes en hábitos se registra el consumo frecuente de alcohol. (fl. 111).

13/07/2012: Examen: oral con apertura oral 3 dedos, sin signos de mucositis, edema geniano izquierdo, retracción tumoral comprometiendo globalmente el hemicuello izquierdo, lesión de aspecto neoplásico retroauricular y parálisis facial periférica ipsilateral (fl. 102).

En nota de evolución hemo oncológica clínica de fecha 17 de julio de 2012, se anota: paciente carcinoma metastásico el paciente recibió manejo de RT y platino en el HUV, no tengo reporte de la quimioterapia pero la familia es clara en decir que era cisplatino. Se le explica la familiar que debe mostrar esta nota en radioterapia y una vez se termina la radioterapia podríamos pensar en manejo con quimioterapia sistémica según la respuesta por la enfermedad tan voluminosa. Se le explica al paciente Cita en 5 semanas.

En anamnesis se anota "... tiene reporte de nueva biopsia febrero de 2011, que informa carcinoma escamocelular moderadamente diferenciado e infiltrante programado en el hospital Universitario del Valle para iniciar radio y quimioterapia en marzo de 2012, según reportes de radio terapia recibió dos dosis de 400CGY con finalidad hemostática seguidos de tres dosis de 3000CGY no se describe la técnica o extensión de los campos anotan reducción importante de la lesión con persistencia de una zona ulcerada de 6x7 cm se programó refuerzo pero por problemas administrativos no fue autorizado. (fl. 114).

16/07/2012: Enfermedad actual: Paciente con diagnóstico de carcinoma escamocelular de paladar metastásico a cuello, manejado con quimioterapia y radioterapia en HUV hasta abril. Presentó sangrado profuso por lesiones en cuello, con anemia secundaria. El tratamiento lo recibió hospitalizado hasta el 27 de abril, cuando se le da salida para continuar Quimio y Radioterapia ambulatorias, pero no ha recibido estos tratamientos por problemas administrativos de su EPS.

Encuentro paciente en mal estado general, ambulatorio, con lesión en espacio parafaríngeo izquierdo, paladar blando, linfo edema de hemicara izquierda,

EXPEDIENTE: 190013333006 2015000 85
DEMANDANTE: HUSDIOLA ADECILDA SAMBONI Y OTROS
DEMANDADO: SLAUD VIDA EPS EN LIQUIDACION Y OTROS
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

lesiones metastásicas en cuello niveles I al V y región retroauricular izquierda. (fl. 105).

Fecha: 17/07/2012: Tiene reporte de nueva Biopsia de febrero de 2011, informa carcinoma escamocelular moderadamente diferenciado infiltrante. Fue programado en Hospital Universitario del Valle para iniciar radio y quimioterapia en marzo de 2012, según reportes de radioterapia recibió 2 dosis de 400CGY con finalidad hemostática, seguidos de 300CGY, no describen la técnica o extensión de los campos, anotan reducción importante de la lesión con persistencia de una zona ulcerada de 6x7 cm, se programó refuerzo, pero por problemas administrativos no fue autorizado. (fl. 107):

Tiene evaluación por clínica de dolor que inicia manejo analgésico y se ofrece radiofrecuencia. Cirugía de cabeza y cuello. Quienes descartan posibilidad quirúrgica. Es enviado a evaluación.

El 15 de agosto de 2012 se anota: Paciente en tratamiento de radioterapia fue valorado por el Dr. Urrego, quien considera reprogramar paciente en quimioterapia una vez finalizada y de acuerdo a la respuesta de la radio debido al gran volumen tumoral, paciente informa presentar náuseas, vómito.

El 21 de julio de 2012, se registra en la historia clínica de Imbanaco:

Paciente con antecedentes de carcinoma escamocelular metastásico que es manejado con radioterapia hasta abril. Consulta por que hace dos días presente dolor intenso que no cede con medicina asociado a emesis. Se deriva al HSLV para hidratación analgesia y antiinflamatorio. (CD fl. 25 cdno pruebas).

El 27 de agosto de 2012, se anota por parte del centro de Imbanaco ... pálido en regular condición se aprecia lesión ulcerada en hemicuello izquierdo con poca respuesta, se aprecia además lesión nodular 2 cm región masteídeo de nula **respuesta a la radioterapia**, edema en cara tiene pendiente evaluación por oncología para manejo con quimioterapia se da por terminado el manejo de boosts de radioterapia, se envía a control en cirugía de cabeza y cuello y oncología. (negrilla fuera de texto).

El 30 de agosto de 2012, se expidió autorización para servicios de salud por parte de la EPS SALUD VIDA, para la especialidad cirugía general – consulta de primera vez por medicina especializada (fl. 47), a favor del señor SAMBONI que presentaba un diagnóstico de: "Tumor maligno del tejido conjuntivo y tejido blando, de sitio no especificado".

EXPEDIENTE: 190013333006 2015000 85
DEMANDANTE: HUSDIOLA ADECILDA SAMBONI Y OTROS
DEMANDADO: SLAUD VIDA EPS EN LIQUIDACION Y OTROS
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

El 7 de septiembre de 2012 en la Fundación para el cáncer se anota que ha sido remitido a esta institución para su manejo(...) paciente que es evaluado la última vez por mi 2 de enero de 2012 y solo hasta ahora regresa, fue evaluado por la Dra. Obyrne pero no explica la razón de no hacer el procedimiento que se sugirió y se lo envió a RT.

Se ordenan medicamento NO POS (fl 122 y 123).

Al examen del paciente se anota adulto en pésimas condiciones generales con masa ulcerada en lado izquierdo, conjuntivas pálidas en el paladar duro se aprecia eritema marcado pero no se ve masa o lesión ulcerada, el paciente tiene trismus moderado. En el nivel III se parecía masa ulcerada. (...) Ciclos de quimioterapia = ciclo ordenada = cita de control = se le dan indicaciones. **NO se le ofrece en su programa de QT el cisplatino por su depuración tan baja y solo se ofrece cetuximab, se le explica al familiar el estado clínico y pronóstico.**

Fecha: 1/10/2012: Especialidad: Oncología

Enfermedad actual: Paciente que hace 18 meses le apareció una masa submaxilar izquierda... DX Cancer Estadio Clínico IV glandula submaxiliar izquierda(fl. 88).

A folios 286-287 del cuaderno principal obra copia de una certificación expedida por la Subdirectora Médica de SALUD VIDA EPS, en relación a las autorizaciones del paciente JAIRO SAMBONI MUÑOZ, para los años 2011 a 2012.

Según la historia clínica del Hospital Universitario San José de Popayán El 1 de octubre de 2012, se indica que el paciente hace 18 meses le apareció una masa submaxilar izquierda que reporta carcinoma metastásico, recibió tratamiento en Cali RTX + QX en platino +celuxias 5d+ias, 2 días de 400 (ilegible) y luego 3 días de 300 gr HUV persisten con ulcerada hace 3 meses aparece de nódulo izquierdo desde junio de 2012 no recibe tratamiento a pesar que ha sido valorado por (Urrego..ilegible) actualmente con dolor en el área fácil , duele deprime no duerme. Se describe que el cuello presenta nódulo izquierdo región cervical edema en mejilla izquierda ... **el paciente se rehusa al tratamiento.**(negrilla fuera de texto) (Fl. 88 vuelto).

Conducta a seguir para ver posibilidades de tratamiento con (...) RX triax PA.

