

REPUBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLIVAR



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA CIVIL-FAMILIA

secsalcivfam@cendoj.ramajudicial.gov.co

Calle 33 # 8-25, Centro Histórico, Avenida Venezuela, Edificio Nacional, Piso 1

Celular: 3102381922

Cartagena de indias, 12 de diciembre de 2024

Oficio No. 2273

APELACIÓN DE SENTENCIA
PROCESO: VERBAL DE RESPONSABILIDAD MÉDICA
DEMANDANTE: FREDY ALONSO MERCADO Y OTROS
DEMANDADO: COOMEVA EPS
RAD: 13001310300220220014102

Señores:

JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

j02cctocgena@cendoj.ramajudicial.gov.co

En cumplimiento a lo ordenado en auto del 3 de diciembre de 2024, proferido (a) por H. Magistrado DR. **MARCOS ROMÁN GUÍO FONSECA**, en el proceso de la referencia me permito hacer la presente devolución.

Se adjunta providencia del tres (03) de diciembre de dos mil veinticuatro (2024).

Atentamente,

ELBA ROSA PÉREZ AHUMADA
SECRETARIA SALA CIVIL -FAMILIA

Firmado Por:

Elba Rosa Perez Ahumada

Secretaria
Sala Civil Familia
Tribunal Superior De Cartagena - Bolivar

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **943d0590e13084b299b301dc1b65679e34c11e5bd74c760cfab6a96228eb5411**

Documento generado en 12/12/2024 10:57:38 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

SE REMITE AL JUZGADO DE ORIGEN 13001310300220220014102

Desde Secretaría Sala Civil Familia - Bolívar - Cartagena <secsalcivfam@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Fecha Jue 12/12/2024 11:10 AM

Para Juzgado 02 Civil Circuito - Bolívar - Cartagena <j02cctocgena@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 2 archivos adjuntos (1 MB)

07SENTENCIA.pdf; 03. Oficio N°2273 DEVUELVE (1) (1).pdf;

Cartagena de indias, 12 de diciembre de 2024

Oficio No. 2273

APELACIÓN DE SENTENCIA

PROCESO: VERBAL DE RESPONSABILIDAD MÉDICA

DEMANDANTE: FREDY ALONSO MERCADO Y OTROS

DEMANDADO: COOMEVA EPS

RAD: 13001310300220220014102

Señores:

JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

j02cctocgena@cendoj.ramajudicial.gov.co

En cumplimiento a lo ordenado en auto del 3 de diciembre de 2024, proferido (a) por H. Magistrado DR. **MARCOS ROMÁN GUÍO FONSECA**, en el proceso de la referencia me permito hacer la presente devolución.

Se adjunta providencia del tres (03) de diciembre de dos mil veinticuatro (2024).

ELBA ROSA PÉREZ AHUMADA
Secretaria Sala Civil-Familia



TRIBUNAL SUPERIOR DE CARTAGENA
Secretaría Sala Civil-Familia

Dirección: Cartagena, Centro Edificio Nacional

correo electronico: secsalcivfam@cendoj.ramajudicial.gov.co

celular: 310 2381922

Horario de Atención: 8:00 am a 12:00 pm y de 1:00 pm a 5:00 pm

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL - FAMILIA**

**MARCOS ROMÁN GUÍO FONSECA
Magistrado Sustanciador**

Cartagena de Indias D.C. y T., tres (03) de diciembre de dos mil veinticuatro (2024). *(Proyecto discutido y aprobado en sesión de 26 de noviembre de 2024.)*

Apelación de sentencia
Proceso: Verbal de Responsabilidad Médica
Demandante: Fredy Alonso Mercado y otros
Demandado: Coomeva EPS
Rad: 13001310300220220014102

Se entra a resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia de 25 de septiembre de 2024, proferida por el JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA, dentro del proceso de responsabilidad médica de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. FREDY ALONSO MERCADO DÍAZ, LUPE DE JESÚS CONEO DE MERCADO, ADRIANA MERCADO CONEO, SHALLY ROXANA MERCADO CONEO, SANDY SOFÍA MERCADO CONEO e IVÁN DARIO MERCADO CONEO, promovieron proceso de responsabilidad médica contra COOMEVA E.P.S., hoy en liquidación, reclamando como pretensiones, en síntesis, que se declare civilmente responsable a la demandada por los daños y perjuicios ocasionados; como consecuencia, se condene al pago por concepto de daño moral la suma de 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes para cada uno de ellos y por daño a la vida de relación a Fredy Mercado la misma suma.

Como soporte fáctico de las pretensiones, se compendia:

a) Que FREDY MERCADO DÍAZ estuvo vinculado a COOMEVA EPS como cotizante en el régimen contributivo desde 1 de enero de 2006 hasta el 5 de febrero de 2018.

b) En el 2013 tuvo molestias en su garganta, por lo que fue atendido por el otorrinolaringólogo Dr. Carlos Vélez Duncan quien le ordenó una biopsia.

c) El 2 de octubre de 2017, un nuevo Otorrinolaringólogo Dr. Roberto Malo, le volvió a ordenar el mismo examen, pero al igual que el anterior, nunca fue realizado por su EPS, pese a que interpuso acción de tutela con el fin de que le practicaran el mismo.

d) Ante el deterioro de su salud, decidió cambiar de EPS y presentar queja ante la Superintendencia Nacional de Salud, la cual quedó registrada el 19 de enero de 2018.

e) En su nueva EPS SALUD TOTAL le practicaron la biopsia sin mayor dilación, y en el informe de patología de 29 de mayo de 2018 se le diagnosticó "CARCINOMA ESCAMOLECULAR BIEN DIFERENCIADO, ULCERADO E INFILTRANTE EN CUARDA VOCAL IZQUIERDA, por lo que fue sometido a cirugía el 19 de julio de 2018, y a radioterapia en Centro Oncológico del Caribe.

f) Como consecuencia de lo anterior, ha sufrido un detrimento laboral, por cuanto perdió la rigidez de su voz, impidiéndole hablar de manera prolongada como lo hace el común de las personas, siendo ello fundamental en su condición de docente; que era aficionado a cantar, lo que hacía en reuniones familiares y de amigos, generando un daño a la vida de relación.

g) Que el examen más reciente de otorrinolaringología que le fue practicado (1 de diciembre de 2021), da cuenta que el pliegue vocal izquierdo onda mucosa está ausente, mientras que el derecho se encuentra conservado.

h) Su núcleo familiar compuesto por su esposa LUPE DE JESÚS CONEO DE MERCADO y sus hijos IVÁN DARIO, ADRIANA, SHALLY y SANDY MERCADO CONEO, se han visto perjudicados, al ver a su esposo y padre en mal estado de salud, sumergiéndolos en una profunda tristeza.

2. Una vez notificada, la demandada, a través de apoderado, se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando que no es cierto que en el año 2013 los médicos le ordenaran al señor una Biopsia, pues durante ese lapso de tiempo, el motivo de consulta fue por un cuadro clínico de LARINGITIS CRONICA.

Conforme a los registros de historia clínica, el paciente decidió de manera voluntaria y unilateral no continuar los controles con el médico otorrino de la EPS y tampoco realizó trámite para gestión de servicios ordenados a través de Coomeva.

No es cierto, que exista orden médica del 2 de octubre del 2017, en la cual se le hubiera ordenado una Biopsia por el Otorrinolaringólogo, y de hecho, la falta de existencia de la orden médica fue precisamente la razón por la cual, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Cartagena, declaró improcedente la acción constitucional interpuesta por el actor, y pese a que se ordenó su radicación, ello nunca ocurrió.

La Superintendencia Nacional de Salud, cerró la queja sin iniciar investigación alguna en contra de la EPS, al evidenciar que la EPS no

había incumplido ningunos de sus deberes como asegurador en el caso del señor Fredy Alfonso.

