

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MANIZALES SALA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA

MAGISTRADA PONENTE: SANDRA JAIDIVE FAJARDO ROMERO

Radicado: 17001-31-03-002-2018-00262-02

Manizales, veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante frente a la sentencia emitida el 26 de abril de 2021, por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Manizales, dentro del proceso de la referencia.

II. ANTECEDENTES

A. DE LA DEMANDA.

Los señores Martha Adriana Giraldo Alzate, David Calderón Giraldo¹, Germán Darío Calderón Castaño², Liliana Restrepo Ríos y Yei Denisse Mejía Giraldo³, presentaron demanda contra Salud Total EPS, a fin de que se le declare civilmente responsable por las acciones u omisiones en la prestación de los servicios médicos asistenciales practicados a la primera demandante mencionada. En consecuencia, solicitaron el reconocimiento de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales.

Como soporte de las súplicas impetradas, se invocaron los hechos que a continuación se resumen: **1.** El 1° de julio de 2015, la señora Martha Giraldo acudió a Salud Total EPS, por presentar dolor en miembro inferior izquierdo, razón por la cual fue remitida a reumatología. El 21 de noviembre siguiente, volvió a consultar por dolor en ambas piernas, siendo enviada a ortopedia. El 9 de diciembre del mismo año, fue valorada por el ortopedista Jaime Alberto Restrepo Manotas, quien conceptuó “QUISTE DE BAKER IZQUIERDO MUY PEQUEÑO” y solicitó resonancia magnética nuclear de la rodilla derecha. Asimismo, el 25 de enero de 2016, consultó por dolor lumbar. **2.** El 9 de marzo de 2016, asistió a cita con el ortopedista, allegándole los resultados de la resonancia practicada, quien dispuso la valoración de la paciente en junta médica, la cual se programó para el 27 de abril, pero fue cancelada. **3.** Debido al dolor y las limitaciones en sus actividades diarias, consultó nuevamente los días 15 de marzo y 6 de mayo de 2016. **4.** El 11 de mayo de 2016, se llevó a cabo la junta médica, a la que asistieron el fisiatra José Gómez, el médico general Eduardo Guzmán, el médico laboral Oscar

¹ Hijo de Martha Giraldo.

² Padre de David Calderón y exesposo de Martha Giraldo.

³ Ambas amigas de Martha Giraldo.