El 03 de octubre de 2012 se toma la imagen de tórax PA o PA y lateral de reja costal

EXPEDIENTE: 190013333006 2015000 85
DEMANDANTE: HUSDIOLA ADECILDA SAMBONI Y OTROS
DEMANDADO: SLAUD VIDA EPS EN LIQUIDACION Y OTROS
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

Obra fallo del Juzgado Cuarto Penal con funciones de Control de Garantías del 30 de marzo de 2012, por medio del cual se resolvió la tutela interpuesta por el señor REINALDO MUÑOZ, en calidad de agente oficioso del señor JAIRO SAMBONI, aduciendo que Salud Vida se niega a expedir las autorizaciones para la valoración de cirugía de cabeza y cuello, citas con especialista radioterapias y el suministro de medicamentos. Acción tutelar que se dirigió en contra de Salud vida, no obstante, guardó silencio en dicha oportunidad y por tanto se tuvo como ciertos los hechos manifestados en el escrito tutelar y en consecuencia el Juzgado de conocimiento amparó el derecho a la salud y vida del agenciado y ordenó a Salud Vida que si aún no lo ha hecho procediera a expedir las respectivas autorizaciones. (Fl 88 cdno de pbas).

Descansa certificación de la Directora médica de Salud Vida EPS en la cual se relacionan autorizaciones a nombre del paciente JAIRO SAMBONI. (fl 287 y 288)

Testimonial:

El médico JAVIER F. GUTIERREZ – Cirujano Oncólogo y con maestría en oncología, señaló bajo la gravedad del juramento que trabaja en el Centro Médico Imbanaco hace 20 años y es docente universitario. Consultó las historias clínicas a finales del año 2011 y por ello puede decir que atendió al señor Samboní con un cáncer de orofaringe locamente avanzado el cual envió radio y quimioterapia. Consultó de forma particular en Imbanaco y lo envió a la entidad a que recibiera sus tratamientos respectivos. Durante las atenciones realizadas se diagnosticó que se trata de un carcinoma escamocelular de la orofaringe que es la parte de atrás después de donde está la úvula y las amígdalas y la pared posterior que se observa cuando abre la boca y baja la lengua con un baja lenguas. Explicó que más 90% de los canceres son de este tipo y dado que ese es el cáncer más frecuente en esa localización, generalmente hay unas normas que indica como tratar estos tumores la mayoría de las veces más de 80 por ciento de las veces las canceres en estas región son canceres muy avanzados y generalmente se manifiestan como el señor Jairo como una masa a nivel lateral del cuello. En el caso de él tenía una masa grande fija en el cuello izquierdo y con un tumor localmente avanzado en la parte de la amígdala izquierda y el paladar blando. Dijo que se clasifican esos tumores por el tamaño o la extensión como un T3 o T4 y por el tamaño de este que era más o menos de 6 cm era un T3. En cáncer se usa mucho la clasificación de N que son nódulos y de T que es tamaño. Estos tumores es muy raro que den metástasis a distancia lo que más ponen problema al manejo y paciente es que crecen con grandes volúmenes y no es que se vayan a otras partes como el cáncer de seno. Este tipo crece localmente y produce síntomas cuando está muy avanzado. En el caso del paciente Samboní tenía un cáncer muy avanzado de la orofaringe un estado 3 o 4. Todas las guías en el mundo, los americanos, los europeas, las guías del Instituto de Cancerología Americano, las guías de cabeza y cuello determinan que estos pacientes van muy mal con cirugía y el manejo básicamente es con quimo y radio terapia en el caso de él, la Dra. Obirne lo vió en Imbanaco también. Desde la época del 90s, 2000 hay varios estudios que decían que los pacientes

EXPEDIENTE: 190013333006 2015000 85
DEMANDANTE: HUSDIOLA ADECILDA SAMBONI Y OTROS
DEMANDADO: SLAUD VIDA EPS EN LIQUIDACION Y OTROS
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

se operaban y se les daban quimo y radio versus dar quimioterapia y radio terapia y todo mostraron consistentemente que el tratamiento ideal del cáncer localizado en orofaringe es radio terapia y quimioterapia y no cirugía como se había dicho anteriormente. Este paciente tiene riesgos de morbilidades y mortalidades y queda el tumor. Dice que no maneja la parte de radio terapia o quimioterapia y por eso se derivó a este tipo de terapia. Este paciente lo atendió el Dr Hijuelo en el Hospital Universitario del Valle, en febrero de 2012 también con radio terapias y le habían ordenados sus procedimientos respectivos. El problema con estos canceres es que son de muy mal pronóstico, la mayoría de los artículos médicos hablan de mortalidades del 50% entre el primero y segundo años, es decir que yo tengo 100 pacientes con este tipo de cáncer y el primer y segundo año fallece, la mitad son agresivos y problemáticos del manejo. Estos pacientes les da radioterapia y quimioterapia y el tumor vuelve a crecer y es un problema porque ya el paciente el paciente está muy enfermo, incluso el Hospital consideraron re irradiar, pero también vi mandaron a Imbanaco y ahí vi que el Dr. Álvarez radioterapeuta también lo vio, este pacientes también progresan, tenía una masa ulcerada de 7 centímetros que sangraba, se le baja la hemoglobina, es una ulcera que se vuelve un problema terapéutico tienen unos problema de inoperabilidad, no se benefician de la cirugía, los oncólogos cuando el cáncer de esta naturaleza pasan a una segunda línea que es paleativa no curativa, es tratar de calmar la enfermedad y los terapeutas después de dar radioterapia tratan de dar otras dosis pero es un tema de manejo de cuidados paleativos, sin curarlo por eso vi en Imbanaco también lo vio el Dr Linares, que era paleativista y la historia que paso con Don Jairo es lo que menciona en la literatura que la mitad de los casos en el primer y segundo año tiene evoluciones difíciles, son de difíciles por que el tumor crece y no se puede dar más radioterapia, el oncólogo vio un paciente demasiado frágil y no se puede dar más radio terapia y entonces muchos de estos pacientes terminan en cuidados paleativos. Dice que lo vio por primera vez el 27 de noviembre de 2011, se le hicieron unas biopsias que se reportaron el 7 de diciembre de 2011 con el diagnostico, él tenía varios meses de evolución con esta masa en el cuello y en ese momento consignó que es de manejo con radio y quimioterapia para que lo viera oncología clínica y radioterapia. Indicó que trabajo con Cosmited Rey David, pero no sabe si lo atendió en dicha clínica. El apoderado de la parte actora, le indica que fue lo valorado por él, el 29 de septiembre de 2011 ante lo cual le indica que no recuerda. El apoderado le pone de presente la historia clínica. El médico manifiesta que según dicho documento se lee: hace un año tiene una masa en cuello la escanografía una gran masa en el cuello que involucra los vasos y el esternocleidomastoideo y que le ordena una biopsia percutánea que es lo que hay que hacer con esas masas. Indicó que para la atención del 29 de septiembre de 2011 en la Rey David, no tenía biopsia, la cual es necesaria para empezar un tratamiento, se pide usualmente una escanografía para que llegue al especialista con dicho examen. Sin la biopsia no le pueden adelantar el tratamiento. Usualmente si es paciente tiene una biopsia que dice cáncer no se repite porque es concluyente. Dijo que La biopsia del 24 de noviembre 2011 con una citología aspirativa no era concluyente y por ello explicó que las biopsias van de menor a mayor como unas agujitas pequeñas y luego progresando a una mayor de tal manera lo vi como una biopsia que no era concluyente y le hago una biopsia y vuelo a verlo el 7 de diciembre de 2001 lo

