



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CIVIL**

Magistrado Sustanciador:

RICARDO ACOSTA BUITRAGO

Bogotá D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

DEMANDANTES:	HERNÁN Y MARÍA ELVIRA FORERO QUEVEDO, KAREN LORENA Y MILLER LEONARDO FORERO BERNAL
DEMANDADA:	E.P.S. FAMISANAR LTDA.
CLASE DE PROCESO:	VERBAL - RESPONSABILIDAD MÉDICA
MOTIVO DE ALZADA:	APELACIÓN SENTENCIA

Se ocupa la Sala de resolver el recurso de apelación que formuló la E.P.S. Famisanar Ltda. -FAMISANAR-, contra la sentencia que el 22 de junio de 2018 profirió el Juzgado 44 Civil del Circuito de la ciudad, dentro del proceso de la referencia, con apego al sentido del fallo que se anunció en audiencia del 8 de noviembre de 2018.

ANTECEDENTES

1. Con su libelo radicado el 12 de febrero de 2015 (fl. 224, c. 1), Hernán y María Elvira Forero Quevedo, así como Karen Lorena y Miller Leonardo Forero Bernal promovieron demanda contra la E.P.S. Famisanar Ltda., para que se declarara a ésta última "civil, contractual y/o extracontractualmente responsable" por la muerte de la señora Yaneth Bernal Hernández, "ocurrida el 12 de abril de 2012", por una "deficiente" y "discontinua" prestación de los servicios médicos que ella necesitó para tratarle un cáncer de seno



diagnosticado de manera oportuna, motivo por el cual "*implicó para ella la pérdida de oportunidad*" "*de sobrevivencia en mejores condiciones*" (subraya fuera de texto, fl. 256, c. 1).

En consecuencia, condenar a la demandada a pagarle a: **(i)** Hernán Forero Quevedo 500 SMMLV por perjuicio moral y otra suma igual por daño a la vida de relación; **(ii)** María Elvira Forero Quevedo \$1.804.000 por servicios funerarios; **(iii)** Karen Lorena y Miller Leonardo Forero Bernal, para cada uno, 300 SMLMV por perjuicio moral y otro valor igual por daño a la vida de relación. Las anteriores sumas con los intereses moratorios a la tasa más alta permitida por la ley desde la ejecutoria de la sentencia y hasta que se verifique el pago.

2. Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló:

2.1. El 24 de diciembre de 1988, Yaneth Bernal Hernández se casó con Hernán Forero Quevedo. Fue madre de Miller Leonardo y Karen Lorena Bernal Hernández. Estuvo afiliada, en calidad de beneficiaria, a la EPS FAMISANAR desde el 1º de diciembre de 2000 hasta el día de su muerte -12 de Abril de 2012.

2.2. El 29 de febrero de 2008, a la señora Bernal Hernández se le diagnosticó cáncer de seno, motivo por el cual a partir del 26 de marzo de ese año se le iniciaron quimioterapias neoadyuvantes, las que continuaron los días 15 de abril, 12 de septiembre, 15 y 23 de octubre de 2008.



2.3. Resaltó que el 13 de diciembre de 2010 la señora Bernal Hernández ingresó de urgencias a la Clínica Shaio, donde se le diagnosticó "lesión focal intra-axial única compatible con metástasis... cerebral", por lo que el médico tratante ordenó radiocirugía con GAMMAKNIFE, por ser un tratamiento ambulatorio, muy exitoso y con pocos efectos secundarios. El procedimiento fue negado el 17 siguiente por la EPS demandada y a la paciente se le dio de alta, pero se le pudo realizar el 24 de enero de 2011 por orden que impartió, en un fallo de tutela del día 5 de enero de ese año, el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Zipaquirá.

2.4. Asimismo, en enero de 2011 se le diagnosticó "C509 tumor maligno de la mama", el 7 de marzo de ese año metástasis en pulmón y el día 10 siguiente se le ordenó quimioterapia paliativa.

2.5. Manifestó que la quimioterapia y la radiocirugía con GAMMAKNIFE, para el 25 de agosto de 2011, disminuyeron las lesiones en cerebro y pulmones, según exámenes que se le practicaron; que el 24 de septiembre de ese año presentó quiste en simple renal cortical derecho; que el 28 de diciembre siguiente presentó aumento de tamaño y lesiones en pulmones.