Barreto, la médica administrativa Tatiana Mejía y el ortopedista Jaime Restrepo, quienes conceptuaron “paciente con meniscopatía, requiere artroscopia” y, ese mismo día, le ordenaron “remodelación de menisco medial y lateral por artroscopia”. **5.** Los días 7, 17 y 27 de junio de 2016, así como el 6 y 15 de julio del mismo año acudió a consulta externas. **6.** Ante la demora en la autorización de la cirugía ordenada, la señora Martha Giraldo acudió a Salud Total EPS, donde le informaron que debía iniciar todo el proceso de consulta, pues se había terminado el contrato con el ortopedista Jaime Restrepo, lo que, sumado a la exacerbación de sus patologías desatendidas, la llevaron a instaurar una acción de tutela, la cual obtuvo sentencia favorable del 25 de julio de 2016, en la que se protegieron sus derechos fundamentales y se ordenó “materializar el procedimiento prescrito”; no obstante lo anterior, debió iniciar un incidente de desacato ante la desobediencia de la EPS. **7.** El 2 de septiembre de 2016, el médico Oscar Barreto, especialista en medicina laboral, transcribió las incapacidades prescritas por el ortopedista, emitiendo nuevamente la orden de artroscopia en rodilla derecha y disponiendo la infiltración de rodilla izquierda. **8.** La cirugía se realizó el 6 de octubre de 2016, es decir, 5 meses luego de ser ordenada. El 20 de octubre, se efectuó control postquirúrgico, encontrando el ortopedista los siguientes hallazgos extraídos de la resonancia magnética nuclear: “meniscopatía cuerno anterior del lateral y posterior medial, lesión osteocondral activa en la escotadura intercondílea, hiperpresión lateral, hidrartrosis leve, bursitis patelar”, razón por la cual le prescribió una nueva artroscopia, pero en la rodilla izquierda. **9.** La señora Martha Giraldo fue valorada por urgencias el 26 de octubre de 2016, al presentar nueva sintomatología, diagnosticándosele “LUMBAGO CON CIÁTICA”, retornado el 25 de noviembre ante el aumento del dolor; condición que, unida a la severa discapacidad padecida, conllevó a que le ordenaran el uso de muletas, así como la valoración por fisioterapia y rehabilitación. Posteriormente, debió acudir al servicio de urgencias los días 23 de diciembre de 2016 y 3 de enero de 2017, donde además le diagnosticaron “TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN”; debiendo regresar los días 13 de enero, 2 y 10 de febrero. El 17 de enero, fue valorada por psiquiatría y diagnosticada con “TRASTORNO DEPRESIVO RECURRENTE, EPISODIO MODERADO PRESENTE”. **10.** En consulta por la especialidad de ortopedia del 23 de febrero de 2017, se le diagnosticó “OTROS TRASTORNOS DE LOS MENISCOS”, ordenándosele una nueva resonancia magnética nuclear izquierda y resonancia magnética de plexo braquial. **11.** La señora Martha Giraldo fue valorada por la genetista Gloria Porras; el 1° de febrero, por oftalmólogo Ismael Enrique Escorcía; el 29 de febrero, por el reumatólogo James Galvis, quien le diagnosticó “SÍNDROME SECO” y “FIBROMIALGIA” e hizo remisión a medicina del dolor al presentar “ARTROSIS DE SACROILÍACA IZQUIERDA POR RNM MUY INCAPACITANTE”; el 16 de abril de 2018, por el internista Jaime Andrés Rodríguez Bermúdez, quien le ordenó “biopsia hepática”; el 12 de julio de 2018, por la genetista Natalia García Restrepo; el 25 de julio de 2018, por el otorrinolaringólogo Luis Borrero, quien le diagnosticó “SÍNDROME DE SJÖGREN”; el 27 de agosto de 2018, por el ortopedista Mauricio Mora, diagnosticándole “POLIARTRITIS NO ESPECIFICADA, DESGARRO DE MENISCO PRESENTE POLIARTRALGIA”. **11.** Ante la negativa para ser atendida por hepatología, la señora Martha Giraldo debió instaurar una nueva acción de tutela, la cual fue fallada el 4 de abril de 2018, amparando sus derechos fundamentales a la vida, dignidad humana, salud y seguridad social, concediéndosele el tratamiento integral; orden que ha sido omitida por la EPS, haciéndose necesario la presentación de 4 incidentes de desacato. **12.** Pese a la orden de valoración por hepatología, la EPS envió a la señora Martha Giraldo a medicina interna en la ciudad de Bogotá, los días 23 y 31 de julio y 26 de septiembre de 2018. **13.** El 31 de octubre de 2018, la señora Martha Giraldo fue valorada por hepatología, en la Fundación Santafé en Bogotá, determinándose “paciente con biopsia de hígado no

representativa. Espacio porta se solicita valoración por cirugía para colecistectomía electiva más toma de biopsia de hígado (...) Se sugiere a aseguradora que sea remitida a Fundación Santafé de Bogotá para dicho procedimiento”; **13.** El 6 de noviembre de 2018, la paciente fue valorada por reumatología, “donde luego de tanto ir y venir se inicia manejo de medicamentos y ordena nuevos exámenes”. **14.** En el momento, la señora Martha Giraldo “continúa sin saber a ciencia cierta cuál es la patología o patologías que padece, sin un diagnóstico exacto o al menos claro”, toda vez que sólo está recibiendo tratamientos sintomáticos, deteriorándose cada día más, lo que evidencia la violación por parte de la EPS de los principios de celeridad, diligencia, oportunidad y eficiente. **15.** La Junta Nacional de Calificación de Invalidez determinó que la señora Martha Giraldo presenta un 33.90% de pérdida de capacidad laboral; decisión que se encuentra pendiente de recurso de apelación.

B. DE LA CONTESTACIÓN.

Los convocados se opusieron a las pretensiones de la demanda.

1. Salud Total EPS propuso las excepciones de mérito que denominó: **a.** Cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la EPS Salud Total; **b.** Ruptura del nexo de causalidad frente a la existencia de una “causa ajena” o “causa extraña”; **c.** El régimen de responsabilidad civil médica le es predicable el art. 177 del CPC. Hoy 167 del C.G.P. culpa probada; y **d.** Excepción genérica.

Además, llamó en garantía a la Caja de Compensación Familiar de Caldas - Confa y al Grupo Empresarial Restrepo S.A.S.⁴.

2. La Caja de Compensación Familiar de Caldas - Confa elevó los medios defensivos que llamó: **a.** Inexistencia de culpa y por ende responsabilidad, **b.** Hechos de un tercero - actividades de otras entidades de salud, **c.** objeción a la cuantía de las pretensiones; y **d.** La genérica.

Respecto al llamamiento en garantía, se opuso alegando: **a.** Inexistencia de sustento o fundamento para el llamado en garantía; y **2.** Hechos de un tercero - actividades de otras entidades de salud.

También llamó en garantía a Allianz Seguros S.A.