Formuló las excepciones de mérito: i) genérica; ii) inexistencia del daño antijurídico; iii) COOMEVA EPS cumplió sus funciones como asegurador; iv) falta de agotamiento del requisito de procedibilidad.

Realiza llamamiento en garantía a la Aseguradora CONFIANZA S.A., que fue admitido mediante auto de 15 de septiembre de 2022.

3. La Aseguradora CONFIANZA S.A., se opuso a todas las pretensiones de la parte demandante, hasta tanto no se demuestre que COOMEVA E.P.S. haya incurrido por la culpa, en la responsabilidad que se le atribuye derivada de una presunta falla en la prestación de sus servicios.

Propone como excepciones de mérito: i) inexistencia de culpa de parte de COOMEVA S.A.; ii) inexistencia de nexo causal; iii) indebida cuantificación de los presuntos daños morales sufridos; iv) ausencia de prueba de los presuntos perjuicios causados.

Frente al llamamiento en garantía refirió que entre SEGUROS CONFIANZA S.A y COOMEVA E.P.S, se suscribió contrato de seguro de Responsabilidad Civil Profesional para Clínicas y Hospitales, No. 03RC000767, No. 03RC000894. No. 03RC000980. No. 03RC001060. 03RC0001136.

Que, la póliza vigente para la fecha en la cual presuntamente no se le autorizaron los procedimientos al paciente corresponde a la No. 03RC001060, lo cual para la aseguradora se toma como fecha del presunto siniestro, se aclara que la póliza estuvo vigente hasta el día 25 de octubre de 2017.

Si bien las pólizas cubren la responsabilidad del asegurado por acciones u omisiones del asegurado, dentro de la misma se encuentran debidamente delimitados los amparos otorgados y el periodo de cobertura.

II. EL FALLO DE INSTANCIA

El Juez de primera instancia denegó las pretensiones de la demanda, señalando que revisado el material probatorio obrante en el proceso no se encontró demostrado ninguno de los actos médicos culposos que se endilgan a la parte demandada, ello por cuanto en la historia clínica del señor Fredy Mercado no se observa que en los años 2013 y 2017 los médicos tratantes le hayan prescrito a este el procedimiento llamado “biopsia”, por el contrario, lo que si se encuentra acreditado es que el 28 de noviembre de 2013, el médico tratante determinó: *“laringe; edema y eritema post cricoideo, interarritnoideo, bandas ventriculares hiperémicas, ventrículo libre, pliegues vocales hiperémicos, se aprecia lesión blanquecina (leucoplasia), borde libre del pliegue vocal izquierdo en el tercio medio, hiato longitudinal, sub glotis libre”*, se recomienda realizar videoestroboscopia laríngea, sin que se observe que el señor Mercado haya solicitado la práctica de dicho procedimiento ante la EPS accionada, y que esta se lo haya negado, por el contrario, tanto el señor Freddy como la señora Lupe confesaron en interrogatorio que COOMEVA EPS no ha negado ningún servicio.

Además, tampoco se encuentra acreditado que la IPS en la cual se encuentra adscrito el Dr. CARLOS VELEZ haya solicitado la autorización del mentado servicio médico ante la EPS demandada, y que, al preguntársele al médico citado las razones por las que el actor no se realizó dicho procedimiento, este indicó que, el motivo era que no le autorizaban el servicio y que inclusive debió renovar las ordenes, lo

cierto es que en el plenario no existe prueba alguna de que el galeno haya renovado la orden dada el 28 de noviembre de 2013 y que esta se negara por la EPS o que la IPS le solicitara autorización.

Lo que sí se encuentra demostrado, es que el señor Mercado dejó transcurrir un lapso de 4 años sin realizar las gestiones pertinentes para la práctica de dicho procedimiento, demostrando con dicha conducta un desinterés en la práctica del mismo, generando que la molestia en su laringe aumentara.

Cuando el Dr. Duncan valoró nuevamente al paciente el 21 de septiembre de 2017, anotó que los procedimientos ordenados no habían sido realizados, por lo que se consulta por aumento de disfonía y molestia, ordenándole nuevamente videoestroboscopia laríngea, el cual fue practicado.

Posteriormente, el 28 de septiembre de 2017, el Dr. Duncan lo diagnosticó con “lesión en pliegue vocal izquierdo, descartar CA de laringe”, razón por la cual le prescribió el procedimiento de “microlaringoscopia directa, tac simple y contrastado de cuello”, sin embargo, no se observa que el señor FREDDY MERCADO haya solicitado tal procedimiento ante la EPS accionada y que esta se lo hubiese negado. Tampoco que la IPS a la que se encuentra adscrito, haya solicitado autorización del mismo a la EPS.

Que si bien es cierto en noviembre de 2017 el señor FREDDY presentó acción de tutela en contra de la demandada con la finalidad de que esta autorizara y practicara el procedimiento microlaringoscopia directa más biopsia y tac simple y contrastado de cuello, no es menos cierto que para la fecha la EPS no había vulnerado derecho fundamental alguno comoquiera que no se radicó ante ella la respectiva solicitud del

servicio médico, como se indicó en sentencia de 20 de noviembre de 2017 por el JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL DE CARTAGENA, por lo que declaró improcedente la acción constitucional y pese a que esta decisión fue revocada en sentencia de 30 de enero de 2018 por el JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA, lo cierto es que habiéndose presentado incidente de desacato el 21 de febrero de 2018, el señor FREDY MERCADO se desvinculó de COOMEVA EPS a partir del 6 de febrero de 2018, por lo tanto, este no podría exigir el cumplimiento de dicha orden judicial, pues para esa fecha ya COOMEVA EPS no se encontraba obligada contractualmente para prestar su servicios médicos.

Así, entre la fecha de la sentencia de tutela que ordena a la EPS la autorización y práctica del procedimiento y la fecha de desafiliación de este, transcurrieron solamente 5 días, razón por la cual no se le podría endilgar responsabilidad alguna a COOMEVA EPS.

Que, si en gracia de discusión se tuviera la fecha 3 de noviembre de 2017, como la fecha en la que COOMEVA EPS tuvo conocimiento de los procedimientos ordenados al paciente, tampoco se podría endilgar responsabilidad alguna a la demandada, pues solo transcurrieron 3 meses desde dicha fecha a su desvinculación, término que no se considera exagerado.

III. LA APELACIÓN

1. Mediante proveído de 8 de octubre de 2024, fue admitido el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, atendiendo lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, otorgando el término de 5 días a la parte apelante para sustentar su recurso, quien

lo hizo el 15 de octubre de 2024. Así que, atendiendo a los reparos concretos formulados ante el Juez de primera instancia, se sintetizan:

- El juez no tuvo en cuenta los testimonios de los doctores POLO y VÉLEZ DUNCÁN quienes fueron enfáticos en manifestar que la demandada no autorizó los exámenes pertinentes. El último fue claro cuando manifestó que fue él como médico tratante quien ordenó el examen de biopsia, el cual era necesario para tratar a tiempo la enfermedad que padecía el demandante.

- No fue tenido en cuenta el fallo proferido en segunda instancia de la acción de tutela, que da cuenta que la demandada no estaba cumpliendo con el deber de cuidar y garantizar la salud del demandante, pues en dicha acción constitucional se le ordeno a la EPS autorizar en el término de 48 horas los exámenes solicitados MICROLARINGOSCOPIA DIRECTA MÁS BIOPSIA , TAC SIMPLE Y CONTRASTADO DE CUELLO y sin embargo dichos exámenes a pesar de ser autorizados en ese entonces por el Dr Roberto Malo, solo le fue practicado el TAC SIMPLE y el CONTRASTADO DE CUELLO, pero la BIOPSIA no , esto es, en últimas lo que motiva a cambiarse a la EPS SALUD TOTAL.

- El perito fue claro en que se perdió la oportunidad de ser tratado a tiempo el carcinoma padecido por el demandante por la falta de exámenes que debieron ser autorizados por la demandada.