2.6 Agregó que la Fundación Clínica Shaio, el 5 y 6 de febrero de 2012 decidió hospitalizar a la señora Bernal Hernández porque "presentaba una pérdida de fuerza del cuerpo izquierdo, dolor de cabeza y/o hemiparesia izquierda", por lo que el 6 de febrero de ese año, el Dr. Andrés Fonnegra neurólogo de dicha IPS "documentó en la historia clínica que se encontraron 4 nuevas lesiones y para su



manejo se requería practicar otro procedimiento de GAMMAKNIFE"; la EPS accionada negó el tratamiento y ordenó el traslado de la paciente, pero que los médicos tratantes se opusieron a esa remisión "debido a que este tratamiento no se puede hacer en otro lugar".

2.7. El 10 de febrero de 2012, el doctor Fonnegra insistió en la realización de dicho procedimiento. El día 29 de marzo de 2012 reingresó "debido a un deterioro neurológico", y nuevamente el neurólogo insistió en el procedimiento GAMMAKNIFE, pero la EPS la negó,

2.8 Por habersele negado en esta oportunidad el tratamiento GAMMAKNIFE, "padeció dolores agudos e insoportables, inmovilidad, descontrol de esfínteres y especialmente la angustia de ver su cuerpo reducido a la inutilidad total", contingencia que originó "angustia, tristeza" y "depresión" en los demandantes" -daño moral- y, de paso, "afectación del entorno familiar y social, el rompimiento de la unidad familiar y la descontextualización de la vida social del núcleo familiar de la causante Bernal Hernández" -daño a la vida de relación- (fls. 169-223, c. 1) y la señora María Elvira Forero Quevedo pagó \$1.804.000, por concepto de "servicios funerarios de la causante".

3. El auto admisorio del 29 de abril de 2016 (fl. 339, c. 1) fue notificado por aviso FAMISANAR (fl. 422, c. 1), entidad que se opuso a las pretensiones y formuló en su defensa las excepciones que denominó: (i) "inexistencia de responsabilidad por cumplir las obligaciones legales y contractuales asignadas por ley"; (ii) "inexistencia de responsabilidad por gestionar en debida forma la gestión del riesgo en salud a través de la red prestadora"; (iii)



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

"inexistencia de responsabilidad por no prestar directamente el servicio de salud"; (iv) "inexistencia del nexo causalidad entre la conducta administrativa de mi representada y el daño aludido"; (v) "inexistencia del daño"; (vi) "ausencia de perjuicios"; (vii) "excesiva tasación de perjuicios - perjuicios mal tasados" y (viii) "prescripción y/o caducidad" (fls. 507-591, c. 1).

También llamó en garantía a la Caja Colombiana de Subsidio Familiar COLSUBSIDIO, por haber sido la entidad que atendió a la paciente por orden de aquella, en el marco del contrato de prestación de servicios entre ellas celebrado (fls. 15-19, c. 3). La llamada coadyuvó las excepciones propuestas por su llamante y formuló las suyas de: (i) "no conducta culpable de parte de mi mandante Colsubsidio en la prestación del servicio"; (ii) "inexigibilidad de otra conducta para Colsubsidio"; (iii) "falta de nexo causal"; (iii) "sobrestimación de los daños y/o perjuicios" y (iv) "prescripción y/o caducidad". Además, se opuso al llamamiento en garantía, por lo que excepcionó: (i) "responsabilidad en términos del contrato" y (ii) "prescripción y/o caducidad" (fls. 214-226, c. 1).

A su vez, llamó en garantía a Seguros Generales Suramericana S.A. y a Generali Colombia Seguros Generales S.A., de acuerdo con el contrato de seguro, instrumentado en la póliza número 6000177-7, que amparaba "la responsabilidad civil profesional clínicas/hospitales, en que incurra COLSUBSIDIO durante la vigencia actual de la póliza", vale decir "desde el 30 de noviembre de 2005 hasta el 30 de noviembre de 2006 y así sucesivamente hasta el 30 de noviembre de 2016" (fls. 134-136, c. 3 A).



El mismo fue admitido por auto del 7 de diciembre de 2016 (fl. 150, c. 1) y enterada Seguros Generales Suramericana S.A. propuso excepciones en el siguiente orden:

- a. Frente a la **demanda**: (i) "ausencia de responsabilidad de la EPS Famisanar"; (ii) "imposibilidad de evitación del resultado por el decurso natural de la enfermedad de la afiliada" y (iii) "obstáculos para imponer una condena con fundamento en una pérdida de la oportunidad por no erigir un nexo causal".
- b. En contra de la **EPS Famisanar**: (i) "cumplimiento de las obligaciones contractuales de Colsubsidio"; (ii) "ausencia de culpa, diligencia y cuidado de la entidad llamada en garantía" y (iii) "ausencia de nexo causal entre las conductas llevadas a cabo por la entidad llamada en garantía y el lamentable fallecimiento de la paciente Bernal Hernández".
- c. Contra **Colsubsidio**: (i) "ausencia de responsabilidad del asegurado, inexistencia del siniestro" y (ii) "límites a la indemnización contenidos en la póliza No. 6000177-7". Objetó el juramento estimatorio (fls. 361-405, c. 3 A).