3. Allianz Seguros S.A. formuló las exceptivas que tituló: **a.** Falta de legitimación en la causa por activa de los señores Germán Darío Calderón Castaño, Liliana Restrepo Ríos y Yey Denisse Mejía Giraldo; **b.** Inexistencia de responsabilidad de la Caja de Compensación Familiar - Confa, porque no se estructuran los elementos de la responsabilidad que se le pretende atribuir; **c.** La Caja de Compensación Familiar - Confa garantizó a la señora Martha Adriana Giraldo Alzate la prestación del servicio médico que requirió, de ahí que no puedan atribuírsele las actuaciones y/o omisiones realizadas por un tercero; **d.** Necesidad de acreditar el daño moral para que proceda su reconocimiento a favor de los demandantes; **e.** Necesidad de acreditar el daño a la vida de relación para que proceda su reconocimiento a favor de la señora Martha Adriana Giraldo Alzate; y **f.** Genérica.

⁴ Cuya ineficacia fue declarada por medio de auto del 28 de noviembre de 2019.

Frente al llamamiento en garantía, lo refutó invocando: **a.** Inexistencia de cobertura de las pólizas de responsabilidad civil profesional clínicas y hospitales N°021909540/0 vigente en el período comprendido entre el 31 de marzo de 2016 y el 30 de marzo de 2017, y 022070606/0 vigente del 31 de marzo de 2017 al 31 de marzo de 2018, toda vez que no se cumplen los requisitos de modalidad de cobertura denominada “sunset”; **b.** La póliza de responsabilidad civil profesional clínicas y hospitales N°022248915/0, vigente del 31 de marzo de 2018 hasta el 30 de marzo de 2019, fue pactada bajo la modalidad de cobertura denominada “sunset”; **c.** No se realizó el riesgo asegurado, mediante las pólizas de seguro de responsabilidad civil profesional clínicas y hospitales N°021909540/0 vigente en el período comprendido entre el 31 de marzo de 2016 y el 30 de marzo de 2017, 022070606/0 vigente del 31 de marzo de 2017 al 31 de marzo de 2018 y N°0022248915/0, vigente del 31 de marzo de 2018 hasta el 30 de marzo de 2019; **d.** Límites máximos de responsabilidad del asegurador y condiciones pactadas en el contrato de seguro documentado en la póliza RC profesional clínicas y hospitales N°021909540/0 vigente en el período comprendido entre el 31 de marzo de 2016 y el 30 de marzo de 2017, y 022070606/0 vigente del 31 de marzo de 2017 al 31 de marzo de 2018 y N°0022248915/0, vigente del 31 de marzo de 2018 hasta el 30 de marzo de 2019; **e.** Las exclusiones de amparo expresamente previstas en la póliza de seguros de responsabilidad civil profesional y clínicas y hospitales N°021909540/0, 022070606/0 y N°0022248915/0; **f.** Enriquecimiento sin causa; **g.** El contrato es ley para las partes; y **h.** Genérica.

C. DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotadas las etapas procesales pertinentes, mediante sentencia del 26 de abril de 2021, el funcionario de primer grado desestimó las pretensiones de la demanda y condenó en costas al extremo actor.

Luego de referirse los antecedentes del proceso, algunos aspectos conceptuales de la responsabilidad médica e insistir en la carga de la prueba en cabeza de la parte demandante, el *a quo* indicó que estaba acreditado que la señora Martha Adriana Giraldo Alzate padece entre otras, las siguientes condiciones: fibromialgia, mal patrón del sueño, síndrome de ojo seco, síndrome de Sjögren y disfunción familiar.

Concluyendo que la Salud Total EPS no era responsable del daño que se le atribuía, pues el perito Edwin Antonio Jauregui afirmó que la atención dispensada a la demandante arriba referida fue continua y oportuna, siendo tratada por médicos multidisciplinarios, psicólogos, psiquiatras, fisioterapeutas, reumatólogos, internistas, etc., recibiendo también un tratamiento para sus afecciones; pese a lo cual, se debía tener en cuenta que las enfermedades que sufre son degenerativas y el único objeto del tratamiento es mejorarle la calidad de vida y que aprendiera a convivir con las mismas, siendo fundamental el compromiso del paciente y cambio en su estilo de vida. A lo que se agregó, que el principal padecimiento de la señora Martha Giraldo es la fibromialgia, respecto de la que no hay una causa real en la literatura científica, le genera dolor crónico, alteración del sueño y limitación funcional; en lo que atañe a las afecciones de osteoartrosis, precisó que son incurables.