- No tiene en cuenta, lo manifestado por el Representante Legal, en la contestación de la demanda, específicamente el hecho segundo donde el mismo da cuenta, reconoce o relata el mal manejo que le dieron a la afección incipiente del demandante, donde niega que se hubiera solicitado una biopsia en el año 2013, y en su lugar, manifiesta,

que fue atendido por un cuadro de LARINGITIS CRÓNICA y para avalar su dicho aporta historias clínicas del año 2013 al 2015 que demuestran que al paciente le fue cambiado el tratamiento al confundir su nascente enfermedad con LARINGITIS CRÓNICA, DISFONIA, REFLUJO GASTROESOFAGICO, incluso, fue tratado con desxametasona, Omeprazol e hidróxido de aluminio como lo relata el demandante en su interrogatorio.

2. La demandada no se pronunció sobre el recurso de alzada.

IV. CONSIDERACIONES

1. La Sala parte por señalar que están configurados los presupuestos procesales necesarios para adoptar una decisión de fondo, que por venir estudiados en debida forma por el Juez de primera instancia, se dan por reproducidos.

2. Como es sabido, en el campo de la culpa médica, la Corte Suprema de Justicia, de antaño ha venido pregonando que la obligación del médico es de medio y no de resultado¹, motivo por el que se parte de una culpa probada², en términos puntuales ha dicho: *“en el campo contractual, la responsabilidad médica descansa en el principio general de la culpa probada, salvo cuando en virtud de las “estipulaciones especiales de las partes” (artículo 1604, in fine, del Código Civil), se asumen, por ejemplo, obligaciones de resultado, ahora mucho más, cuando en el ordenamiento patrio, el artículo 104 de la Ley 1438 de 2011, ubica la relación obligatoria médico-paciente como de medios.*

¹ Sentencia del 5 de marzo de 1940.

² *“La obligación profesional del médico no es, por regla general, de resultado sino de medio, o sea que el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia y los dictados de su prudencia sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de éste”*² Así lo reiteró en sentencias de 12 de septiembre de 1985 (G.J. No. 2419, págs. 407 y ss.), 26 de noviembre de 1986 (G.J. 2423, págs. 359 y ss.), sent. 30 de enero de 2001, exp. 5507, Pte José Fernando Ramírez Gómez y sent. 30 de noviembre de 2011, Pte Arturo Solarte Rodríguez, exp. 1999-01502-01, para solo citar algunas.

La conceptualización es de capital importancia con miras a atribuir las cargas probatorias de los supuestos de hecho controvertidos y establecer las consecuencias de su incumplimiento. Así, tratándose de obligaciones de medio, es al demandante a quien le incumbe acreditar la negligencia o impericia del médico, mientras que en las de resultado, ese elemento subjetivo se presume. (SC7110 de 24 de mayo de 2017 Radicación n.º 05001-31-03-012-2006-00234-01).

En ese contexto, el Alto tribunal de la jurisdicción ordinaria ha precisado, que cuando se trata de obligaciones de medio, es al demandante a quien le incumbe acreditar la negligencia, impericia o falta de cuidado de los facultativos, en tanto al demandado, le basta demostrar diligencia y cuidado (artículo 1604-3 del Código Civil), aspecto que resaltan los demandados.

De cara a los cargos blandidos, la demanda se edificó sobre la imputación de negligencia por el retardo o demora en la autorización y práctica de la biopsia ordenada por su médico tratante, la cual resultaba indispensable para realizar un diagnóstico temprano de cáncer, en concreto, se hace consistir en la pérdida de oportunidad de ser diagnosticado a tiempo y recibir tratamiento adecuado.

En este contexto, la responsabilidad que se le endilga a las demandadas se encuentra fundada en la llamada por la jurisprudencia y la doctrina como pérdida de oportunidad, contentiva de un alea, debido a que no se sabe a ciencia cierta si el beneficio se habría obtenido o si por el contrario el daño pudo haberse evitado de no haber incurrido en una conducta culposa el demandado, luego, esa oportunidad pérdida es fuente de responsabilidad. Al respecto la Corte ha dicho:

(...) La pérdida de una oportunidad cierta, real, concreta y existente al instante de la conducta dañosa para obtener una ventaja esperada o evitar una desventaja, constituye daño reparable en el ámbito de la responsabilidad contractual o en la extracontractual, los daños patrimoniales,

extrapatrimoniales o a la persona en su integridad psicofísica o en los bienes de la personalidad por concernir a la destrucción de un interés tutelado por el ordenamiento jurídico, consistente en la oportunidad seria, verídica, legítima y de razonable probabilidad de concreción ulterior de no presentarse la conducta dañina, causa de su extinción. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 9 de septiembre de 2010. Expediente No. 17042-3103-001-2005-00103-01 M.P. William Namén Vargas)

Por otro lado, la Corte Suprema ha venido decantando los presupuestos axiológicos para la aplicación de la pérdida de oportunidad, precisando:

(i) Certeza respecto de la existencia de una legítima oportunidad, y aunque la misma envuelva un componente aleatorio, la “chance” diluida debe ser seria, verídica, real y actual; (ii) Imposibilidad concluyente de obtener el provecho o de evitar el detrimento por razón de la supresión definitiva de la oportunidad para conseguir el beneficio, 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 inconveniente; y (iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado; no es cualquier expectativa o posibilidad la que configura el daño, porque si se trata de oportunidades débiles, lejanas o frágiles, no puede aceptarse que, incluso, de continuar el normal desarrollo de las cosas, su frustración inevitablemente conllevaría en la afectación negativa del patrimonio u otros intereses lícitos. Dicho de otro modo, el afectado tendría que hallarse, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en un escenario tanto fáctico como jurídicamente idóneo para alcanzar el provecho por el cual propugnaba. (CSJ. Cas. civ. M.P. Margarita Cabello Blanco. Bogotá, 4 de agosto de 2014. Expediente No. 11001-31-03-003-1998- 07770-01)³.

Y en términos similares se ha pronunciado el Consejo de Estado al afirmar:

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

³ Así mismo SC456 de 2024

oportunidad pérdida 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 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. (...) La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del “chance” en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto⁴.

Descendiendo al caso que nos ocupa, esa pérdida de oportunidad o chance se predica de habersele negado la posibilidad al señor MERCADO de recibir un diagnóstico y tratamiento temprano para evitar la continuidad de la lesión a una cancerosa, debido al retardo u omisión en la autorización y práctica de la biopsia ordenada por su médico tratante, privación que contrario a lo esgrimido por el *a quo*, en el caso, sí se encuentra configurada, habida cuenta que está acreditada la necesidad o indispensabilidad de dicho examen y del procedimiento denominado MICROLARINGOSCOPIA ordenado por su médico tratante, así como el retardo en la práctica del mismo, que sin duda privó al paciente de recibir un adecuado diagnóstico y tratamiento oportuno.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, rad. 18593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Otras sentencias recientes que hacen alusión a la pérdida de oportunidad como daño autónomo son: sentencia del 14 de marzo de 2013, rad. 23632, M.P. Hernán Andrade Rincón; sentencia del 16 de julio de 2015, rad. 36634, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; ver igualmente Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 18593.