Finalmente, Generali Colombia Seguros Generales S.A. -llamada en garantía por la anterior aseguradora, por ser coaseguradora, coadyuvó las excepciones formuladas por la EPS Famisanar, Colsubsidio Seguros Generales Suramericana S.A. Propuso las suyas contra la demanda y contra los llamamientos en garantías de COLSUBSIDIO y de Seguros Generales Suramericana S.A. en similares términos a los de éstas (fls. 296-360, c. 3 A).



LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de primer grado negó la aspiración indemnizatoria de la señora María Elvira Forero Quevedo –al no acreditarse el perjuicio material reclamado- y concedió la de los otros demandantes frente a la E.P.S. Famisanar Ltda, con base en los siguientes argumentos:

La declaró civilmente y contractualmente responsable, porque el *“Tribunal consideró que los demandantes actuaron como causahabientes de la fallecida y también se deberá analizar la responsabilidad extracontractual porque también se les mira como una reclamación iure proprio”* (min. 2:43:00, cd, fl. 941, c. 1 A).

FAMISANAR confesó la existencia del contrato de prestación de servicios al momento de “contestar la demanda”, e incurrió en culpa por haberle prestado deficiente y tardíamente los servicios médicos que la señora Yaneth Bernal Hernández necesitó para tratarle el cáncer que, en definitiva, generó su óbito. Lo anterior lo encontró acreditado por lo siguiente: (i) la enfermedad fue diagnosticada en febrero de 2008, pero “no se advierte que entre mayo de 2009 y diciembre del año 2010, la paciente haya sido vista por la especialidad de oncología”; (ii) las notas de las historias clínicas muestran que la última quimioterapia a la que fue sometida data del 15 octubre del año 2008 (los folios 115,118, 136,143, 178, 181, 188, 195, 197, 200, 202 y 205 del cuaderno de anexos de la historia clínica).

A principios del año 2011, a la paciente se le trataron con éxito algunos tumores cancerígenos en el cerebro con el



procedimiento denominado GAMMAKNIFE, aunque, en febrero de 2012, volvió a presentar otros en cerebro y pulmones, y aunque "se encontraba en estado terminal", lo cierto es que FAMISANAR le negó dicho procedimiento, pese a estar ordenado por personal médico de la Fundación Clínica Shaio, "que si bien no atacarían y eliminarían el tumor cancerígeno, sí hubieran permitido que la misma, junto con su familia, hubiera tenido una mejor calidad de vida", pues con en el mismo tratamiento anterior la paciente "logró un período asintomático de 13 meses cuando el promedio de vida con otras tecnologías no pasa de 7".

En lo atinente al daño lo encontró acreditado en el fallecimiento de la señora Bernal Hernández, tal como lo demuestra su registro civil de defunción, y porque la negativa de varios servicios médicos como el retardo en la autorización de otros "cambió para la paciente y para sus familiares el pronóstico de sobrevida a que se aspiraba". En punto al nexo causal, lo tuvo por cumplido, "en tanto que el fallecimiento anticipado al pronóstico de sobrevida que se aspiraba para Janeth Bernal Hernández, siendo una mujer joven de 49 años, se apuntaló a que no se realizó ningún esfuerzo esperado por parte de la encartada con demorar el avance de una enfermedad terminal".

Finalmente, negó el llamamiento en garantía que hizo la demandada a la Caja Colombiana de Subsidio Familiar - COLSUBSIDIO-, por considerar que esa IPS "no estuvo incurso en una atención deficiente e irregular y carente de calidad"; contingencia que hizo inviable derivar responsabilidad en las aseguradoras llamadas en garantía.



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

LOS FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

La EPS recurrente enfatizó que la sentencia apelada "incurrió en yerro en la valoración de todo el material probatorio recaudado", en especial que "la Junta Médica de Oncología no se realizó por causa atribuible a Famisanar", cuando en realidad "la afiliada no quiso asistir a la cita agendada"; no se valoraron adecuadamente los testimonios de los médicos que declararon en el proceso; hizo una indebida aplicación del precedente jurisprudencial, pues en este tipo de casos es necesario un dictamen pericial que "acredite los elementos de la responsabilidad civil", lo que aquí no se podía constatar, por cuanto FAMISANAR autorizó servicios médicos de manera oportuna y de calidad.