Asimismo, resaltó que la médica genetista Natalia García Restrepo coincidió en lo atinente al carácter incurable de las enfermedades padecidas por la señora Martha Giraldo, apreciación que unida a la anterior y a lo encontrado en la historia clínica,

conducía a determinar la inexistencia de responsabilidad médica, pues el dolor sufrido por la paciente y respecto del que se deprecia indemnización es inherente o natural de esas mismas afecciones.

D. DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Inconforme con tal determinación, la parte demandante la impugnó, concretando su refutación en los siguientes reparos:

En primer lugar, precisó que “no es la falla en la actividad médica el motivo de inconformidad”, como equivocadamente lo identificó la juez de primera instancia, sino “la falta de diligencia, oportunidad y continuidad de la E.P.S. Salud Total, la razón del sufrimiento y los daños ocasionados a la demandante”, desconociéndose que con la declaración de la paciente y lo registrado en la historia clínica se demuestran aquellas, máxime cuando en varias ocasiones se debió acudir a acciones de tutela e incidentes de desacato, para que fueran ordenados tratamientos y medicamentos requeridos por la señora Martha Giraldo. Manifestó que si bien, aparentemente, se brindó una atención, lo cierto es que “nunca se manejó un diagnóstico claro y preciso y un manejo integral”, pues, incluso, solo está recibiendo tratamientos sintomáticos.

Señaló que, si bien la carga de la prueba es del demandante, no es menos cierto que, en temas de responsabilidad médica esta es dinámica, señalando que por problemas de la virtualidad no se pudo recepcionar la declaración del médico Jaime Alberto Restrepo Manotas. Refirió que tampoco fue dable surtir la contradicción respecto del perito José Norman Salazar, al considerarse no prudente, pues cursaba una causal de inhabilidad, deprecando el decreto oficioso de los medios probatorios.

Sostuvo que los testigos y perito citados a instancia de la parte demandada, más que una declaración, esgrimieron una defensa férrea de aquélla, siendo evidente su sesgo, en el cual no reparó el juez de primera instancia, quien desconoció el tiempo que padeció la paciente sin recibir tratamiento formal a su patología.

Esgrimió que, contrario a lo concluido en la sentencia apelada, sí se consolidó un daño padecido por la señora Martha Giraldo, quien tiene una discapacidad marcada y un deterioro en su calidad de vida, derivado de las lesiones intrasustanciales en sus extremidades que le ocasionan dolor, que se habrían mitigado de haber sido atendida en tiempo.

Finalmente, arguyó que se desconoció el Decreto 1110 de 2006 por el cual se establece el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social, citando, asimismo, apartes de la sentencia SC9193-2017 de la Corte Suprema de Justicia.

E. DEL TRASLADO DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Dentro del término procesal oportuno, Salud Total EPS y Allianz Seguros S.A., presentaron sendos escritos de oposición a los argumentos de la alzada formulada, en los cuales, solicitaron la confirmación del fallo atacado.

F. DE LAS ACTUACIONES EN SEGUNDA INSTANCIA.

Con el fin de contar con mayores elementos de juicio, mediante auto del 19 de octubre de 2021, la Magistrada sustanciadora decretó como prueba de oficio el testimonio del médico Jaime Alberto Restrepo Manotas, que fue practicado en audiencia del 11 de noviembre siguiente, donde además se advirtió el proferimiento escrito de la sentencia.

III. CONSIDERACIONES

A. MANIFESTACIONES PRELIMINARES.

Mediante el Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020⁵, el Gobierno Nacional dispuso la modificación transitoria de algunos artículos del Código General del Proceso y estableció en su canon 14, la forma como se debe surtir el recurso de apelación de sentencias en materia civil - familia; precisándose que en aquellos eventos en que no sea necesaria la práctica de pruebas, el fallo se proferirá por escrito, tal y como aquí ocurre.

B. DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

El régimen de la responsabilidad civil descansa en el principio general de que quien causa un daño injustificado a otro debe repararlo, bien sea que aquél se genere en hechos, acciones u omisiones que contraríen el ordenamiento legal o un negocio jurídico; emanando así en términos muy generales la responsabilidad civil extracontractual o contractual.

1. DEL TIPO DE RESPONSABILIDAD RECLAMADO.

En el caso que nos ocupa, se reclamó la declaración de la demandada como “civilmente responsable de las acciones u omisiones en la prestación de los servicios médicos asistenciales practicados a la señora Martha Adriana Giraldo Alzate”; para lo cual se deprecó el reconocimiento de perjuicios patrimoniales, morales e incluso, de vida de relación ocasionados tanto a la paciente como a sus familiares y amigos demandantes.

Nótese como, el extremo actor solicita la declaración de responsabilidad civil contractual de la entidad convocada, respecto de la demandante Martha Adriana Giraldo Alzate, sin que fuera motivo de discusión su vinculación con la EPS; mientras que respecto de los demás actores les sería aplicable el régimen de la responsabilidad extracontractual, pues no medió vínculo negocial con aquélla.