Para llegar a tal aserto, basta con analizar la historia clínica aportada por las partes, en la que se consigna:

FECHA	MOTIVO DE CONSULTA	DIAGNOSTICO
14/11/2013	"Tengo problemas con la voz"	Masculino en quien se hace diagnóstico de laringitis crónica para lo que se medica con dexametasona amp 8mg im en única aplicación, se indica reposo oral, paciente en sobrepeso, se educa sobre estilos de vida saludables con dieta rica en frutas y vegetales hiposodica, y ejercicio físico diario, tipo caminatas por 30-45min, prevención de tabaquismo y alcohol, se explican signos de alarma y centros de atención de ALR ED, control en 8 días. Impresión diagnóstica de laringitis crónica. Diagnóstico confirmado de aumento anormal de peso e hipertensión esencial.
21/11/2013	"La voz"	Masculino con diagnóstico de laringitis crónica con cambios en la tonalidad de la voz, se medicó con anterioridad y no mejora, se deriva a consulta especializada para definir necesidad de estudios especializados, "laringoscopia" por posibles lesiones estructurales a nivel de cuerdas vocales , paciente en sobrepeso, se educa sobre estilos de vida saludables con dieta rica en frutas y vegetales hiposodica, y ejercicio físico diario, tipo caminatas por 30-45min, prevención de tabaquismo y alcohol, se explican signos... Diagnóstico confirmado de laringitis crónica, aumento anormal de peso e hipertensión esencial.
28/11/2013		Se realiza procedimiento denominado VIDEO FIBRINOLARINGOSCOPIA/ TELELARINGOSCOPIA RESULTADOS: -Orofaringe: normal -Hipofaringe: normal -Laringe: Edema y eritema post cricoideo, interarritenoideo, bandas ventriculares hiperemicas, ventrículo libre, pliegues vocales hiperemicos, se aprecia lesión blanquesina (leucoplasia) borde libre del pliegue vocal izquierdo en el tercio medio, hiato longitudinal, sub glotis libre. Se recomienda realizar VIDEOESTROBOSCOPIA LARINGEA/ MICROLARINGOSCOPIA.

		Médico ORL Carlos Vélez Duncan
14/04/2014	<p>“Disfonía, Edema en pies”</p> <p>paciente de 63 años de edad quien viene con cuadro de disfonía, en control con otorrino, quien le ordeno omeprazol, con cita pendiente con oftalmología, está en control en programa de rcv (losartan 50 mg x 1). Con edema en miembros inferiores de más de 20 días de evolución, niega síntomas urinarios .</p>	<p>Se ordena parcial de orina, creatinina, mejorar dieta ordenada, caminatas de más de 30 minutos, esomeprazol 40 mg x 1, se le informa de los síntomas de alarma de la red de urgencia.</p> <p>Impresión diagnostica de: Enfermedad Del Reflujo Gastroesofagico Sin Esofagitis Aumento Anormal De Peso Edema Localizado</p>
15/05/2014	<p>“tengo reflujo”</p>	<p>paciente de alto riesgo coronario con hta en programa + sobre peso, con cuadro persistente de reflujo gastroesofágico concomitante con disfonía a quien se le ordena nueva valoración por otorrinolaringología, también se le recomienda manejo con omeprazol tab 20 mg vo cada 12 horas, hidróxido de aluminio una cucharada después de cada comida, se le recomienda ingesta de alimentos en escasa cantidad, no consumir sustancias irritantes como picante, suspender cítricos, bebidas alcohólicas, ...</p> <p>Diagnostico confirmado de: Enfermedad Del Reflujo Gastroesofágico Sin Esofagitis Hipertensión esencial Aumento Anormal De Peso</p>
28/07/2014	<p>Control de HTA</p>	<p>pte con cifras arteriales en metas 140/80, hoy tomo medicación incompleta, con tfg en 91.31ml/min, ascvd en 17%, framigham 13% y ldl en 91.2, actualmente asintomatico. se sugiere continuar con losartan tb 50 c 12hras, colchicina 0.5mg día y atorvastatina tb 40mg c noche. se insiste en la importancia de continuar y caminatas y ejercicio hasta llegar a mínimo 30 minutos día 5 veces por semana y continuar con alimentación regular baja en sal, grasas y carbohidratos, se pide continuar controles con nutrición. Se...</p> <p>Diagnostico confirmado de: Hipertension Esencial (primaria) Aumento Anormal De Peso Hiperuricemia Sin Signos De Artritis Inflamatoria Y Enfermedad Tofacea Hipercolesterolemia Pura Hiperplasia De La Prostata</p>

01/12/2014	CONTROL HTA - SE INGRESAN DATOS X FALLAS EN CICLOS.	<p>Paciente de muy alto riesgo cardiovascular x síndrome metabólico (perímetro abdominal > 90 cm + TGC > 150 + HTA + hdl < 40) x lo anterior roto atorvastatina 40 * 80 mg dia poscena .ldl meta < 70 .resto de esquema igual .LOSARTAN TB 50 C 12HRAS . se dan recomendaciones médicas generales se explican signos de alarma para acudir a centros de referencia de urgencia (se explica verbalmente las IPS de RED de urgencia), se ordena caminar 30 -60 minutos diarios dieta hipoglusida hipocalorica e...</p> <p>Diagnostico confirmado de: Hipertensión Esencial (primaria) Hiperuricemia Sin Signos De Artritis Inflamatoria Y Enfermedad Tofacea Hiperplasia De La Prostata Enfermedad Renal Hipertensiva Sin Insuficiencia Renal Hiperlipidemia Mixta</p>
06/03/2015	Control de hipertensión	<p>pcte con hipertensión arterial en metas con rcv framinghan de 20% alto con tfg 82 cc min eb 24h erc estadio 2 con dislipidemi mixta con ldl=145mg con sobrepeso+tendinitis de manguito rotador hombro izdo. plan se entrega cita de nutrición de primera vez, se deja igual tto con losartan tab 50mg cada 12h+atorvastatina tab 80mg noches por 3 meses.</p> <p>Diagnostico confirmado de: Hipertensión Esencial (primaria) Aumento anormal de peso Enfermedad Renal Hipertensiva Sin Insuficiencia Renal Hiperlipidemia Mixta</p> <p>Impresión diagnostica de Tendinitis calcificante de hombros</p>
30/07/2017	<p>“tengo reflujo gastroesofágico”</p> <p>PACIENTE QUIEN DESDE HACE MAS DE 4 AÑOS PRESENTA ANTECEDENTES DE ESOFAGITIS ASOCIADO A DOLOR Y SENSACION DE CUERPO EXTRAÑO EN GARGANTA, POR LO QE ACUDE A CITA MEDICA, NIEGA CONSUMO DECIGARRILLOS Y DE BEBIDAS ALCOHOLICAS. ES PORTADOR DE HTA EN TTO CON LOSARTAN 50 X 2. LA</p>	<p>Paciente con reflujo gastroesofágico, asociado a esofagitis por reflujo, razón por la cual le rodono metoclopramida 10 mlg precomidas, hidroxidod e aluminio mas simeticona, valoración por pm gastroenterología.</p> <p>hago énfasis sobre estilos de vida saludables: control del peso, dieta dash (dietary aproaches to stop hipertensión), reducción de la ingesta de sodio a una cucharadita dulcera al día, actividad física...</p> <p>Impresión diagnostica de: Enfermedad Del Reflujo Gastroesofágico Con Esofagitis Aumento Anormal De Peso</p>

	CUAL DICE TOMAR DE MANERA PUNTUAL.	Hipertensión Esencial (primaria)
05/10/2017	<p>Paciente de 66 años evaluado por Gastroenterología hasta 2015 por disfonía como manifestación atípica de reflujo, en contexto de abuso de voz (docente). Evaluado por ORL; Dx de leucoplasia, solicitaron Bx que no se realizó.</p> <p>EGD (Sep/14): Hernia Hiatal De 2cms + Esofagitis Grado A + Gastritis Eritematosa Antrocorporal y Erosiva Aguda Antral.</p> <p>Bx. Ap: Gastritis Crónica Activa, Erosiva, Asociada a H. Pylori +/+++ , negativa para Metaplasia, Displasia y Malignidad.</p> <p>Recibió Triconjugado y continuó con Pantoprazol a dosis doble también sin respuesta; no continuó controles.</p> <p>Refiere que persistió con disfonía leve y desde hace aprox 2 meses presenta intensificación de la disfonía, dolor faríngeo, pirosis y regurgitación.</p> <p>Evaluado en forma particular por ORL (Dr Duncan) se realizó video endoscopia de laringe en Sep/17: Lesión que compromete los 2/3 anteriores del pliegue vocal izquierdo. Paresia de pliegue.</p> <p>Refiere que se realizó TAC de tórax y cuello que fue normal. Como intercurrentia presentó en 2016 episodios de mialgias y malestar general, humoralmente aumento de transaminasas y patrón de colestasis, refiere que le solicitaron biopsia de hígado que no se realizó.</p>	<p>Enfermedad Del Reflujo Gastroesofágico Sin Esofagitis</p> <p>Enfermedad Toxica Del Hígado Con Colestasis</p>