Agregó que ella, como EPS, "cumplió las obligaciones que tenía a su cargo, garantizó el acceso a los servicios médicos [dentro del POS] ordenados por los médicos tratantes para el manejo de la patología que sufría la paciente a través de las IPS que conformaban su red prestadora de servicios para los años 2008 a 2012, época de los hechos"; además, la señora Yaneth Bernal Hernández cambió el pronóstico de sobrevida, habida cuenta que el 5 de febrero de 2012 manifestó, en la atención de urgencia que le dispensó la Fundación de Clínica Shaio, que "había suspendido a voluntad propia el tratamiento de quimioterapia paliativa". Que negó la cirugía GAMMANIFE, como terapia, en febrero 2012, dispuesto por médico neurólogo, dado que el "manejo del cáncer con metástasis cerebral" debe ordenarlo un "radio oncólogo, mediante quimioterapia o radioterapia", y porque ese "procedimiento no revestía el carácter de urgente", ni "tiene relación con la sobrevida", ni "iba a cambiar el



pronóstico de la enfermedad que padecía la paciente”, pues “la muerte tenía altas probabilidades de ocurrir”, como, en efecto, sucedió.

La parte demandante, en su réplica, enfatizó que “en la demanda no se discute la mala praxis médica de los médicos de la IPS que atendieron a la paciente”, sino “la tardanza, omisión y deficiencia institucional”, como fue la demora “en la realización de la valoración por parte de Junta Médica, que en este caso se suponía que estaba programada para el 20 de febrero de 2012”, en el Instituto Nacional de Cancerología y que “nunca se realizó”, pues era solo “para aperturar, simplemente, una historia clínica, cosa que no se compadece con la enfermedad por la que era tratada la paciente; en cambio, negó los tratamientos alternativos paliativos como el GAMMANIFE.

Finalizó reprochando la exclusión de COLSUBSIDIO puesto que, entre mayo de 2009 a diciembre de 2010, fue esta IPS la que le prestó a la señora Bernal Hernández la atención primaria que ella necesitó, a través del programa de Junta de Seno, verbigracia, servicios de oncología clínica y quimioterapia adyuvante “posterior a los procedimientos utilizados”.

Seguros Generales Suramericana S.A. convocó al Tribunal a considerar que “la propia condición médica de la paciente fue la que generó el lamentable desenlace”, que “en la demanda no se está reprochando el actuar de COLSUBSIDIO y, por ende, de los médicos adscritos a la IPS”, que ésta “siempre prestó los servicios de manera adecuada y eficiente” y que, entre febrero y abril de 2012, la “paciente ya no estaba siendo atendida por COLSUBSIDIO”, por lo que no es responsable de no autorizar el procedimiento GAMMANIFE.



17

Finalmente, HDI Seguros S.A., antes Generali Colombia Seguros Generales S.A., manifestó que se probó que la IPS COLSUBSIDIO prestó servicios médicos a la señora Bernal Hernández "en todo momento en debida forma" y que la responsabilidad civil que se le atribuye a Famisanar en la sentencia descansa en que ésta no realizó Junta Médica Oncológica para valorar a la paciente y no le autorizó el procedimiento GAMMANIFE, dos actuaciones administrativas ocurridas en fechas en que "COLSUBSIDIO no estaba prestando atención médica" alguna.

CONSIDERACIONES

1. Verificada la ausencia de irregularidades que invaliden lo actuado y tras reconocer la responsabilidad civil por ser los demandantes víctimas indirectas y reclamar un derecho propio, la Sala anuncia que confirmará la sentencia impugnada, por encontrar de recibo sus argumentos fácticos y jurídicos, sin ser necesario acudir a cargas exigentes probatorias ni a dictámenes periciales para verificar el actuar culposo y negligente de FAMISANAR en su proceder administrativo, habida cuenta que pese a que la paciente Bernal Hernández sufría distintos tipos de cáncer, a ella se le privó en los últimos meses de existencia de la chance de tener una mejor calidad de vida y de prolongar su tiempo de existencia, por no autorizarle la demandada a dicha paciente la radiocirugía GAMMANIFE en el año 2012, para el que padecía en el cerebro.

2. El Tribunal confirmará la desvinculación de la IPS Caja Colombiana de Subsidio Familiar -COLSUBSIDIO-, que hizo la juez de primer grado en el fallo apelado, porque la imputación de la



demanda no estaba relacionada con la atención médica ni con errores diagnósticos –que pueden tener su origen en el incumplimiento de protocolos (*lex artis ad hoc*), impericia, falta de realización de exámenes complementarios esenciales, altas hospitalarias precipitadas o seguimiento postoperatorio inadecuado; ni con errores terapéuticos, o el suministro al paciente de dosis incorrectas de medicamentos, efectos secundarios ignorados por el médico, mala indicación quirúrgica o mala ejecución de la técnica; y menos con errores en la prevención ocasionados al no realizar las pruebas preoperatorias habituales, no aplicar la medicación profiláctica de complicaciones típicas o no realización de un diagnóstico precoz, eventos característicos de responsabilidad médica.