2. DEL RÉGIMEN PROBATORIO.

Tratándose de responsabilidad derivada de la actividad médica, por vía jurisprudencial se ha reiterado que le corresponde al demandante asumir la carga de probar la culpa⁶, toda vez que el galeno cumple labores de medio y no de resultado, salvo que exista algún tipo de pacto entre médico y paciente en cuanto al aseguramiento de resultados.

⁵ Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

⁶ Entre otras, ver las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia: Cfr. CSJ SC 001-2001 del 30 de enero de 2001, rad.5507; SC 22 de julio 2010, rad. 2000 00042 01; SC12449-2014 del 15 de septiembre de 2014, rad. N° 11001 31 03 034 2006 00052 01.

En coherencia, para el demandado, el manejo de la prueba dirigida a exonerarse de responsabilidad dependerá del tipo de obligación adquirida. En las de medio, le basta demostrar la debida diligencia y cuidado (artículo 1604-3 del Código Civil), mientras en las de resultado, al presumirse la culpa, le incumbe destruir el nexo causal entre la conducta imputada y el daño irrogado, mediante la presencia de un elemento extraño, como la fuerza mayor o el caso fortuito, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero⁷.

Lo anterior sin perjuicio de la redistribución que en materia probatoria se pueda hacer en virtud del principio de la carga dinámica, establecido en el artículo 167 del Código General del Proceso, según el cual se puede generar una carga probatoria adicional a las partes; a fin de que aquélla sea asumida, entre otros eventos, por el extremo que esté en mejor posición de probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de la prueba, por circunstancias técnicas, por haber intervenido directamente en los hechos, por la incapacidad o indefensión de una de las partes, entre otros eventos. Acto procesal susceptible de recursos que requerirá la determinación del responsable, así como las consecuencias que genere su desatención; debiendo resaltarse que en la primera instancia no se solicitó ni se decretó de modo oficioso esa redistribución probatoria, lo que se traduce en que se deba estudiar el presente asunto bajo la regla de la carga estática, sin que sea dable en esta instancia realizar modificación alguna como parecen reclamarlo los apelantes, so pena de trasgredir el derecho de igualdad de las partes y el equilibrio que debe reinar en el proceso.

Así pues, claramente, en el presente asunto, es la parte actora quien tiene la carga de probar los elementos que configuran la responsabilidad cuya declaración deprecia, por lo que le asiste razón al pasivo cuando por vía de excepción alega esa circunstancia o refiere que el acto médico implica obligaciones de medio y no de resultado; sin embargo, comoquiera que esas manifestaciones se realizan a nivel teórico sin aterrizarlo al caso, por sí mismas, no tienen la connotación de enervar las pretensiones, razón por la que no tienen vocación de prosperidad.

C. PRESUPUESTOS FÁCTICOS PRELIMINARES.

Previo análisis del proceder de la convocada se debe partir de ciertos supuestos fácticos que se encuentran probados en el proceso y que se tornan en antecedente obligatorio dentro del estudio posterior que se abordará.

1. La afiliación de la señora Martha Adriana Giraldo Alzate a Salud Total EPS⁸, aspecto respecto del que no ha existido controversia⁹, a tal punto que, buena parte de los medios de defensa esgrimidos por esa demandada se fundamentan en el cumplimiento de los deberes contractuales y legales derivados de la prestación del servicio de salud, conforme el régimen de seguridad social.
2. La calidad de hijo del señor David Calderón Giraldo respecto de la señora Martha Giraldo (fl.55, C.1, Parte 1).

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Familia y Agraria, Sentencia del 24 de mayo de 2017, M.P. Dr. Luis Armando Tolosa Villabona, Exp.2006-00234.

⁸ En el interrogatorio de parte, la actora manifestó que para ese momento continuaba su afiliación con la demandada.

⁹ A lo que se aúna la abundante prueba documental que da cuenta de las atenciones brindadas a la señora Giraldo por cuenta de Salud Total EPS.