ATENCIÓN PARTICULAR Dr. VELEZ DUNCAN

FECHA	CONSULTA	DIAGNOSTICO
21/09/2017	Paciente con antecedente de disfonía, se realizó NFL que reporta laringitis péptica y se describe lesión tipo leucoplasia hace 4 años. No se ha realizado los estudios y procedimientos indicados en ese momento , motivo por el cual consulta con aumento de disfonía y molestias.	Disfonía en estudio. Laringitis péptica Plan: VIDEOESTROBOSCOPIA LARINGEA
28/09/2017	Paciente con antecedente de disfonía desde hace 4 años. Se le realizó VIDEO ENDOSCOPIA LARINGEA que reportó lesión tipo leucoplasia en PVI. Actualmente se aprecia lesión que compromete los 2/3 anteriores del pliegue vocal izquierdo. Paresía de pliegue.	Lesión en pliegue vocal izquierdo Plan: Microlaringoscopia directa, tac simple y contrastado de cuello, creatinina, hemograma, PT, PTT, EKG, glicemia, BUN.

Atención SALUD TOTAL EPS

FECHA	ANTECEDENTES	PLAN
18/07/2018	Disfonía hace cuatro años, encuentran lesión en PV izquierdo, realizaron biopsia 21/05/18 (carcinoma escamocelular bien diferenciado, ulcerado e infiltrante). No ha recibido tratamiento.	Se solicita TAC de cuello simple y contraste, RX de torax, eco abdominal, creatina en sangre, se remite a oncología para considerar radioterapia, control post tratamiento
31/07/2018	Ca escamocelular de cuerda vocal izquierda	Valoración por radioterapia y SS depuración de creat en orina

Así, a simple vista, el historial médico permite extraer que, desde el **14 de noviembre de 2013**, el señor MERCADO acudió a consulta médica por molestias en su voz, habiéndole realizado una impresión diagnóstica de “laringitis crónica”, para lo que se le prescribió tratamiento con dexametasona. Ahora, como los síntomas persistieron, acudió a consulta general nuevamente el **21 de noviembre** de la misma anualidad, por lo que se direccionó a consulta especializada para definir necesidad de estudios más profundos como “*laringoscopia*” por posibles lesiones estructurales a nivel de cuerdas vocales, lo que pone de presente que, desde ese entonces, se consideró la necesidad de

realización de exámenes especializados para definir el diagnóstico y tratamiento oportuno del paciente, debido a su patología crónica.

Y precisamente, ante la persistencia de los problemas y cambios en la tonalidad de su voz (disfonía), recibió atención especializada con el Doctor CARLOS VÉLEZ DUNCAN, médico otorrinolaringólogo, quien practicó procedimiento denominado VIDEO FIBRINASOLARINGOSCOPIA que arrojó una **lesión blanquecina (leucoplasia)** borde libre del pliegue vocal izquierdo, prescribiéndole la práctica del procedimiento VIDEOESTROBOSCOPIA LARINGEA/ MICROLARINGOSCOPIA, que a juicio del galeno resultaba indispensable para realizar diagnóstico y prescribir el tratamiento adecuado.

En esos términos lo corrobora el mismo galeno CARLOS VÉLEZ DUNCAN, quien al rendir interrogatorio afirmó sin ambages que atendió al señor Fredy como usuario de COOMEVA EPS, por un cuadro de disfonía, prescribiéndole estudios endoscópicos para determinar el tipo de lesión, y que en esa oportunidad realizaron procedimiento de FIBRINASOLARINGOSCOPIA encontrando una lesión con sospecha de lesión pre-maligna en el pliegue vocal, por lo que se ordenó inmediatamente una tomografía simple y contrastada de cuello y procedimiento denominado MICROLARINGOSCOPIA directa más biopsia para obtener un diagnóstico histopatológico que indicara si la lesión encontrada era benigna o maligna para iniciar el tratamiento adecuado (min1:48).

Y es que, de acuerdo a la literatura médica, el tipo de lesión encontrada (**lesión blanquesina (leucoplasia)**), ameritaba la práctica de dicho procedimiento, en aras de identificar el origen de la misma, dada la gama de posibilidades etiológicas, dentro de las que se

incluyen, precisamente, las patologías malignas como el carcinoma. Sobre ello, se ha dicho:

*“Las leucoplaquias son un diagnóstico clínico y las posibilidades etiológicas son amplias. Entre ellas encontramos desde hallazgos benignos como la presencia de hiperplasia, con o sin queratosis, lesiones premalignas que incluyen la displasia leve, moderada o severa, **hasta patologías malignas como el carcinoma in situ (CIS), o carcinoma invasor**^{5,6}. El diagnóstico de esta patología se realiza, habitualmente, mediante visión endoscópica de la laringe, ya sea rígida o flexible, idealmente con luz estroboscópica^{8,9}. Con respecto al tratamiento, hay casos seleccionados de bajo riesgo en los que se describe un manejo conservador, en donde se busca disminuir la exposición a los factores de riesgo mencionados previamente. En otras situaciones, podría ser necesario el uso de medicamentos, tales como inhibidores de la bomba de protones (IBP) en presencia de reflujo gastroesofágico, o anti fúngicos frente a la sospecha de infección por hongos, por ejemplo, en usuarios de corticoesteroides inhalatorios^{6,8,10-12}. **Sin embargo, dada la dificultad de determinar con certeza la naturaleza y el pronóstico de la lesión de manera clínica, se suele optar, en la mayoría de los casos, por un manejo quirúrgico. Esto tiene como objetivo principal obtener muestras para un diagnóstico histopatológico, pero además, en gran parte de los casos, se logra una resección completa de la lesión, siendo ésta una intervención terapéutica. La biopsia suele realizarse bajo microlaringoscopia directa mediante técnica fría o láser**^{8,13-15}. Según el resultado histopatológico, se decide el tratamiento definitivo a seguir, que varía desde tratamiento médico y seguimiento, hasta reintervención quirúrgica, con o sin radioterapia¹⁶.”⁵*

Puestas las cosas de este modo, queda más que sobrentendida la relevancia en la práctica del procedimiento de MICROLARINGOSCOPIA ordenado al señor MERCADO por su médico tratante, habida cuenta que los síntomas de disfonía persistían, el tratamiento ordenado no generaba mejoría, más aún al estar confirmada la presencia de una lesión blanquesina (leucoplasia) con sospecha de lesión pre maligna, por lo que, se insiste, el procedimiento prescrito resultaba de cardinal importancia para lograr un efectivo diagnóstico y tratamiento definitivo, que en todo caso, le permitiría contrarrestar el la

⁵ Leucoplaquias laríngeas: Análisis de las lesiones y resultados vocales en una unidad de voz terciaria. Rev. Otorrinolaringol. Cir. Cabeza Cuello vol.82 no.4 Santiago dic. 2022 https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-48162022000400415

progresión significativa de la enfermedad que en últimas le fue diagnosticada (**carcinoma escamocelular**).