EXPEDIENTE: 190013333006 2015000 85
DEMANDANTE: HUSDIOLA ADECILDA SAMBONI Y OTROS
DEMANDADO: SLAUD VIDA EPS EN LIQUIDACION Y OTROS
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

volví a ver con diagnóstico con cáncer escamocelular. Según informe de patología del doctor Cuellar del 7 de diciembre de 2011 el cual es leído en audiencia, se indica que hay un cáncer que no está bien diferenciado por que se parecen que no se bien el tejido sin muy agresivo el cual se asimila al cáncer de seno porque forma glándulas parecidas a las glándulas mamarias. Si el cáncer no se parece pero está ahí la lesión va a decir que está mal diferenciado, que se da en el páncreas en el cerebro y en orofaringe son más agresivos y tienen mal pronóstico. Esa es una biopsia de la masa en el cuello y el origen es la orofaringe. Esto es un cáncer metastásico en el cuello es un cáncer de la orofaringe que se está saliendo por los ganglios. El proceso evolutivo de un carcinoma que presentaba el paciente, es desafortunado por que el cáncer no da síntomas cuando comienza y crece y en la boca no da síntomas y la mayoría son avanzados y uno siente nada. Por esto la mayoría de veces como la orofaringe cuando da síntomas esta locamente avanzados por esto es que estos pacientes incluso en países avanzados tienen la dificultad de tamizaje como búsqueda en la población como el cáncer de seno como la mamografía. Algunas veces se asocia lo avanzado del cáncer al nivel socio económico y culturas de la persona porque se da en paciente de menos nivel socio económico y menos controles odontológico. Los pacientes refieren entonces la masa en el cuello, pero no es descuido del paciente. En estos casos los pacientes no fallecen por metástasis, el paciente fallece por progresión local de la enfermedad por que el tumor comienza a crecer a ulcerar y que progresa a pesar de la radio y quimio. Frente tipo de radio y quimio le fue indicada creo que le dieron una droga que se llama platinos y una radio terapia con intensidad modulada pero no tiene el conocimiento de esos tratamientos, todos los tratamientos tienen unas toxicidades y beneficios, pero eso indica que lo manejan los radioterapeutas. Frente al interrogante de si se cumplieron en los tiempos de acuerdo lo ordenado con el oncólogo clínico, dijo que no y explicó que en países desarrollados también hay retardos, pero que nadie ha podido probar que los retardos sean perjudiciales en los tratamientos porque sería antiético poner a los pacientes poner a esperar más o menos tiempo es decir que no hay estudio al respecto. Intuitivamente los retardos pueden perjudicar los desenlaces en laguna medida. Los retardos pueden complicarse en tumores que son pequeños y que están creciendo. Los tumores muy avanzados influyen, pero nadie sabe cuánto. Yo vi que en febrero el doctor Hijuelo lo había ordenado pero desconoce cuándo lo recibió por que el paciente tiene unas tablitas de la fecha que recibió el medicamento.

Dijo que hay unos protocolos de enfoque del paciente de rutina que indica que se debe hacer la escanografía que en efecto se hizo en el 2011 y que también se debe hacer Nasoringoloscopia para ver la extensión interna del tumor si un paciente tiene un paciente de un cáncer, el oncólogo va empezando el tratamiento. Dijo que las dificultades administrativas para los tratamientos no las maneja el médico. Frente a los tratamientos de radio terapia por parte del Dr. Ramon Amaya y quimioterapia señaló que se puede establecer en las evoluciones del hospital y las discusiones sobre las dosis de radio, pero desconocen la parte clínica.

EXPEDIENTE: 190013333006 2015000 85
DEMANDANTE: HUSDIOLA ADECILDA SAMBONI Y OTROS
DEMANDADO: SLAUD VIDA EPS EN LIQUIDACION Y OTROS
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

La apoderada de Salud vida refiere según la historia clínica tres atenciones: 29 de septiembre, 24 de noviembre de 2011 y 19 de diciembre de 2011, esta última en la que se ordenó valoración por oncología clínica tratamiento con radio terapia y quimioterapia, y cirugía de rescate. Frente a lo cual indica que las cirugías de rescate son muy escasas donde el cáncer donde está metido en la mazana de adán y se hacer para quitar la laringe queda sin poder hablar y en orofaringe son muy raros los reportes y solo si recibió radio y quimio pero persiste algún ganglio o ulceritas muy pequeñas y solo se pensaría en caos muy seleccionados. (...) En orofaringe uno pone así porque algunos casos a través de los años persiste un ganglio tumoral uno lo quita. En la historia de Don Jairo es una masa cervicofacial la que describen los de paleativo que es una masa que no se puede quitar y no sirve quitar pedazos como en otros tumores, como si sirve en cáncer de ovario. Pero en otros tumores no, porque se alborota el tumor y es peor. La cirugía de rescate se hace en casos seleccionados que son tumores pequeños que uno dice lo puedo reseca mayoría son de estos casos que progresan y le cogen grandes partes del cuello y entonces se vuelven un tumor que no se puede operar el manejo es quimio y radio y si progresa cuidados paleativos. Frente a la pregunta de si el señor Samboní hubiese acudido en primeras oportunidades que se hubiere detectado la masa en el cuello que posibilidades existían que se hubiera logrado una recuperación o alargamiento de su vida, indicó que lo tumores en etapas tempranas hay más posibilidades de curarlo esto se llama estado 1 y 2 muchos son hallazgos incidentales porque cuando el paciente consulta la masa esta palpable la ulcera en la amigdal, si se ven estados más tempranos se cuenta más que más avanzados, pero hay otro problema que es la biología tumoral todo son diferentes uno que se controlan y otros no, el estado de lo que se hagan no han tamizaje, porque los tumores son muy raros no así como el cáncer de mama. Por tanto, se da esa dificultad.

Señaló como factor de riesgo el hecho de consumir bebidas alcohólicas, también fumar, alcohol y el papiloma humano, los cuales se presentan con frecuencia en los pacientes, pero no siempre, es como la gente que no fuma y le da cáncer. Si se sabe que la causa en el paciente una irritación por el alcohol o el cigarrillo se sabe que el pronóstico empeora si durante el tratamiento persiste estas actividades porque es de lógica si tiene un cáncer de pulmón y el paciente fuma. Uno siempre le dice al paciente de cáncer y cuello que deje de fumar y uno se asombra que pacientes incluso que le han quitado la laringe y con traqueostoma y por ahí fuman por ahí y lógico esos pacientes tiene más riesgo. No quiere decir absoluto sino más probabilidades que el tratamiento no funcionen bien si los pacientes siguen con estas actividades de riesgo.

En declaración bajo la gravedad del juramento el medico ALEX ALVAREZ MARTÍNEZ médico Radio oncólogo con 20 años de ejercicio de la profesión, indicó que trabajo en el centro médico Imbanaco y que atiende a pacientes en estado avanzados de cáncer y que muy seguramente el Dr. Javier envió a el señor Samboni. Indicó que este tipo de pacientes se atiende con radio y quimioterapia concomitantemente y por tanto es muy probable que le haya hecho el tratamiento de radio y quimioterapia. La radioterapia es una modalidad medico clínica que se utiliza en los pacientes con cáncer que consiste en enviar un medio físico de energía radioactiva a las partes done hay tumor

EXPEDIENTE: 190013333006 2015000 85
DEMANDANTE: HUSDIOLA ADECILDA SAMBONI Y OTROS
DEMANDADO: SLAUD VIDA EPS EN LIQUIDACION Y OTROS
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

para tratar de matar las células tumorales, eso a groso modo. Se le indica al médico que El 17 de julio de 2012 según la historia clínica le prestó una atención el 27 de agosto de 2012, también hubo una atención se indica que se le efectuó el tratamiento de radio terapia y se registra que es de nula respuesta a la radioterapia al respecto dice que tienes niveles de respuesta una buena respuesta es cuando se observa que los volúmenes tumorales han tenido una reducción al 70 o 60 por ciento o una respuesta estable cuando la medición de la respuesta no supera el 50% y no hay mala respuesta cuando hay 90 por ciento de persistencia del tumor. Esto obedece usualmente en los tumores de cabeza y cuello cuando se trata de cáncer localmente es una de las enfermedades que tiene una respuesta limitada a la mayoría de los tratamientos es decir tiene un pronóstico. La mayoría de los casos del 60 o 70% presentan a largo plazo presentan recaídas o no responden. Dijo que el alcohol y el tabaco son factores de la génesis de la enfermedad pero necesita un tiempo de exposición largo es decir y esto actúa como predisponente o haga génesis del tumor, pero no podemos decir que el consumo frecuente condicione la pobre respuesta del tratamiento, como les decía con consumo o sin consumo de alcohol este tipo de patología tiene un pronóstico bastante sombrío, la mayoría de estos pacientes si se trata de tumores localmente avanzados. Dice que él se encarga de la radio terapia, no hace oncología clínica, por tanto, no hace quimioterapia. El hecho que haya recibido radio y quimio quiere decir que usamos durante el primer ciclo para que arranque juntas para lograr un efecto máximo del tratamiento. No hay sesiones fijas, usualmente, se hace promedio él debió haber recibido 30 sesiones y 33 sesiones. Hay una condición que cuando se considera un paciente paliativo hacemos de esquemas cortos de 10 o 15 sesiones porque tiene un estado funcional bastante comprometido por la enfermedad y se condiciona el número de sesiones al estado general del paciente. El apoderado de la parte actora lee la anotación del 17 de julio de 2012 en lo que respecta a la atención médica prestada por el médico declarante. Ante lo cual indica que usualmente cuando hacen radioterapia se tiene un esquema inicial del tratamiento que va a incluir las zonas tumorales y a las zonas ganglionares es decir las zonas de drenaje donde tiene posibilidad de hacer metástasis en el cuello, posteriormente miramos qué volumen de enfermedad queda y así zona le hacemos un refuerzo. Frente al número de sesiones dice que debe constar en la historia clínica porque no la tiene a mano y es el apoderado quien la tiene. Sobre las dificultades administrativas para conseguir las autorizaciones no puede decir nada.