3. Que la señora Martha Giraldo padece, entre otras, las siguientes condiciones: fibromialgia, síndrome de Sjogren, artropatía con otros trastornos de la sangre, osteoartritis generalizada, trastorno depresivo con ansiedad, mal patrón del sueño (historia clínica, declaración de testigos y dictamen pericial).
4. Que la señora Martha Giraldo tiene antecedentes de autoinmunidad en la familia, madre con esclerodermia, hermana con esclerosis múltiple e hijo con presencia de hemofilia (historia clínica, declaración de testigos y dictamen pericial).
5. La determinación por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, de un 33.9% de pérdida de capacidad laboral de la señora Martha Giraldo, con fecha de estructuración del 23 de febrero de 2017, conforme dictamen pericial de fecha 25 de mayo de 2018; en el que aparecen como diagnósticos: artropatía de otros trastornos de la sangre, mialgia, fibromialgia, otros trastornos internos de la rodilla (fl.115-124, C.1, Parte 1).
6. El proferimiento de fallo de tutela por parte del Juzgado Primero Civil Municipal de Manizales, de fecha 25 de julio de 2016, protegiendo los derechos de la señora Martha Giraldo (fl.100-107, C.1, Parte 1).
7. La apertura del incidente de desacato por incumplimiento a la orden de tutela referida en el numeral anterior (fls.109-114, C.1, Parte 1).
8. La emisión de sentencia de tutela por parte del Juzgado Décimo Civil Municipal de Manizales, de fecha 4 de abril de 2018, amparando los derechos de la señora Martha Giraldo y ordenando la autorización y entrega a la accionante y un acompañante de los viáticos de transporte, alimentación y hospedaje que requiera, a fin de realizarse el examen denominado "Factor VIII de la coagulación -factor Von Willerbrand- cofactor de ristocetina y cita con especialista en genética", al igual que los que pueda requerir como consecuencia de su patología denominada "Síndrome seco (Sjogren) y Síndrome Blau" (fls.1-14, C.1, Parte 2).
9. La presentación de incidente de desacato por incumplimiento al mandato constitucional referido en el numeral anterior (fls.15-21, C.1, Parte 2).
10. Que, para la época de los hechos, la Caja de Compensación Familiar de Caldas - Confamiliares, formaba parte de la red prestadora de Salud Total EPS (fls.108-190, C. 1, Parte 2).
11. Que, para la época de los hechos, el Grupo Empresarial Restrepo SAS, formaba parte de la red prestadora de Salud Total EPS (fls.201-241, C.1, Parte 2).
12. La existencia de las pólizas de seguro N°021909540/0, N°022070606/0 y N°0022248915/0, tomadas por Confamiliares con Allianz Seguros S.A., que cubren la responsabilidad civil profesional de clínicas y hospitales (fl.54-79, C. 3 y fl.1-91, C.6).

D. DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD.

1. LA CULPA

Definida en sentido estricto como la falta de intención en el sujeto activo de provocar las consecuencias que el acto que emprende genera, se manifiesta por la negligencia -descuido-, imprudencia -ejecutar actos que se realizan sin la diligencia debida-, impericia -falta de sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en una ciencia o arte- o inobservancia de reglamentos o deberes -cuando al

desempeñar ciertas actividades o cargos, el sujeto omite cumplir los deberes impuestos por normas reglamentarias-

Tal como se había mencionado con antelación, se endilgan al extremo pasivo diversas conductas estructurantes de la responsabilidad civil, señalándose para el efecto que la “señora Martha Adriana Giraldo, solo está recibiendo tratamientos sintomáticos, viviendo en carne propia cómo cada día se deteriora más su estado de salud, sin obtener respuesta alguna de su EPS SALUD TOTAL, quienes nunca le han dado un manejo adecuado a sus patologías, violando sin ningún pudor principios que rigen y versan con respecto a la calidad en el SGSSS, como la celeridad, diligencia, oportunidad y eficiencia que exige la norma, de tal suerte que pueden evitar un daño y un deterioro mayor, que por el paso del tiempo, y sin un MANEJO INTEGRAL, como en este caso, se hace cada día más severa e incapacitante la salud de mi prohijada”¹⁰.

En ese orden de ideas, no se abordará el estudio de una presunta falla médica, pues explícitamente en la sustentación del recurso se cuestionó que se hiciera ese abordaje por parte del *a quo*, centrándose el reclamo en la “falta de diligencia, oportunidad y continuidad de la EPS SALUD TOTAL”, así como en la ausencia de un diagnóstico, puntos a los que se contraerá el presente estudio, atendiendo la pretensión impugnativa formulada.

Tal como se había explicitado en el acápite anterior, la señora Giraldo Alzate padece varias patologías, las cuales fueron precisadas por el perito Edwin Antonio Jauregui Cuartas, en los siguientes términos: “el diagnóstico desde el punto de vista reumatológico de la paciente fue: 1. Fibromialgia, 2. Que tenía una osteoartritis (...) y 3. El síndrome de Sjögren que en términos de revisión de la historia diríamos que si lo presenta ya que tiene un ojo seco diagnosticado por oftalmología y tiene una biopsia de glándula salival descrita como una sialoadenitis crónica leve tres y tres querría decir, pero no está descrito en la historia, que tres, que tiene por lo menos un *focus* *escort* de más de 50 linfocitos y eso haría el diagnóstico”; aclarando que esos padecimientos están interrelacionados, ya que la “osteoartritis que como ya se ha explicado es el desgaste del cartílago y las articulaciones y a eso se debe también tanto dolor en la parte articular y adicionalmente tiene factores que perpetúan el dolor y esos factores son el sobrepeso, la parte del mal patrón del sueño y la parte de no poder hacer ejercicio de una manera regular con una parte emocional bien importante descrita en la historia clínica por psiquiatría”.