3. Y no se trataba de una expectativa insulsa o una simple posibilidad remota, debido a que el procedimiento de MICROLARINGOSCOPIA estaba íntimamente relacionado con el diagnóstico y tratamiento oportuno que debía recibir el señor MERCADO para evitar la continuidad de la lesión encontrada. Y esa percepción la deja evidenciada el doctor VÉLEZ DUNCAN al referir *“nosotros hacemos un diagnóstico presuntivo de acuerdo a la experiencia y a los conocimientos, entonces ese tipo de lesiones habitualmente, cuando uno las ve, ya se te prenden las alarmas, y sospecha de un carcinomecito que es una lesión pre maligna, que si no se hace la biopsia y el tratamiento adecuado el paciente va a desarrollar un carcinoma, que ya es una lesión maligna. Hay lesiones benignas, pre malignas y malignas. Entonces, el hecho de no hacerle la MICROLARINGOSCOPIA nos dejó sin diagnóstico histopatológico, luego entonces no se puede hacer una terapéutica, sino un diagnóstico..., porque estamos hablando de una radioterapia o de una cirugía ..., si sale un carcinoma y el carcinoma más común en la laringe es el carcinoma escamocelular, entonces nos enfrentamos a un tratamiento oncológico vs quirúrgico oncológico, eso es lo que deriva en no hacer el procedimiento, la ausencia de un diagnóstico histopatológico para tomar la conducta médica adecuada.” (min 1:54:34).*

Y con ese pleno convencimiento, la demandada, se encontraba obligada en la prestación oportuna y eficiente del servicio consistente en la práctica del procedimiento médico en comento, lo que exigía un actuar diligente más allá del acto médico propiamente dicho.

En ese sentido, se indica en la demanda que, pese a la orden dada por su médico tratante y que la práctica del examen fue solicitada ante la demandada COOMEVA EPS, esta no lo realizó, frustrando con dicho actuar que el señor MERCADO tuviera un diagnóstico temprano, constituyendo esta una afirmación indefinida, por lo que, le tocaba a la

demanda COOMEVA EPS desvirtuarla, pues, es por demás quien tiene en sus archivos la información referente a los servicios prestados a sus afiliados y, por tanto, se encuentra en plena capacidad de controvertir tal afirmación.

Con todo, la demandada, se limitó a indicar que no es cierto que en el año 2013 se le prescribiera biopsia alguna al señor MERCADO ni tampoco que este haya radicado la orden médica de los procedimientos ordenados por el médico Otorrino VELÉZ DUNCAN para su autorización.

Y aunque ciertamente, en la orden médica de 28 de noviembre de 2013 se prescribió *“realizar VIDEOESTROBOSCOPIA LARINGEA/ MICROLARINGOSCOPIA”*, sin indicación de “biopsia”, lo cierto es que, indefectiblemente, se trata de un procedimiento diagnóstico, que en últimas conlleva la misma, por la necesidad de la precisión en el resultado, lo que implica que atendiendo la exploración realizada y los hallazgos encontrados se requería de la extracción de la lesión o muestras para biopsia, en aras de identificar la etiología de la misma, especialmente cuando lo que se pretendía con su realización, era verificar el tipo de lesión (benigna, pre malina o maligna), como indicó el médico Otorrinolaringólogo CARLOS VÉLEZ DUNCAN.

Dicho de manera diferente, las características de la lesión que padecía el señor MERCADO y los distintos exámenes y procedimientos ordenados por el médico tratante exigían sin dilación la biopsia como la forma más segura de direccionar el quehacer médico para detener, palear o erradicar la aparición del cáncer, pues, sabido se tiene que un diagnóstico temprano evita un desenlace fatal.

4. Con todo, la demandada simplemente allegó al expediente la historia clínica del paciente en la que efectivamente se advierte que posterior a la orden dada por el Doctor VÉLEZ DUNCAN el 28 de noviembre de 2013, el señor MERCADO siguió asistiendo a consulta general por los mismos síntomas de disfonía y reflujo, sin que se observe ninguna alusión a la práctica de procedimiento previamente ordenado, o la insistencia en su realización, atendiendo que aún no se efectuaba un diagnóstico definitivo de la lesión presentada por el paciente.

Nótese, que el 15 mayo de 2014, el señor MERCADO continuaba con cuadro persistente de reflujo gastroesofágico concomitante con disfonía, ordenándose nueva valoración por otorrinolaringología, sin que se hallen registros de la misma.

Y tan solo hasta el 21 de septiembre de 2017, recibe atención particular, nuevamente, con el médico otorrino CARLOS VÉLEZ DUNCAN quien vuelve y le prescribe la VIDEOESTROBOSCOPIA LARINGEA encontrando la “lesión tipo leucoplasia en PVI”, por lo que reitera el procedimiento de MICROLARINGOSPOCIA, que tampoco fue practicado por la demandada, debiendo el actor presentar acción constitucional que fue denegada en primera instancia en sentencia de 20 de noviembre de 2017 y posteriormente concedida por el superior en providencia de 30 de enero de 2018, así:

Acción de tutela presentada por Fredy Mercado Díaz contra COOMEVA E.P.S Juzgado Segundo Civil Municipal de Cartagena	Pretensiones: Se ordene a COOMEVA EPS autorizar y realizar procedimiento de Microlaringoscopia directa más biopsia, tac simple y contrastado de cuello, así como medicamentos y tratamiento integral.	Sentencia tutela 20 de noviembre de 2017: Se negó el amparo constitucional al considerarse que el accionante no demostró haber radicado la respectiva autorización ante la EPS.
Impugnación		Sentencia de 30 de enero de 2018: revocó la decisión y

Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cartagena		concedió el amparo solicitado, indicando que siendo sabedora la EPS de los padecimientos concretos del actor, y que se encuentra en un tratamiento para un posible diagnóstico de cáncer, no existiría excusa para la no practica de los exámenes ordenados por sus médicos tratantes.
---	--	--

Siendo ello así, no queda duda que se presentó una omisión por parte de la demandada en la autorización del procedimiento MICROLARINGOSCOPIA ordenado por el médico tratante, el cual resultaba vital para su diagnóstico y tratamiento, especialmente, si se tiene en cuenta que desde 2013 fue advertida la lesión blanquesina (leucoplasia) con sospecha de lesión pre maligna, lo que implicaba una actuación más oportuna y diligente para encontrar su origen con miras a adoptar los correctivos y procedimientos ingentes para trancar o erradicar la aparición de cáncer.

Por manera que, la actuación de la demandada en la omisión de la práctica del procedimiento, contribuyó en cierto grado en la disminución de la posibilidad de evitar la progresión de la lesión encontrada en una cancerosa, es decir, esa pérdida de oportunidad o chance se predica de habersele negado la posibilidad cierta al demandante de ser diagnosticado y recibir tratamiento oportuno, esto es, de “*evitar una pérdida*”, como en efecto sucedió.

5. Y aunque, en el expediente no reposan medios probatorios categóricos que permitan establecer que la aparición del carcinoma obedeció inexorablemente al retardo enrostrado a la demandada, lo cierto es que, la realización oportuna del procedimiento MICROLARINGOSCOPIA constituía un imperativo para realizar un

diagnóstico definitivo de la lesión encontrada en el paciente, y en base a ello, poder direccionar el tratamiento adecuado que restara la progresión de la misma, oportunidad real y cierta que constituye el objeto del resarcimiento.

En suma, la privación de una oportunidad concreta de mejoría en la salud del paciente, se configura atendiendo varios supuestos: i) se presentó una sustracción imputable a la demandada en la práctica del procedimiento MICROLARINGOSCOPIA; ii) conforme a su médico tratante, dicho procedimiento debía realizarse de manera inmediata para realizar diagnóstico y definir terapéutica y, iii) una vez hecho el procedimiento tras 5 años después de haber sido prescrito inicialmente por el médico tratante, la lesión migró a una maligna cancerosa.

De manera que, le asiste razón al apoderado recurrente al considerar que, para el caso, existió una omisión de parte de la demandada COOMEVA EPS en la prestación del servicio de salud brindado al señor FREDY MERCADO, lo que generó una pérdida de la oportunidad de ser tratado a tiempo el carcinoma padecido, lo que estructura, sin equívocos, los elementos propios de la responsabilidad civil.