En este caso, la demanda planteó la responsabilidad civil de la EPS accionada en que, pese a tener la referida paciente un diagnóstico oportuno de cáncer desde el año 2009, luego de la cirugía de mastectomía simple de seno izquierdo, “solamente” le prestó “chequeos médicos generales... programados de manera distanciada, nunca atendidos por el área de oncología” (fl. 173, c. 1), se le aplazaron algunas quimioterapias y le negó algunos servicios médicos y retardó la realización de otros que, a la postre, desmejoraron su calidad de vida y abreviaron sus días de existencia o ‘sobrevida’. En especial, que en febrero de 2012 se le prescribió una radiocirugía con GAMMAKNIFE pero fue negada.

Sin embargo, no obra en el expediente prueba pericial o testimonio técnico que acredite que los referidos chequeos médicos y las quimioterapias no se hicieron oportunamente, ni que los mismos debieran realizarse por personal de oncología para tratar el cáncer inicial que presentó en el seno.



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

Tampoco está facultado el Tribunal para endilgar responsabilidad a un centro hospitalario por fijar como protocolo de los tratamientos oncológicos iniciar con apertura de la historia clínica, previo a seguir con la prestación de servicios médicos pertinentes, puesto que la Sala no está habilitada para censurar su modus operandi en procedimientos especializados como el cáncer, y menos cuando en el expediente no obra prueba científica, ni protocolos médicos que censuren ese proceder.

3. La situación fue diferente con la radiocirugía GAMMANIFE que le fuera prescrita por el servicio de neurocirugía de la IPS Fundación Clínica Shaio en febrero de 2012, puesto que pese a ser un tratamiento paliativo, el mismo ya había demostrado su eficacia y resultados exitosos como lo resaltó el médico Andrés Fonnegra el 8 de febrero de 2012, al precisar que *"se trata de una paciente con un CA de seno a quien tratamos hace 13 meses por 3 metástasis cerebrales con excelente respuesta al manejo y recuperación y sin el deterioro cognoscitivo resultante de la radioterapia holocraneana. Permaneció asintomática hasta hace 3 días cuando consulta por presentar disminución de la fuerza en hemicuerpo izquierdo"*, cuando encuentran *"4 nuevas metástasis (fenómeno que se sucede en 40% de los pacientes) y tratamiento de elección en estos casos es hacer una nueva radioneurocirugía sobre dichas lesiones"* (fl. 36, c. 1), refiriéndose a la radiocirugía que se le había practicado el 24 de enero de 2011 por orden de tutela, proferida por el Juzgado 4 Penal Municipal de Zipaquirá. Y si bien es cierto que ese mismo neurólogo agregó que *"El número de lesiones tratadas con el GAMMAKNIFE no tiene relación con la sobrevida, nuevamente estamos evitando efectos deletéreos de una*



radioterapia convencional", no por ello se podía desconocer los beneficios del procedimiento para la paciente.

Sin embargo, la EPS no manifestó aceptación para la realización del procedimiento los días 17 de diciembre de 2011, 8 de febrero, 29, 30 y 31 de marzo, 2, 6 y 10 de abril de 2012 como dan cuenta las notas de la historia clínica (fls. 25, 39, 44, 84, c. 1), y pese a que dicha paciente presentaba nuevas lesiones las cuales se produjeron en las últimas semanas en número de 4 con edema e hipertensión endocraneana secundaria más déficit motor.

En esos folios, los médicos neurocirujanos Julio y Andrés Fonnegra -de la Fundación Clínica Shaio- insisten en la realización del tratamiento GAMMA-KNIFE, puesto que los resultados del pasado de dicho servicio médico en la paciente así lo aconsejan. Por ejemplo, el 8 de febrero de 2012, el médico Andrés Fonnegra resaltó las bondades de ese procedimiento que en el pretérita ocasión, en enero de 2011, se le realizó a dicha paciente, *"con adecuada respuesta al tratamiento, asintomática hasta hace 4 días cuando presentó deterioro neurológico, RMN muestra nuevas lesiones metástasicas"* (fl. 39, c. 1).

De la misma manera, el médico Julio Fonnegra el 2 de abril de 2012 (fl. 25, c. 1), anotó que *"en las metástasis cerebrales de un CA de seno"* se logró *"normalización de su estado neurológico y asintomática hasta el 9 de febrero de 2012"*, pero *"han transcurrido 24 horas [desde ingreso a urgencias] y EPS no traslada ni acepta ingreso"*, pese a que *"se hospitaliza por riesgo vital. Esta hipertensión intracraneal lleva varias semanas"* y *"hay riesgo de muerte"*.