5.- DEL DAÑO ANTIJURÍDICO Y EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD

Conforme a lo consagrado por el artículo 90 Superior, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, lo que significa que son requisitos indispensables para deducir la responsabilidad a cargo de la entidad demandada: el daño antijurídico y la imputación¹⁴.

¹⁴ "En cuanto a la imputación, se exige analizar dos esferas: la fáctica y la jurídica; en ésta última se determina la atribución conforme a un deber jurídico, que opera de acuerdo con los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla en la prestación del servicio,

EXPEDIENTE: 190013333006 2015000 85
DEMANDANTE: HUSDIOLA ADECILDA SAMBONI Y OTROS
DEMANDADO: SLAUD VIDA EPS EN LIQUIDACION Y OTROS
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

Debe entenderse el daño antijurídico como el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien, en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc., suponiendo la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo, sin que el ordenamiento jurídico le haya impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carezca de causales de justificación¹⁵.

De manera tal que *"la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable"*¹⁶.

La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia administración¹⁷. Igualmente ha considerado que se ajusta a distintos principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad y la igualdad, y la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos¹⁸.

No solo es suficiente el daño, es necesario según lo ha entendido y explicado la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, que dicho daño se atribuye al Estado, para nuestro caso - es imputar el daño que padeció la víctima al Estado, circunstancia que se constituye en condición *sine qua non* para declarar la responsabilidad patrimonial de este último. La imputación del daño al Estado depende, en este caso, de que su causación obedezca a la acción o a la omisión de las autoridades públicas en desarrollo del servicio público o en nexo con él.

Sin embargo en el evento que aquí se estudia se pone de relieve omisiones de tipo administrativas y no médicas que se achacan a las entidades accionadas, las cuales no pueden ser analizadas simplemente desde la óptica la causalidad, dado que resulta insuficiente, insuficiente para solucionar el problema de la atribución de resultados, Por ello se acude a la imputación que surge de la atribución de un resultado en cabeza de un determinado sujeto; parte del hecho de la sanción originada en el incumplimiento normativo a un precepto de

daño especial y riesgo excepcional." Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia del primero (1°) de junio de dos mil quince (2015). Radicación número: 680012315000199901505 01 (31412).

¹⁵ Consejo de Estado – Sección Tercera, Sent. del 27 de enero del 2000, M.P: Alier E. Hernández Enríquez.

¹⁶ Sentencia C-533 de 1996, Corte Constitucional

¹⁷ Sentencia C-333 de 1996, Corte Constitucional

¹⁸ Sentencia C-832 de 2001, Corte Constitucional

EXPEDIENTE: 190013333006 2015000 85
DEMANDANTE: HUSDIOLA ADECILDA SAMBONI Y OTROS
DEMANDADO: SLAUD VIDA EPS EN LIQUIDACION Y OTROS
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

conducta, es decir, del deber ser. En consecuencia, la imputación fáctica puede derivarse de la constatación en el plano material de la falta de intervención oportuna que hubiera podido evitar el resultado; en efecto, es en el plano de la omisión donde con mayor claridad se verifica la insuficiencia del dogma causal, motivo por el cual el juez recurre a ingredientes de tipo normativo para determinar cuándo una consecuencia tiene origen en algún tipo de comportamiento y, concretamente, a quién resulta endilgable o reprochable la generación del daño. De lo contrario, la responsabilidad derivada de la omisión no tendría asidero, como quiera que a partir de la inactividad no se deriva nada, es decir, no se modifica el entorno físico; en ese orden de ideas, el derecho de daños ha evolucionado en la construcción de instrumentos normativos y jurídicos que permiten solucionar las insuficiencias del denominado nexo causal importado de las ciencias naturales, para brindar elementos que permitan establecer cuándo determinado daño es atribuible a la acción u omisión de un determinado sujeto¹⁹.

Hechas la anterior precisión se destaca que en la fijación del litigio, se estableció el problema jurídico en determinar la responsabilidad de las accionadas, son responsables administrativa y patrimonialmente de los perjuicios que se dice fueron ocasionados a la parte demandante por cuenta de falta o retardo en las autorizaciones de las órdenes médicas y procedimientos ordenados por los médicos tratantes en el curso del tratamiento seguido al paciente JAIRO SAMBONI MUÑOZ, QUIEN FALLECIO EL 7 DE DICIEMBRE DE 2012 POR CUENTA DE UN CARCINOMA ETASTASICO A CUELLO?

Es sabido que para que exista la responsabilidad, debe haber un daño antijurídico y que este sea imputable. La parte actora alega que el daño consiste en el deterioro del estado de salud que conllevó a la muerte del paciente por cuenta de los retardo en las autorizaciones frente a las órdenes de los galenos tratantes.

De recuento de la historia clínica se puede establecer que el paciente acudió al médico un año después de haberse detectado una masa en cuello, que el paciente trabajaba y utilizaba soldadura y que durante el padecimiento de su enfermedad en algunas ocasiones se anotó que el paciente había consumido bebidas alcohólicas.

La primera cita que acudió fue el 28 de julio de 2011 y cinco días después fue atendido por el Hospital Susana López por medicina especializada quien ordena una serie de exámenes que son practicados a paciente y es visto nuevamente un mes después es remitido a la clínica Rey David en el cual se ordena una

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2009, exp. 17994, M.P. Enrique Gil Botero.

EXPEDIENTE: 190013333006 2015000 85
DEMANDANTE: HUSDIOLA ADECILDA SAMBONI Y OTROS
DEMANDADO: SLAUD VIDA EPS EN LIQUIDACION Y OTROS
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

biopsia, sin embargo, esta biopsia que fue autorizada no fue concluyente. (Fl.39 a 41 cdno pbas). (Fl 116 Cdno Ppal). Se le realizó una segunda biopsia el 7 de diciembre de 2011 y se reportó el 19 del mismo mes y año Nivel de Biopsia III. Se escribe tratamiento carcinoma escamocelular metastásico. **Solo cirugía de rescate valoración por oncología clínica.**

Plan Ciclos de quimioterapia = Ciclos ordenados 0 se da recomendaciones y exámenes de base.

El 22 de diciembre de 2011, le ordena nasofaringolaringoscopia y biopsias con urgencia y prelación (fl. 116-117), la cual en efecto es dilatada (116 y 117). Se ordena teleterapia.