En lo que respecta a la fibromialgia, indicó el experto que, se manifiesta con “dolor en todos los músculos y las articulaciones y todo su cuerpo, con una sensación de cansancio fácil, fatiga, son muchos los síntomas que ella refiere, por eso se siente cansada, que tiene un mal patrón del sueño y eso es lo que más agobia a la señora según la descripción que hacen en toda la historia clínica, ese es el diagnóstico principal de ella, la fibromialgia”. Asimismo, se precisó que el sufrimiento padecido por la actora es multifuncional y que tanto la artrosis como la fibromialgia causan “dolor, el dolor puede generar mal patrón del sueño y asociado a que la paciente tiene un trastorno que le han documentado los psiquiatras, los psicólogos que pueden generar también el mal patrón del sueño”.

Es importante indicar que el perito arriba citado es médico cirujano, especialista en medicina interna y reumatología, con “*fellow*” en artritis reumatoide y espondiloartritis y maestría en epidemiología clínica; con 20 años de experiencia como reumatólogo, lo que denota conocimiento y experiencia en una de las especialidades en las que se ubican las principales enfermedades que aquejan a la demandante.

De igual forma, el experto refirió la metodología utilizada para elaborar su trabajo, señalando que se fundó en la revisión y evaluación de la historia clínica,

¹⁰ Hecho 54 de la demanda.

complementado con “literatura médica” y su “experiencia profesional”; a lo que se aúnan sus respuestas coherentes, fundamentadas, explicadas e imparciales, pues suministró su punto de vista desde la perspectiva de su saber y práctica. Lo expuesto lleva a esta Sala, a otorgarle credibilidad a las conclusiones y manifestaciones realizadas por el experto tanto en el dictamen como en la declaración.

Por su parte, el médico Jaime Alberto Restrepo Manotas¹¹, al ser preguntado por los diagnósticos realizados a la señora Martha, puntualizó: “Ella, ella tenía cuando llegó a la consulta unos exámenes, creo que fue en diciembre de 2015, una ecografía y una radiografía, la ecografía mostraba alteraciones inespecíficas, se le solicitó una resonancia magnética nuclear de su rodilla, que mostraba una meniscopatía grado II del menisco medial, la rodilla tiene dos meniscos cada rodilla, uno medial que es interno y otro lateral que mostraba una alteración tipo III. Como había persistencia del dolor, se le decidió en junta hacerle la artroscopia”. También refirió la enfermedad de “von Willebrand, que es un trastorno en la coagulación”.

De lo hasta aquí visto, así como de lo leído en la historia clínica, se encuentra que, contrario a lo afirmado por los apelantes, la señora Martha Adriana Giraldo sí tiene varios diagnósticos, entre otros: fibromialgia, osteoartritis, síndrome de Sjögren, von Willebrand, trastorno depresivo con ansiedad y mal patrón del sueño; varios de las cuales corresponden a enfermedades crónicas, degenerativas y autoinmunes que han atacado diferentes órganos, tejidos y partes de su cuerpo, derivando a su turno en otras enfermedades y afecciones. A lo anterior se suma la interrelación de aquellas condiciones, que potencian negativamente los síntomas padecidos, lo que en palabras del perito: “se convierte en un círculo vicioso y por eso hay que romper el círculo, entonces hay múltiples factores perpetuadores de dolor, no solo la osteoartritis, la fibromialgia, sino el mal patrón del sueño y adicionalmente el sobrepeso, todos estos factores y el trastorno que la paciente tiene; importante, tengo acá de acuerdo a la información de la historia, lo que la paciente relata, o más bien los médicos describen en la historia clínica que la paciente relata, ella también tiene una disfunción familiar importante, todo eso genera dolor”.