Además, el mencionado procedimiento *"tiene innumerables ventajas en relación con la terapia tradicional ya que no produce daño en la sustancia blanca ni en el déficit cognoscitivo secundario que se presenta en el 94% de los pacientes ya que se puede mandar una gran cantidad de energía a la lesión respetando el tejido vecino, los tumores responden más rápido, mejor y de forma prolongada"* y *"como es un procedimiento ambulatorio y no neurotóxico no interfiere con tratamientos de quimioterapia o dadioterapia en otras partes del organismo por lo que no hay que interrumpirlos"*, tal como lo resaltó en nota de la historia clínica del médico Julio Fonnegra de la Fundación Clínica Shaio, el 10 de febrero de 2012 (fl. 44, c. 1).

En atención a los excelentes resultados obtenidos en el pasado, la sobrevida que proporcionó a la paciente y la ausencia de algún efecto colateral, dicho médico insistió en su realización, por cuanto *"en estos casos, la idea del tratamiento paliativo es preservar o mejorar calidad de vida"* (fls. 44, c. 1).

La anterior omisión hizo incurrir en culpa a la EPS demandada, pues al negar ese servicio médico a la señora Bernal Hernández le cercenó la posibilidad de sobrevida y de mejor calidad de vida, porque la radiocirugía GAMMAKNIFE ya había demostrado en ella que podía retardar el deterioro progresivo de las funciones neuronales, lo que razonablemente permite concluir que al dejarlo de practicar se le abreviaron sus días. De paso, impidió mejorar sus condiciones de existencia, o sobrellevar en sus últimos días de mejor manera los padecimientos que la condujeron a la muerte, dado que el procedimiento no interfería con otros tratamientos, no lesionaba



células cerebrales sanas aledañas al tumor irradiado, como lo resaltaron los neurocirujanos Andrés y Julio Fonnegra de la Fundación Clínica Shaio, consistiendo el daño injustificado, según la doctrina italiana, "en alteraciones de bienestar y de la calidad de vida"¹.

Adicionalmente, la pérdida de la chance que hubiera proporcionado la radiocirugía prescrita es un daño indemnizable, toda vez que la doctrina ha precisado que en "*materia médica se puede sostener que cuando un paciente manifiesta un curso causal que lo reduce a unas posibilidades de mejoría y busca la atención de un profesional de la medicina, el resultado aleatorio esperado es sobrevivir y no morir, o curarse y no empeorar, de ahí que, si se llega a perder la posibilidad de evitar que se genere un perjuicio de manera definitiva, el daño estará representado en el hecho de haber perdido esa oportunidad, y no en haber llegado a la situación que se quería evitar y que, finalmente, se produjo*"².

También la Corte Suprema de Justicia precisó que hay responsabilidad médica no sólo cuando se deja de realizar –en este caso autorizar– un tratamiento médico no solo para curar al paciente, sino para mejorar su calidad de vida, para lo cual dijo que "*no es una razón valedera para tratar de evadir la responsabilidad por el proceder negligente de la demandada, pues así la enfermedad fuera tomada como extrema, **si existía una escasa posibilidad de curación** o **por lo menos mejorar la calidad de vida**, era*

¹ VISINTINI, Giovanna. ¿Qué es la responsabilidad civil? Fundamentos de la disciplina de los hechos ilícitos y del incumplimiento contractual. Tr. Mariateresa Cerullare. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2015. Pág. 111.

² GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe. La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2011. Pág. 174



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

obligación de la institución de salud otorgar al enfermo todos los tratamientos posibles, acordes con el alto valor de la dignidad humana”, por cuanto “las instituciones y los galenos están obligados a poner a disposición del enfermo todos los medios a su alcance, toda su actividad, su conocimiento, lo mejor de su ciencia y de su infraestructura, así el resultado sea imprevisible”³ (negrita y subraya fuera de texto).

6. De otro lado, la parte apelante alegó que la paciente no aceptó “el direccionamiento propuesto” por FAMISANAR, toda vez que “no tenía contrato con la IPS Clínica Shaio” y que “en lo que respecta a la cirugía GAMMAKNIFE” “para el año 2010 a 2012 este servicio no se encontraba dentro de las coberturas del POS”; que su “uso no incide en la sobrevida del paciente” y fue ordenado por “el Dr. Fonnegra, médico especialista en neurocirugía”, pese a que el único galeno autorizado para tratar y autorizar tratamientos a enfermos de cáncer con metástasis cerebral “es el radiólogo oncólogo”.