El 6 febrero de 2012, nuevamente consulta se registra que se trata de un carcinoma metastásico no es de manejo quirúrgico y se solicita remisión por radioterapia y oncología y se deja se deja hospitalizado. El 9 del mismo mes y año, se anota que por el gran compromiso de las estructuras y dado que se trata de un carcinoma metastásico no es de manejo quirúrgico y se solicita remisión por radioterapia y Oncología. Al día siguiente se realiza biopsia de orofaringe EUDA, la cual se reporta normal y el 13 del mismo mes y año se reporta informe de patología cuyo diagnóstico es cáncer. En la historia igualmente se registra que no se ha dado manejo por especialidades por dificultades en la autorización, pues el paciente es del Cauca. (fl. 136). Pese a ello el 16/03/2012: paciente es valorado por oncología clínica se atiende al llamado de la jefe del servicio sin tener hoja de interconsulta y se ordena que debe acudir a cita por consulta externa cuando esté estabilizado. Adicionalmente se registra que tiene pendiente inicio de radio terapia más quimioterapia cada semana por seis semanas para lo cual requiere ser estabilizado y trasfundido. Sin embargo, seguidamente se anota que el paciente tiene conducta definida por el servicio de radioterapia y quimioterapia a quien su EPS autorizó inicio de tratamiento en Cali por lo cual se considera solicita revaloración con oncología clínica y radioterapia pendiente de trasfundir.

Se observa según notación efectuada el 18/04/2012 el paciente recibe la telerapia y la radioterapia entre el 27 de marzo y el 4 de abril de 2012 con una reducción considerable del tamaño de la masa, no obstante, se anota que queda una zona ulcerada aproximadamente 6 x 7 cm de diámetro.

Igualmente se observa que el 30 de marzo de 2012, se emite el fallo de tutela por parte del Juzgado Cuarto Penal con Control de Garantías que tutela el derecho a la salud del paciente JAIRO SAMBONI en contra de SALUD VIDA EPS, sin embargo, se examina que la acción fue interpuesta el 16 de marzo de 2012(Fl 88 cdno de pbas) día en que efectivamente son autorizados según obra en historia clínica el inicio de tratamiento ordenado al paciente. Como quiera que la EPS accionada no contestó la acción tutelar, dicho evento no fue constatado por el Juez constitucional en el fallo de primera instancia.

EXPEDIENTE: 190013333006 2015000 85
DEMANDANTE: HUSDIOLA ADECILDA SAMBONI Y OTROS
DEMANDADO: SLAUD VIDA EPS EN LIQUIDACION Y OTROS
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

El tratamiento es continuado después del egreso del paciente de hospitalización según se observa de anotaciones efectuada el 25/04/2012 y según los formatos del mes de julio de 2012 de hemo oncológico se registra sesiones de quimioterapia con cisplatino (FI 115).

Posteriormente es valorado en el centro Imbanaco el 13 de julio de 2012, en especialidad cirugía del dolor y cuidado paliativo con diagnóstico de cáncer escamo celular de paladar en progresión, ordena oxycodona de liberación lenta acetaminofén, Imipramina, metoclopramida (folio 102), por tanto se observa continuidad al tratamiento.

El 16 de julio de 2012, se anota que se encuentra a paciente en mal estado general ambulatorio con lesión en espacio parafaríngeo izquierdo, paladar blando y linfema de hemicara izquierda, lesiones metastásicas en cuello niveles I al V y región retroauricular izquierda y se reitera la apreciación médica hecha en anteriores oportunidades respecto que el señor Samboni no es un paciente quirúrgico y debe ser manejado en el servicio de oncología para el tratamiento de rescate y valoración por radio terapia.

Respecto de la anotación que se realiza en la historia clínica del 16/07/2012: que indica que el paciente solo recibió el tratamiento cuando estuvo hospitalizado, dicha afirmación debe consultarse con la historia clínica que de los diferentes centros médicos que fue atendido el paciente pues si bien es cierto el paciente fue hospitalizado el 6 de marzo de 2012. Con fundamento en la misma historia clínica se establece que el 16 de mismo mes y año los procedimientos que registran la historia clínica fueron autorizados incluso recibió el tratamiento después de salir el tratamiento como se analizó en precedencia.

El resto de historia clínica nos informa de una evolución tórpida del paciente al tratamiento de un cáncer muy avanzado y un deteriorado estado de salud del paciente. Incluso existe un registro en el que se indica que el paciente rehusa su tratamiento y que se encuentra en pésimas condiciones.(FI 88).

De las prueba testimonial el juzgado extrae que el tipo de tumor que padecía el señor Samboni, el 80 por ciento de este cáncer en la región del cuello son muy avanzados y generalmente se manifiestan como el del señor Jairo como una masa a nivel lateral del cuello. Él tenía una masa grande fija en el cuello izquierdo y con un tumor localmente avanzado en la parte de la amígdala izquierda y el paladar blando. Se indicó por el galeno que **este tipo crece localmente y produce síntomas cuando está muy avanzado. En el caso del paciente Samboni tenía un cáncer muy avanzado de la orofaringe un estado 3 o 4.** Según las guías

EXPEDIENTE: 190013333006 2015000 85
DEMANDANTE: HUSDIOLA ADECILDA SAMBONI Y OTROS
DEMANDADO: SLAUD VIDA EPS EN LIQUIDACION Y OTROS
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

mundiales de cabeza y cuello determinan que estos pacientes van muy mal con cirugía. Adujo que el problema con estos cánceres es que son de muy mal pronóstico, la mayoría de los artículos médicos hablan de mortalidades del 50% entre el primero y segundo años, dijo que la mitad son agresivos y problemáticos del manejo. Indicó que estos pacientes se les da radioterapia y quimioterapia y el tumor vuelve a crecer y es un problema porque ya el paciente está muy enfermo, e incluso en el hospital consideraron re irradiar al señor Samboni, pero también observó que el Dr. Álvarez radioterapeuta también lo vio. Dijo que este paciente tenía una masa ulcerada de 7 centímetros que sangraba, que se le baja la hemoglobina. Dijo que presentaba una úlcera que se vuelve un problema terapéutico que tiene un problema de inoperabilidad, porque no se benefician de la cirugía, los oncólogos cuando el cáncer de esta naturaleza pasan a una segunda línea que es **paleativa no curativa**, es tratar de calmar la enfermedad y los terapeutas después de dar radioterapia tratan de dar otras dosis pero es un tema de **manejo de cuidados paleativos, sin curarlo** (negrilla fuera de texto.) Dijo que por eso lo vio en Imbanaco el Dr Linares, que era paleativista y la historia que paso con Don Jairo es lo que menciona en la literatura que la mitad de los casos en el primer y segundo año tiene evoluciones difíciles, son de difíciles por que el tumor crece y no se puede dar más radioterapia, el oncólogo vio un paciente demasiado frágil y no se puede dar más radio terapia y entonces muchos de estos pacientes terminan en cuidados paleativos.

Frente a la pregunta de si el señor Samboní hubiese acudido en primeras oportunidades que se hubiere detectado la masa en el cuello que posibilidades existían que se hubiera logrado una recuperación o alargamiento de su vida, indicó que los tumores en etapas tempranas hay más posibilidades de curarlo esto se llama estado 1 y 2 muchos son hallazgos incidentales porque cuando el paciente consulta la masa esta palpable la úlcera en la amígdala, si se ven estados más tempranos se cuenta más que más avanzados, pero hay otro problema que es la biología tumoral todo son diferentes uno que se controlan y otros no, el estado de lo que se hagan no han tamizaje, porque los tumores son muy raros no así como el cáncer de mama. Por tanto, se da esa dificultad.

Dijo que cuando los pacientes era de cuidados paleativos se hacen esquemas cortos de 10 0 15 sesiones porque tiene un estado funcional bastante comprometido por la enfermedad y se condiciona el número de sesiones al estado general del paciente. Anotó, que desconoce el número de sesiones recibidas por el paciente y menos aún conoce las dificultades administrativas para conseguir las autorizaciones no puede decir nada.

- Del régimen de imputación.

EXPEDIENTE: 190013333006 2015000 85
DEMANDANTE: HUSDIOLA ADECILDA SAMBONI Y OTROS
DEMANDADO: SLAUD VIDA EPS EN LIQUIDACION Y OTROS
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

La Sala Plena de la Sección Tercera, en sentencia de 19 de abril 2012²⁰, unificó su posición en el sentido de indicar que, en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar.