6. Bajo tales supuestos, el resarcimiento del daño reclamado resultaría procedente, pues la expectativa de contar con un tratamiento oportuno para una enfermedad de tal linaje, tiene efectos inexorables en la vida el señor MERCADO y sus familiares más allegados.

Y es que, la pérdida de oportunidad comporta un daño autónomo e independiente, que puede dar lugar a diferentes consecuencias resarcibles como las extrapatrimoniales⁶.

Sobre el daño moral, la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que su determinación está sujeta a las circunstancias fácticas de cada caso, las condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, intensidad de la lesión, los sentimientos, dolor o aflicción, conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador, específicamente ha indicado:

“Para concluir, en preservación de la integridad del sujeto de derecho, el resarcimiento del daño moral no es un regalo u obsequio gracioso, tiene por causa el quebranto de intereses protegidos por el ordenamiento, debe repararse in casu con sujeción a los elementos de convicción y las particularidades de la situación litigiosa según el ponderado arbitrio iudicis, sin perjuicio de los criterios orientadores de la jurisprudencia, en procura de una verdadera, justa, recta y eficiente impartición de justicia, derrotero y compromiso ineludible de todo juzgador”⁷

El método de cuantificación es motivo de serios reparos, en especial, frente a la inequidad que generan las fórmulas reparatoras utilizadas por las Cortes, dejándose al *arbitrium iudicis* su tasación.

⁶ Sebastián Picasso y Luis R. J. Sáenz, sostienen que la pérdida de oportunidad constituye una categoría autónoma que debe ubicarse a otro nivel conceptual, y «su frustración como consecuencia del hecho ilícito constituye un “daño - lesión” o “daño – evento”, que puede dar lugar a distintas consecuencias resarcibles, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales» (Op. Cit. Pág. 494) y acerca de la relación entre el daño como tal y los perjuicios resarcibles con ocasión de su estructuración, tras hacer referencia a un ejemplo concreto, acotan: “(...) la pérdida de chance es un daño autónomo, pero que no se trata de un tertius genus entre el perjuicio patrimonial o moral, ni constituye una especie dentro de estos últimos. No es una consecuencia más del hecho ilícito, sino el daño “fáctico” propiamente dicho, del cual surgen las consecuencias resarcibles (o perjuicios en sentido estricto). En efecto, el daño – evento, estaba constituido, en el caso, por la pérdida de oportunidad de curación que padeció la víctima (la chance de sobrevivir del enfermo constituía un bien que estaba en relación con diversos intereses -patrimoniales o extrapatrimoniales- de los damnificados indirectos), mientras que las consecuencias resarcibles son los perjuicios que reclaman sus familiares, y que pueden ser de naturaleza patrimonial o moral”. (Op. Cit. Pág. 495).

Sobre la misma temática, en CSJ SC 09 sep. 2010, exp. 2005-00103-01, la Sala puntualizó que «la pérdida de una oportunidad comporta a la reparación proporcional, parcial, fraccionada o probabilística con distribución equilibrada, armónica y coherente de la incertidumbre causal de un resultado dañoso probable, evitando, por un lado, la injusticia de no repararlo, y por otro lado, la reparación plena cuando no hay certeza absoluta sino la probabilidad razonable respecto a que un determinado evento, hecho o comportamiento pudo o no causarlo (...).» Citado en sentencia **SC456-2024Radicación n.º 76001-31-03-012-2012-00333-01**

⁷ CSJ Civil sentencia de 9 julio de 2010, exp. 1999-02191-01.

Y aunque se ha dicho que el daño debe ser probado, no se trata de una regla infranqueable, debido a que pueden existir eventos en donde el hecho físico pueda generar *per se* un daño. Ese *arbitrio iudicis* deja a buen juicio del fallador tasar el daño inmaterial, sirviendo como guía los techos establecidos tanto por la Corte Suprema de Justicia como por el Consejo de Estado⁸.

En el presente asunto, resulta evidente que la pérdida de oportunidad de recibir un diagnóstico y tratamiento oportuno, generó en el paciente y los familiares más cercanos zozobra, congoja, dolor y frustración, pues, pese a haber sido encontrada una lesión en su laringe, y prescrito procedimiento de MICROLARINGOSCOPIA por sospecha de lesión pre maligna según su médico tratante, el mismo no fue practicado, y tan solo 5 años después, ante la persistencia de sus síntomas, fue diagnosticado con carcinoma escamolecular, conllevando un largo periodo de consulta tras consulta sin lograr un diagnóstico definitivo y menos recibir el tratamiento adecuado para su dolencia, lo que de suyo produce un traumatismo, una aflicción interna o malestar en la víctima y su núcleo familiar.

En ese entendido, conforme a los principios de equidad, razonabilidad, reparación integral y proporcionalidad, se debe tasar el daño moral en un equivalente a \$ 20.000.000.00, a favor de FREDY MERCADO DÍAZ, y \$10.000.000 en favor de los demandantes LUPE DE JESUS CONEO DE MERCADO, SANDY, IVAN, ADRIANA y SHALLY MERCADO CONEO, en calidad de esposas e hijos, para cada uno.

⁸ El Consejo de Estado dese la sentencia del 6 de septiembre de 2001 (exp. 13.232 – 15.646), consideró improcedente la aplicación analógica del artículo 97 del Código Penal y dio cabida al artículo 16 de la ley 446 de 1998, señalando como límite 100 salarios mínimos legales mensuales.

Por su parte, el daño fisiológico, daño a la vida de relación o alteraciones a las condiciones de existencia⁹, ha sido reconocido por las Altas Cortes como un daño extrapatrimonial autónomo y que repercute en la esfera externa del individuo, siendo descrito por la Corte Suprema de Justicia como *“las situaciones de la vida práctica o en el desenvolvimiento que el afectado tiene en el entorno personal, familiar o social se manifiesta en impedimentos, exigencias, dificultades, privaciones, vicisitudes, limitaciones o alteraciones, temporales o definitivas, de mayor o menor grado, que él debe soportar o padecer, las cuales, en todo caso, no poseen un significado o contenido monetario, productivo o económico”*, luego, como lo ha plasmado la Corte corresponde a un daño diferente al moral.

En un pronunciamiento más reciente, al precisar el alcance y contenido de este derecho la Corte puntualizó:

“se apreciaría a partir de aquellas manifestaciones de la afectada de las que pudiera inferirse la disminución de su interés por participar en actividades de las que antes disfrutaba o de aquellas que le generaban algún regocijo en los ámbitos individual, familiar o social, con fines recreativos, culturales, de relaciones sociales, y en general de aquellas en las que aprovechaba su tiempo libre, en compañía de su difunto esposo”. (CSJ, sent. SC-665 de 7 de marzo de 2019, M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque)

Lo que pone de presente que corresponde a todas aquellas actividades lúdicas, placenteras, personales, culturales, deportivas o de simple rutina de las cuales se priva el actor¹⁰. Así, la Corte Suprema ha dicho *«un menoscabo que se evidencia en los sufrimientos por la relación externa de la persona, debido a ‘disminución o deterioro de la calidad de vida de la víctima, en la pérdida o dificultad de establecer contacto o relacionarse con las personas y cosas, en orden a disfrutar de una existencia corriente, como también en la privación que padece el afectado para desplegar las más elementales conductas que en forma cotidiana o habitual marcan su realidad’, que por eso queda limitado a tener una vida en condiciones más exigentes que los demás, como enfrentar barreras que*

⁹ Fue reconocido por primera vez por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 13 de mayo de 2008, exp. 1997-09327-01 (Reiterada, entre otras, en: SC 9 dic. 2013, rad: 2002-00099-01; SC5050-2014 y SC5885-2016.), aunque de tiempo atrás ya lo venía reconociendo como un perjuicio autónomo por el Consejo de Estado.

¹⁰ Sentencia SC3919 de 2021

antes no tenía, conforme a lo cual actividades muy simples se tornan complejas o difíciles» (SC22036, 19 dic. 2017, rad. n.º 2009-00114-01)¹¹.