Para despachar desfavorablemente los anteriores argumentos basta decir que es cierto que la Clínica Shaio no hacía parte de la red prestadora de servicios de salud de FAMISANAR, ese hecho no la eximía de autorizar la atención por dicha IPS, por dos razones. La primera porque en enero 2011 esa IPS le realizó a la señora Bernal Hernández el mismo procedimiento con excelentes resultados, que, por demás, redundaron en mejorar su calidad de vida. Por tanto, la EPS demandada en el pasado valoró y aceptó los conceptos de la Clínica Shaio como médico tratante de la causante

³ Sentencia del 22 de marzo de 2007. Exp. No. 05001-3103-000-1997-5125-01. MP. Edgardo Villamil Portilla.



Bernal Hernández, motivo por el cual las órdenes de ésta podían obligar a la entidad accionada.

Sobre el tema ha dicho la Corte Constitucional que “la orden médica obliga a la entidad, si en el pasado ha valorado y aceptado sus conceptos como ‘médico tratante’, incluso así sean entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados” (Corte Constitucional, Sentencia T 760 de 2008, la cual declaró un estado de cosas inconstitucionales en la prestación de servicios de salud en Colombia).

En segundo lugar, la EPS re-direccionó a la paciente a la Clínica Palermo, pese a la oposición de su familia, con miras a que le brindaran a ella la atención médica que requería, pero este centro hospitalario –que la atendió el 9 de abril de 2012 por medio del doctor Pedro José Penagos González- no ofreció realizarle la **RADIOCIRUGÍA GAMMAKNIFE**, sino radioterapia que según los galenos de la Shaio no tiene las mismas bondades terapéuticas ni paliativas.

Por tanto, dicha paciente estaba jurídicamente habilitada para exigir a la EPS demandada que le prestara un tratamiento por fuera del POS, como lo es la radiocirugía con **GAMMAKNIFE**, por cuanto no había, para aquel entonces, un procedimiento en el POS que ofreciera los mismos resultados que el antes descrito, ni que ofreciera mejorar la calidad de vida sin ningún efecto secundario.



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

Lo anterior con fundamento en jurisprudencia de la H. Corte Constitucional que ha precisado que *"es deber de la Entidad Promotora de Salud ofrecer a sus afiliados instituciones que ofrezcan los tratamientos médicos que estos requieran, de manera efectiva y adecuada. De esta manera, tienen la libertad los usuarios, para escoger dentro de las opciones que le da la EPS, el lugar donde consideren que esta prestación de servicio se realiza de manera integral. Como excepción, pueden los usuarios solicitar la prestación de los servicios médicos en una institución que no tenga convenio, siempre y cuando las IPS no cuenten con la capacidad, o en el evento en que teniéndola, dicha prestación no resulte efectiva y adecuada, teniendo en cuenta la situación del afiliado, lo que resulte en una vulneración de sus derechos"* (se subraya, sentencia T 499 de 2014).

7. En lo atinente a que el referido tratamiento con GAMMAKNIFE lo debió ordenar un médico oncólogo y no dos neurocirujanos como Andrés y Julio Fonnegra, no resulta aceptable, por cuanto no está acreditado que la autorización deba provenir de tal especialista, como se alegó, y porque dicha radiocirugía ya había sido practicada con éxito en el pasado, circunstancia que, por sí sola, evidenciaba la posibilidad de volver a realizarle el mismo procedimiento, pues los resultados satisfactorios ya eran conocidos.

8. En conclusión, no prospera la apelación en estudio, por cuanto la EPS demandada al negarle, por más de 3 meses a la causante Bernal Hernández (17 de diciembre de 2011 a 12 de abril de 2012) el tratamiento radiocirugía GAMMAKNIFE, le privó de la chance de acceder a un servicio que le hubiera mejorado la calidad de vida a la paciente y, eventualmente, prolongado su existencia.



DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, en Sala Primera Civil de Decisión, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la sentencia impugnada, por lo argumentos aquí expuestos.

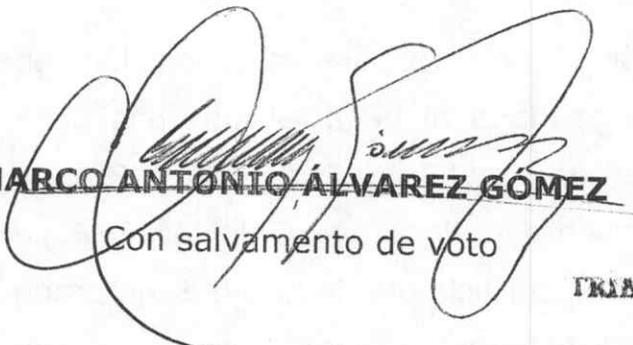
SEGUNDO: Condenar en costas, de segunda instancia, a la parte apelante, que se reducen a las agencias en derecho.