Por lo expuesto, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos títulos de imputación para la solución de los casos sometidos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar, frente a determinadas situaciones fácticas, un específico título de imputación.

La prestación del servicio de salud, frente a la ocurrencia de un resultado desafortunado, es preciso considerar sumariamente la naturaleza del acto médico y de la consecuente índole de las obligaciones que se derivan de su ejercicio.

Los presupuestos de la responsabilidad por falla médica son revisados actualmente bajo el régimen de la falla probada del servicio, en el cual no solo debe demostrarse la existencia de un daño, sino también su imputabilidad a la entidad que se demanda, así lo ha expresado el Consejo de Estado en su jurisprudencia de recientes años:

“En lo que tiene que ver con la imputación del daño, la Sala considera pertinente precisar que en el asunto sub iudice, el régimen de responsabilidad bajo el cual se deben analizar las obligaciones resarcitorias que eventualmente existan a cargo del Estado, es el de la falla probada del servicio, con las consecuencias probatorias que le son propias, tal y como se ha reiterado , en el sentido de precisar que “... en la medida en que el demandante alegue que existió una falla del servicio médico asistencial que produjo el daño antijurídico por el cual reclama indemnización, ...deberá en principio, acreditar los tres extremos de la misma: la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y ésta...”²¹.

Cabe resaltar que la jurisprudencia del Consejo de Estado indica que el daño y la imputación a establecer, debe partir del análisis del concepto de acto médico complejo⁵⁸. En ese sentido, el precedente de la Sala viene considerando: “(...) en la responsabilidad patrimonial por la falla médica involucra no sólo el acto

²⁰ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 19 de abril de 2012. Expediente: 21515, C.P. Hernán Andrade Rincón.

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de 2006, exp. 14400, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

EXPEDIENTE: 190013333006 2015000 85
DEMANDANTE: HUSDIOLA ADECILDA SAMBONI Y OTROS
DEMANDADO: SLAUD VIDA EPS EN LIQUIDACION Y OTROS
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

médico propiamente dicho, que se refiere a la intervención del profesional en sus distintos momentos y comprende particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas, sino que también se refiere a todas aquellas actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención profesional, que operan desde el momento en que la persona asiste o es llevada a un centro médico estatal, hasta que culmina su demanda del servicio, actividades que están a cargo del personal paramédico o administrativo (...)"

Conforme a lo anterior, el daño a establecer debe partir del análisis del acto médico como una actividad compleja que no se agota en un solo momento, sino que se desarrolla con un iter en el que se encuentra involucrada tanto la atención previa (o preventiva), el diagnóstico, el tratamiento, como la atención pre y quirúrgica, la atención post-quirúrgica y el seguimiento (controles concomitantes y posteriores al tratamiento e intervención).²²

En el presente caso se achacan omisiones o demoras en las autorizaciones de los servicios ordenados al paciente Jairo Samoni, bajo esos parámetros analizaremos las actuaciones, entiéndase como hechos u omisiones que se achacan a las entidades accionadas

Por su parte Salud Vida indica que le fueron autorizados los servicios ordenados por los médicos tratantes y que hasta tanto la enfermedad no estuviera debidamente diagnosticada como cáncer no se considera como patología POS, por tanto la entidad territorial era la encargada de realizar los trámites de atención y requerimientos de los médicos tratantes conforme lo previsto en el Decreto 806 de 1998, artículo 31 vigente para la época.

Por su parte el Departamento del Cauca aduce que expidió las autorizaciones a su cargo hasta que se determinó el diagnóstico el paciente en es decir tuvo a su cargo los servicios no cubiertos en el Plan Obligatorio de Salud y que para el caso puesto en consideración aplica el Acuerdo 08 del 29 de diciembre de 2009 y el Acuerdo 29 del 28 de diciembre de 2009 por el cual se actualizó el plan obligatorio de salud que establece y por ser POS los servicios estaban a cargo de la EPS Salud vida.

²² Así se ha reiterado en innumerables providencias, tales como de 31 de agosto de 2006, expediente: 15772; 3 de octubre de 2007, expediente: 16402; 23 de abril de 2008, expediente: 15750; 1 de octubre de 2008, expediente: 16843 y 16933; 15 de octubre de 2008, expediente: 16270; 28 de enero de 2009, expediente: 16700; 19 de febrero de 2009, expediente: 16080; 18 de febrero de 2010, expediente: 20536; 13 de abril de 2010, expediente: 20480; 7 de julio de 2011, expediente: 19953; 19 de octubre de 2011, expediente: 20862; entre otras 57 Puede verse, entre ellas, sentencia de 31 de agosto de 2006, expediente 15772, sentencia de 3 de febrero de 2010, expediente: 18100. 58 Sentencia de 21 de febrero de 2011, expediente 20371 y 19 de agosto de 2011, expediente: 20144.

EXPEDIENTE: 190013333006 2015000 85
DEMANDANTE: HUSDIOLA ADECILDA SAMBONI Y OTROS
DEMANDADO: SLAUD VIDA EPS EN LIQUIDACION Y OTROS
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

Así las cosas el Juzgado observa que las accionadas alegan la falta de legitimación por pasiva, por tanto es de caso determinar si en efecto el daño se dio con ocasión de la mora administrativa en la autorización de las radio y quimioterapias y demás servicios o si por el contrario este se dio por el curso tórpido de la patología que padecía el paciente.

El juzgado advierte que el paciente acudió un año después de detectar la masa en su cuello y que le fue diagnosticado y confirmado con la biopsia realizada el 7 de diciembre el cáncer de cuello ello teniendo en cuenta que la practicada en forma previa no era concluyente. Conforme la prueba testimonial del galeno el tipo de cáncer que padecía el paciente era muy agresivo y teniendo su evolución y magnitud estaba en fase tres o cuatro por tanto el tratamiento brindado era de tipo paleativo. Se indicó que el paciente tuvo una evaluación tórpida y que no era candidato a cirugía.

Se acreditó que se ordenó consulta con radio terapia con prioridad (fl. 120) y la EPS accionada no acreditó que se hubiera autorizado el servicio y por tanto existió mora de la entidad SALUD VIDA ahora en liquidación en la autorización del tratamiento, el cual se dio antes de la interposición de la acción de tutela como quiera que según la historia clínica se anota que se autorizó el 16 de marzo de 2012 y la tutela se interpuso el 22 de mismo mes y año y se fallo el 30 de la misma calenda. No obstante la entidad accionada guardó silencio motivo por el cual se dieron por ciertos los hechos indicados por el agente oficioso.

Por otra parte, destaca el despacho que en la hospitalización del mes de marzo de 2012, las sesiones de radioterapia fueron suspendidas hasta que el paciente estuviera estabilizado según se anotó en la historia clínica y posterior a su egreso de a hospitalización igualmente se le prestaron las sesiones en el mes de abril.

Pese a las demoras administrativas en a consulta por radioterapia que registra la historia clínica el Juzgado concluye que no es posible aseverar tal como lo indica al apoderado de la parte actora que dicha dilación fue la causa eficiente que conllevó a la muerte de la paciente Jairo Samboni, pues como se puede advertir el paciente acudió al médico cuando la enfermedad estaba en estado II o IV y los servicios que se le podían brindar eran de tipo paleativo.

Ahora en cuanto que la mora en la parte administrativa le haya le cercenaron inexorablemente la oportunidad que tenía de sobrevivida el paciente. Para resolver la cuestión, el despacho acude a la jurisprudencia sobre la teoría de la perdida de oportunidad que ha acogido el Consejo de Estado.