Para el caso, se afirma que a raíz del diagnóstico y tratamiento tardío de la lesión que padecía el demandante FREDY MERCADO en su laringe, y que derivó en la aparición de un “*carcinoma escamolecular bien diferenciado, ulcerado e infiltrante en la cuerda vocal izquierda*”, este nunca más volvió a cantar en reuniones familiares y con amigos, dando al traste su afición al canto, hechos que confirman su esposa e hijas LUPE DE JESUS CONEO DE MERCADO, ADRIANA MERCADO CONEO, SHALLY ROXANA MERCADO CONEO y SANDY SOFIA MERCADO CONEO, quienes manifestaron que, ciertamente, el señor FREDY MERCADO disfrutaba de su afición al canto, aprovechando reuniones familiares y de amigos para ponerla en práctica, por lo que puede considerarse que el hecho dañoso que se le atribuye a las demandadas truncó la posibilidad de seguir gozando de dichos momentos de esparcimiento, amén que durante el interrogatorio rendido por el señor MERCADO se pudo advertir la dificultad que actualmente presenta en su voz, por lo que fijará por daño a la vida de relación un equivalente a \$ 20.000.000.oo.

7. En cuanto a las excepciones blandidas por la demandada COOMEVA EPS, tenemos:

- *Inexistencia de un daño antijurídico*: tal y como quedo dicho en líneas precedentes, al demandante Fredy Mercado le fue prescrito procedimiento de MICROLARINGOSCOPIA, que no fue autorizado ni practicado por la demandada lo que impidió un diagnóstico definitivo y tratamiento oportuno de su lesión, por consiguientes, se estructuró un daño especial –pérdida oportunidad-.

¹¹ Citada en sentencia SC3919 de 2021

- *COOMEVA EPS cumplió sus funciones como prestador.* en sentir de la demandada, el señor Fredy Alonso Mercado Díaz, tenía el deber de radicar la orden médica de biopsia y solicitar el agendamiento del examen, amén que no existe orden de la misma.

Pero como bien se ha dicho, aunque no obra orden expresa de “biopsia”, si fue prescrito desde 2013 por su médico tratante el procedimiento denominado MICROLARINGOSCOPIA como mecanismo diagnóstico en aras de identificar la etiología de la lesión presentada, lo que implicaba su estudio patológico, luego, se hace evidente la negligencia médica.

- *Falta de agotamiento de requisito de procedibilidad de conciliación:* Tal aspecto no corresponde a una excepción de fondo propiamente dicha, fuera que el artículo 590 del Código General del Proceso prescribe que “*En todo proceso y ante cualquier jurisdicción, cuando se solicite la práctica de medidas cautelares se podrá acudir directamente al juez, sin necesidad de agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad.*”, siendo que en el caso fue decretada medida cautelar de inscripción de la demanda sobre el establecimiento de comercio COOMEVA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A.

8. Respecto del llamamiento en garantía, emerge con claridad que ASEGURADORA CONFIANZA S.A., fue llamada en garantía por la demandada COOMEVA EPS con ocasión de las siguientes pólizas de responsabilidad civil profesional médica para clínica:

- No RC000767 la cual estuvo vigente entre el 22 de julio del 2013 y el 27 de abril de 2014.

- No RC000894, la cual estuvo vigente entre el 27- de mayo del 2014 al 27 de mayo del 2015, la cual fue prorrogada 3 veces más quedando vigente hasta el 14 de agosto del 2015.

- No RC000980, la cual estuvo vigente entre el 1 de agosto del 2015 hasta el 1 de agosto del 2016 y prorrogada hasta el 1 de octubre del 2016.

- No RC001060, la cual estuvo vigente entre el 1 de octubre del 2016 al 1 de octubre del 2017.

- No RC001136, la cual estuvo vigente entre el 25 de octubre del 2017 al 25 de octubre del 2018.

Ahora, la omisión que se enrostra a la demandada data de 28 de noviembre de 2013, fecha en que fue prescrito el procedimiento de MICROLARINGOSCOPIA, estando vigente para dicho periodo la póliza No. RC000767 en la que figura como asegurado COOMEVA EPS, y beneficiarios los terceros afectados (fl 194 llamamiento en garantía); por consiguiente, si la acción que se ejercita es de un tercero, precisamente, por daños derivados de una responsabilidad civil por parte de COOMEVA EPS, la aseguradora debe entrar a responder por la condena impuesta a su asegurado, hasta el monto del amparo, efectuados desde luego, los deducibles convenidos, tomando en consideración que el amparo se encuentra cubierto conforme a la póliza.

Las excepciones de inexistencia de culpa de COOMEVA EPS y nexo causal, así como la de ausencia de prueba de perjuicios han sido atendidas en acápite anterior.

Y la excepciones relativa a la indebida cuantificación de perjuicios morales, ciertamente ha sido excesiva y se entiende ajustada a la valoración y cuantificación realizada por la esta Corporación.

Así las cosas, se condenará en costas en primera y segunda instancia a la parte demandada.

V. DECISIÓN

En razón y mérito de lo expuesto, la Sala Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

VI. RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de 25 de septiembre de 2024, proferida por el JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA, dentro del proceso de responsabilidad médica promovido por FREDY ALONSO MERCADO DÍAZ, LUPE DE JESÚS CONEO DE MERCADO, ADRIANA MERCADO CONEO, SHALLY ROXANA MERCADO CONEO, SANDY SOFIA MERCADO CONEO e IVAN DARIO MERCADO CONEO contra COOMEVA E.P.S. hoy en liquidación.

SEGUNDO: DECLARAR civilmente responsable a COOMEVA E.P.S., por los perjuicios causados a los demandantes, conforme lo indicado en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a COOMEVA E.P.S., a pagar las siguientes sumas de dinero, en el término de cinco (5) días contados a partir de la ejecutoria del fallo:

- a. Por concepto de daño moral, VEINTE MILLONES DE PESOS (**\$20.000. 000.00**) a favor de FREDY ALONSO MERCADO DÍAZ.
- b. Por concepto de daño moral, DIEZ MILLONES DE PESOS (**\$10.000.000**) a favor de LUPE DE JESÚS CONEO DE MERCADO, ADRIANA MERCADO CONEO, SHALLY ROXANA MERCADO CONEO, SANDY SOFIA MERCADO CONEO e IVAN DARIO MERCADO CONEO, cada uno.

- c. Por concepto de daño a la vida de relación, **VEINTE MILLONES DE PESOS (\$20.000. 000.00)** a favor de **FREDY ALONSO MERCADO DÍAZ**.

Sobre las anteriores sumas de dinero deberá pagar intereses al 6 % anual a partir del día siguiente a la fecha concedida para el pago.

CUARTO: DISPONER que la llamada en garantía **ASEGURADORA CONFIANZA S.A.**, debe entrar a responder por el pago de los perjuicios a que fue condenado **COOMEVA EPS.**, en esta providencia hasta la cobertura pactada, menos el valor del deducible consignado en la póliza de seguro No. **RC000767**.

SEXTO: DECLARAR probadas la excepción de excesiva tasación de perjuicios, y no probada las demás propuestas por las demandadas.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas en primera y segunda instancia a la parte demandada. Fijar como agencias en derecho en esta instancia la suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

OCTAVO: ORDENAR remitir el expediente a su lugar de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Marcos Roman Guio Fonseca
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Civil Familia
Tribunal Superior De Cartagena - Bolivar

John Freddy Saza Pineda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 001 Civil Familia
Tribunal Superior De Cartagena - Bolivar

Oswaldo Henry Zárate Cortés
Magistrado
Sala Civil Familia
Tribunal Superior De Bolivar

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con
plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario
2364/12

Código de verificación:

**1a13f80d68714a272f6c79a5ad35a8401c4e63a8ebdd548c2172fff45e
a05e77**

Documento generado en 03/12/2024 02:37:37 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la
siguiente URL:**

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>