TERCERO: Devuélvase el expediente al despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE


RICARDO ACOSTA BUITRAGO

Magistrado


MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ

Con salvamento de voto


JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA

Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA CIVIL - SECRETARIA**

LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE NOTIFICA A LAS
PARTES POR ESTADO QUE SE FIJA HOY

23 NOV 2018

REPÚBLICA DE COLOMBIA

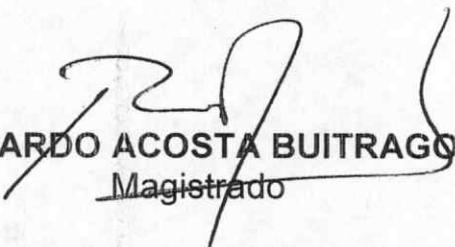


**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL**

Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

En virtud de la condena en costas impuesta a la EPS FAMISANAR en segunda instancia, se fija como agencias en derecho la suma de \$1.500.000, equivalente al 1.3% de las pretensiones confirmadas en la sentencia -150 SMMLV, de conformidad con el numeral 1.1 del artículo 6 del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

CUMPLASE,


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

23

SALVEDAD DE VOTO

(Exp. 110013103044201500494 02)

Las pruebas recaudadas permitieron concluir que la señora Yaneth Bernal Hernández padeció de un cáncer de mama agresivo, el cual, pese a la mastectomía de seno izquierdo y a las quimioterapias que se le practicaron, hizo metástasis en el cerebro –que, no obstante los procedimientos adelantados, mostró gran progresión-, lo mismo que en el pulmón y, lamentablemente, en la columna vertebral. Esa patología, en febrero de 2012 (2 meses antes de su fallecimiento), estaba acompañada de lesiones hepáticas múltiples, por lo que, por esa época, los médicos le dijeron a su esposo que el tumor “ya se salió de posibilidad de manejo neuroquirúrgico, que no tiene indicación de radiocirugía y que el manejo ahora será paliativo, posiblemente una radioterapia o lo encefálico muy paliativo” (fl. 19, cdno. 1).

Tal era el estado de salud de la señora Bernal, que el 6 de febrero de 2012, a propósito de un nuevo tratamiento con el gammaknife, sus médicos puntualizaron que “no tiene relación con la sobrevida”, pues se trataba, solamente, de evitar los “efectos deletéreos de una radioterapia convencional” (fl. 36).

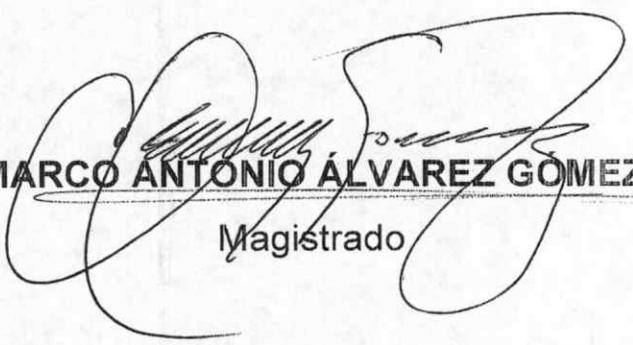
Cierto es que un año antes, por vía de tutela, se había ordenado que la EPS suministrara dicho procedimiento, como en efecto lo hizo. Pero a ello no le sigue que, un año después, con un pronóstico fatal y mediando aceptación –por el médico tratante- de la poca o nula incidencia de ese tratamiento en la sobrevida de la paciente, pueda atribuírsele culpa a la demandada por no haberlo autorizado una vez más, máxime si no estaba incluido en el plan obligatorio de salud.

24

Con otras palabras, si el resultado de la aplicación de ese tratamiento era bastante contingente, no era viable sostener que, por la negativa de la EPS, a la señora Bernal se "le privó de la chance de acceder a un servicio que le hubiera mejorado la calidad de vida a la paciente y, eventualmente, prolongado su existencia", como se afirmó en la sentencia. En mi opinión, se trata de una conjetura que las pruebas recaudadas diluían fácilmente.

La muerte de la señora Bernal ciertamente afectó a su esposo y a sus hijos. Este es un hecho innegable. Pero el padecimiento que tuvo en los últimos días de vida no podía atribuírsele a la EPS, sino a una patología de base que afectó varios de sus órganos. Dicho en breve, no existe nexo causal entre la negativa del examen en cuestión y la calidad de vida que acompañó a la señora Bernal en sus días finales.

Por eso salvo mi voto, pues el Tribunal debió revocar el fallo apelado, para negar las pretensiones de la demanda.



MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ
Magistrado