EXPEDIENTE: 190013333006 2015000 85
DEMANDANTE: HUSDIOLA ADECILDA SAMBONI Y OTROS
DEMANDADO: SLAUD VIDA EPS EN LIQUIDACION Y OTROS
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

"...3.4.4 La pérdida de oportunidad o pérdida de chance como modalidad del daño reparar

En cuanto a la pérdida de oportunidad, se ha dicho que las expresiones "chance" u "oportunidad" resultan próximas a otras como "ocasión", "probabilidad" o "expectativa" y que todas comparten el común elemento consistente en remitir al cálculo de probabilidades, en la medida en que se refieren a un territorio ubicable entre lo actual y lo futuro, entre lo hipotético y lo seguro o entre lo cierto y lo incierto, a una zona limítrofe que se corresponde con "*... una situación en que hay un comportamiento antijurídico que ha interferido en el curso normal de los acontecimientos, de manera que ya no puede saberse si el afectado por ese comportamiento ..., habría o no obtenido cierta ganancia o evitado cierta pérdida. Es decir que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener o no cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades*"²³.

En ese orden ideas, 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.

La teoría de la pérdida de oportunidad alude al daño que sufre quien ve comprometida una posibilidad real de obtener un beneficio o evitar un deterioro, frente a ella la doctrina especializada ha señalado:

"Como en los juegos de azar, los deportes y las actividades intelectuales consideradas, la alea (terapéutica), intrínseca a la actividad médico-sanitaria, puede plantear numerosas cuestiones de pérdida de oportunidad. La Medicina no es una ciencia exacta, de tal manera que es frecuente que enfermedades que parecen curables no remitan, pese a la adecuada aplicación de un tratamiento otras veces exitosos; y, al revés que se venzan patologías aparentemente insuperables. Por eso en muchos casos no se consigue la seguridad de que el paciente habría respondido favorablemente a un determinado tratamiento, aunque si la certeza de

²³ CAZEAUX, Pedro, "Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de chance", en *Temas de responsabilidad civil. En honor al doctor Augusto M. Morello*, N° 10, p. 23 y ss., apud TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance. Presupuestos. Determinación. Cuantificación*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 25-26. Citado en: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 11 de agosto del 2010. Radicación No. (18593). CP. MAURICIO FAJARDO GOMEZ.

EXPEDIENTE: 190013333006 2015000 85
DEMANDANTE: HUSDIOLA ADECILDA SAMBONI Y OTROS
DEMANDADO: SLAUD VIDA EPS EN LIQUIDACION Y OTROS
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

que debió intentarse y de que al no practicarse se ha sacrificado culpablemente una oportunidad de recuperación o prolongación de la vida.”²⁴

Frente a la pérdida de oportunidad, el Profesor Mario Fernando Parra Guzmán, manifestó: *“Se puede definir como evitar el resultado de una ventaja o expectativa esperada, que de lograrse redundaría en provecho para la víctima. No es indefectible ganancia de la situación o el desenlace final lo que se indica como perjuicio; es privar al sujeto de la simple posibilidad o aspiración.”²⁵*

Así mismo el Consejo de Estado²⁶ ha dicho:

“La pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento (...).

Por otra parte, con el fin de precisar los alcances de la noción de ‘pérdida de oportunidad’ conviene identificar con la mayor claridad posible sus límites: así, de un lado, en caso de que el ‘chance’ constituya en realidad una posibilidad muy vaga y genérica, se estará en presencia de un daño meramente hipotético o eventual que no resulta indemnizable y, de otro lado, no puede perderse de vista que lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen rubros distintos del daño. En consecuencia, la oportunidad difuminada como resultado del hecho dañoso no equivale a la pérdida de lo que estaba en juego, sino a la frustración de las probabilidades que se tenían de alcanzar el resultado anhelado, probabilidades que resultan sustantivas en sí mismas y, por contera, representativas de un valor económico incuestionable que será mayor, cuanto mayores hayan sido las probabilidades de conseguir el beneficio que se pretendía, habida consideración de las circunstancias fácticas de cada caso.”²⁷ (Negrillas fuera de texto).

En consecuencia, la oportunidad difuminada como resultado del hecho dañoso no equivale a la pérdida de lo que estaba en juego, sino a la frustración de las

²⁴ Medina Alcoz Luis, La Teoría de la Pérdida de la Oportunidad. EDi THOMSON CIVITAS 2007 Página 69

²⁵ PARRA Guzmán, Mario Fernando. Carga de la prueba en la responsabilidad médica. Ed. Doctrina y Ley. Año edición: 2010.

²⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de veintisiete (27) de marzo de 2014, C.P Carlos Alberto Zambrano Barrera.

²⁷ Consejo de Estado Sentencia del 7 de Julio de 2011 Exp. 20.139

EXPEDIENTE: 190013333006 2015000 85
DEMANDANTE: HUSDIOLA ADECILDA SAMBONI Y OTROS
DEMANDADO: SLAUD VIDA EPS EN LIQUIDACION Y OTROS
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

probabilidades que se tenían de alcanzar el resultado anhelado, probabilidades que resultan sustantivas en sí mismas y, por contera, representativas de un valor económico incuestionable que será mayor, cuanto mayores hayan sido las probabilidades de conseguir el beneficio que se pretendía, habida consideración de las circunstancias fácticas de cada caso²⁸.

De acuerdo con lo anterior, puede sostenerse que los requisitos cuya concurrencia se precisa con el propósito de que pueda considerarse existente la pérdida de oportunidad como daño indemnizable en un caso concreto, son los siguientes:

(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**” de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes²⁹;*

(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 indemnización que el porvenir podría convertir en indebida; 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.*

Tal circunstancia es la que permite diferenciar la ‘pérdida de oportunidad’ del ‘lucro cesante’ como rubros diversos del daño, pues mientras que la primera constituye una pérdida de *ganancia probable* —dado que, según se ha visto, por

²⁸ En la anotada dirección, se ha sostenido lo siguiente en punto de aquello en lo que consiste la pérdida de oportunidad: “La desaparición de la probabilidad de un evento favorable, siempre y cuando esta oportunidad aparezca suficientemente seria. Cuando la pérdida de una oportunidad es establecida, constituye un perjuicio indemnizable. Pero este se limita a dicha pérdida; sólo la pérdida de la oportunidad será compensada, y no la totalidad del beneficio que la víctima habría obtenido en caso de que hubiese ocurrido el evento cuya realización ha sido impedida por culpa

del deudor”. Cfr. LE TORNEAU, Philippe, *La responsabilidad Civil Profesional*, Legis, Bogotá, 2006, p. 85. Citado en: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 11 de agosto del 2010. Radicación No. (18593). CP. MAURICIO FAJARDO GOMEZ.

²⁹ 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. Citado en: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 11 de agosto del 2010. Radicación No. (18593). CP. MAURICIO FAJARDO GOMEZ.

EXPEDIENTE: 190013333006 2015000 85
DEMANDANTE: HUSDIOLA ADECILDA SAMBONI Y OTROS
DEMANDADO: SLAUD VIDA EPS EN LIQUIDACION Y OTROS
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

su virtud habrán de indemnizarse las expectativas legítimas y fundadas de obtener unos beneficios o de evitar una pérdida que por razón del hecho dañoso nunca se sabrá si habrían de conseguirse, o no—, el segundo implica una pérdida de ganancia cierta —se dejan de percibir unos ingresos que ya se tenían³⁰.

(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”³¹. (negrilla fuera de texto).

En conclusión a lo anterior, no debe catalogarse como “pérdida de chance” ni los eventos en los cuales sí existe la razonable certeza de que el agente dañoso provocó el daño —pues allí estará demostrada la causalidad en virtud de que la alta probabilidad da lugar a la aludida razonable certeza y el daño sufrido en tales circunstancias no es la pérdida de la probabilidad sino la desaparición de la ventaja o provecho esperado, luego la íntegra reparación será lo jurídicamente procedente—, ni aquellos supuestos en los que las probabilidades de que así hubiere ocurrido resultan insignificantes —pues la escasa probabilidad da lugar a que la víctima no tenga derecho a indemnización alguna—; por consiguiente, solo hay lugar a la aplicación de la figura de la pérdida de chance “... cuando el coeficiente de probabilidades de que el agente dañoso fuera causante rebasa un mínimo despreciable y no llega a la alta cota que lleva a hacer coincidir el daño ocasionado con la pérdida de la ventaja frustrada”³².

La pérdida de oportunidad no representa, por tanto, una especie de daño subsidiario en defecto de prueba respecto de la relación causal entre el hecho o conducta censurados y el beneficio definitivamente perdido, sino una clase autónoma de daño respecto del cual no puede presentarse la tantas veces mencionada incertidumbre causal, toda vez que tal falta de certeza debería conducir, directa e indudablemente, a la exoneración de responsabilidad por el anotado concepto; de allí que resulte atinado aseverar que “cuando hablamos de la pérdida de una oportunidad, no podemos incluir allí la simple imposibilidad de saber cuál es la causa de un daño”³³.

³⁰ Al respecto la doctrina afirma que “...“en el lucro cesante está ‘la convicción digamos más o menos absoluta de que determinada ganancia se produzca’, mientras que en la pérdida de chance hay ‘un álea que disminuye las posibilidades de obtenerla’, diríase que en el lucro cesante el reclamo se basa en una mayor intensidad en las probabilidades de haber obtenido esa ganancia que se da por descontado que de no haberse producido el hecho frustrante se habría alcanzado. Desde el prisma de lo cualitativo cabe señalar que el lucro cesante invariablemente habrá de consistir en una ganancia dejada de percibir, en tanto que la pérdida de chance puede estar configurada por una ganancia frustrada y además por la frustración de una posibilidad de evitar un perjuicio””. Cfr. VERGARA, Leandro, *Pérdida de chance. Noción conceptual. Algunas precisiones*, LL, 1995-D-78, N° 3, apud TRIGO REPESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 262.

³¹ ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, cit., pp. 110-111. Citado en: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 11 de agosto del 2010. Radicación No. (18593). CP. MAURICIO FAJARDO GOMEZ.

³² Cfr. MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad*, cit., p. 88. En el mismo sentido, el autor citado —p. 89— expresa lo siguiente en relación con el tipo de supuestos en los cuales la noción de pérdida de oportunidad debe tener aplicación: “Cuando la probabilidad no es insignificante, pero tampoco es alta, es decir, cuando las posibilidades de que la víctima hubiera conseguido la ventaja son serias y reales, pero insuficientes para tener por cierto el hecho causal, la víctima puede tener derecho a un resarcimiento (parcial) en concepto de chance irreversiblemente sacrificada” (énfasis añadido).

³³ TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*. Tomo II, segunda edición, Legis, Bogotá, 2007, p. 360. De hecho, en el mismo lugar y con el fin de destacar la que entiende que es la “diferencia entre incertidumbre causal y

EXPEDIENTE: 190013333006 2015000 85
DEMANDANTE: HUSDIOLA ADECILDA SAMBONI Y OTROS
DEMANDADO: SLAUD VIDA EPS EN LIQUIDACION Y OTROS
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

Por último, no escapa al despacho que en sentencia del 5 de abril de 2017 se indicó que el requisito que el paciente estuviera en posición apta para recibir el beneficio debería mirarse desde la óptica de la imputación como eximente de responsabilidad, y no como elemento de la pérdida de oportunidad lo cierto es que la posición mayoritaria de la sección tercera, considera uno de los elementos de la pérdida de oportunidad como teoría del bien autónomo.

3.4.5 La Pérdida de Oportunidad en el Caso Concreto

El apoderado de la parte actora en su escrito de alegatos plantea que el presente caso se configura una pérdida de oportunidad, ya que a su juicio las dilaciones en las autorizaciones por parte de la entidad territorial y la EPS le cercenó la oportunidad al paciente de cura o sobre vida, que a su juicio eran del veinte por ciento.

Al respecto el Juzgado con fundamento en la historia clínica y la prueba testimonial de los galenos que trataron al paciente se establece que el señor Samboni acudió al servicio médico en un estado de cáncer muy avanzado, el cual era inoperable y de difícil tratamiento. El ochenta por ciento de pacientes con ese tipo de cáncer es muy severo como el del señor Samboní. Por tanto, no es cierto como lo presenta el apoderado del extremo actor que el señor Samboni tenía 20% de probabilidades de encuadrar en rango de pacientes que superan la enfermedad con un tratamiento, pues se itera el cáncer que padecía era avanzado. Se estableció que su evolución era tórpida y que su tratamiento era de tipo paleativo, teniendo en cuenta que su cáncer estaba en estado tipo III o IV. Así las cosas, el juzgado concluye que NO confluyen en el presente caso los elementos esenciales que indica la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado para que se configure la pérdida de oportunidad, toda vez que no se logró acreditar que el paciente estuviera en estado apto de recibir la ventaja esperada puesto el carcinoma en cuello del cual se pueden predicar probabilidades o expectativas, son aquellos que están en estado I o II de la enfermedad, supuesto que lamentablemente no encaja el estado de salud que padecía el paciente.

Así las cosas, el Juzgado negará las suplicas de la demanda y por tanto se releva del estudio de la falta de legitimación por pasiva de las entidades demandadas.

4. Condena en costas

pérdida de oportunidad —título número 354 de la obra aludida— el citado autor afirma que “el mayor problema que tiene la institución de la pérdida de una oportunidad radica en la permanente confusión entre incertidumbre causal de un daño que ya ocurrió y la pérdida de la oportunidad”. Citado en: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 11 de agosto del 2010. Radicación No. (18593). CP. MAURICIO FAJARDO GOMEZ.

EXPEDIENTE: 190013333006 2015000 85
DEMANDANTE: HUSDIOLA ADECILDA SAMBONI Y OTROS
DEMANDADO: SLAUD VIDA EPS EN LIQUIDACION Y OTROS
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

En este caso, la parte demandante fue vencida en juicio, por lo cual se le condenará en costas según el artículo 188 del CPACA en concordancia con los artículos 365 y 366 del CGP, por cuanto dichas normas dejan claramente establecido que el CPACA ha acogido el criterio objetivo, es decir que las costas corren en todo caso a cargo del vencido, quedando proscrita la facultad del juez de determinar la conducta de las partes para proceder a la condena en costas.

Como no prosperaron las pretensiones de la demanda, pero solamente se encuentran demostradas las agencias en derecho, se deberán reconocer a favor de los demandados, en cuantía equivalente a \$300.000 a favor de cada uno de las entidades accionadas, teniendo en cuenta los criterios y topes señalados en la normatividad, las cuales serán liquidadas por Secretaría.

En mérito de lo expuesto, EL JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYAN, administrando Justicia en el nombre de la República y por Autoridad de la Ley,

5.- RESUELVE:

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda

SEGUNDO.- CONDENAR en costas a la parte demandante. Por Secretaría efectúese la liquidación de rigor.

TERCERO.- NOTIFICAR esta providencia tal y como lo dispone el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de Lo Contencioso Administrativo, en concordancia con lo señalado en el artículo 295 del Código General del Proceso.

CUARTO.- ARCHIVAR el expediente previa cancelación de su radicación, una vez esté ejecutoriada esta providencia. Por secretaría liquídense los gastos del proceso.

QUINTO.- De la notificación por estados electrónicos envíese mensaje de datos a la dirección electrónica aportada por la apoderada de la parte accionante. Adjuntando copia del presente auto. Correo apoderados: yulianabastidas@saludvidaeps.com, notificacioneslegales@saludvidaeps.com, luderguzman96@hotmail.com, juridica@saludcauca.gov.co, liquidadorsaludvidaeps.com, y al correo de notificación judicial de la entidad demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EXPEDIENTE: 190013333006 2015000 85
DEMANDANTE: HUSDIOLA ADECILDA SAMBONI Y OTROS
DEMANDADO: SLAUD VIDA EPS EN LIQUIDACION Y OTROS
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

La Jueza,



MARÍA CLAUDIA VARONA ORTIZ