A la desafortunada concurrencia de condiciones que aquejan a la demandante en cita, se suma la dificultad de determinar las causas precisas de su condición, pues la fibromialgia que corresponde a su principal diagnóstico¹², como claramente lo explicó la médica genetista Natalia García Restrepo: “... como tal son muchas cosas y no es nada al final cierto, muchas veces podemos tener esas terminaciones, pero en el músculo cierto, en ciertas regiones musculares, entonces al parecer los músculos se van fibrosando, también se van como endureciendo y eso ocasiona mucho dolor. Sobre el origen de la fibromialgia, es decir, porque alguien tiene fibromialgia, es algo que todavía no hemos podido determinar, o sea, yo no puedo decir buscándole con este examen tiene fibromialgia no, hay una evaluación que hacen los fisiatras y es mirar esos puntos dolorosos, dependiendo del número de puntos dolorosos pues entonces se llega al criterio del diagnóstico de la fibromialgia, pero las fibromialgias pueden estar asociadas a otras condiciones, pero específicamente ese es digamos como el elemento, es un diagnóstico por unos criterios cierto, clínicos de examen físico etc. y de antecedentes y pues como te digo, es digamos una cosa que es muchas cosas y finalmente no termina siendo nada, pero existe cierto, existe con esos criterios como tal que ya les había comentado que tienen los fisiatras para hacer el diagnóstico”. En similar sentido expuso el experto Edwin Antonio Jauregui Cuartas al señalar: “Bueno no hay una causa específica por la cual el paciente con fibromialgia se desencadene a este tipo de molestias o dolor crónico”.

De hecho, la declarante Natalia García Restrepo¹³, describió las consultas, exámenes y conductas seguidas para determinar sin éxito, si “los padecimientos [de

¹¹ Especialista en ortopedia, subespecializado trauma, con más de 20 años de experiencia, y tratante de la señora Adriana Giraldo hasta el año 2016.

¹² Tal como lo precisara el perito.

¹³ Especialista en genética médica y tratante de la señora Martha Giraldo.

Martha Adriana] eran secundarios a una patología genética”, en los siguientes términos: “la paciente es valorada, se hace toda la historia clínica y el enfoque que tenemos inicial con estos pacientes desde el punto de vista genético es mirar y hacer paneles de genes cierto, que están relacionados precisamente con esas condiciones autoinmunes y lo que se solicita entonces es un primer paneo de esos genes que están relacionados, a ella se le había solicitado ese panel, se realizó ese panel, ella ya se lo habían realizado. Posterior a eso al no encontrar nada en esos paneles de genes específicos se realiza otro abordaje que era un exoma, es decir, ver todo, todo, todo los genes para tratar de determinar si se encontraba alguna alteración en ya toda su información genética, ese examen también salió normal y el tercer abordaje entonces ya secuencial, todo, o sea, toda esa información genética incluidos los genes y otras regiones que pueden estar afectadas también que es una secuenciación del genoma completo y esa secuenciación también salió completamente normal, cierto, eso puede pasar, podemos tener ciertas condiciones que sean autoinmunes, que tengan algún componente cierto genético, pero que no encontremos nada en los exámenes, en ese momento entonces se estableció que pues dadas las características con la paciente pues había que abordar, seguir abordando el tema de la autoinmunidad, pero también considerar otras condiciones como condiciones relacionadas con el colágeno cierto, dado sus antecedentes con el tema de las alteraciones osteoarticulares, la fibromialgia, el síndrome de ojo seco que tenía etc., etc. Entonces se queda con un diagnóstico de trabajo de un posible síndrome de Ehlers-Danlos, precisamente es lo que está consignado en la historia clínica por parte de genética y pues una vez se hace todo el abordaje se hace la asesoría a la paciente y se le explica pues digamos que desde el punto de vista genético puro pues no encontramos nada que estuviese relacionado con su condición clínica y esa es la última valoración que hicimos, precisamente le dimos un control abierto por genética porque ya habíamos abordado como todos los exámenes necesarios para tratar de establecer esa causa”.

Amén de lo anterior, el perito internista y reumatólogo, decantó dentro de los múltiples exámenes realizados a las señora Martha Adriana, que le tomaron “otra serie de paraclínicos y es muy importante mencionar, porque la paciente durante las evaluaciones en la historia quedan descritos que tenían una sospecha de una hepatitis autoinmune, sin embargo es muy importante mencionar que tenía una biopsia hepática del 19 de julio del 2018, cuyo diagnóstico por biopsia fue de una hepatitis crónica leve con colestasis, una fibrosis estadio 1, con una expansión fibrosa de los tractos porta y se le hicieron adicionalmente paraclínicos de la parte autoinmune encontrando los anticuerpos antinucleares extractables del núcleo todos negativos, con un hemograma normal, una TCH en 4.76, le pidieron antigenemia viral para hepatitis los cuales todos fueron normales, le hicieron PCR que es un examen de inflamación el cual fue normal, la función renal y la función hepática en ese momento estaban normales; sin embargo tenía un examen más específico del hígado que se llama gamma-glutamil transferasa que estaba en 128 con una anfopatasas alcalina completamente normal y los exámenes para hepatitis B, para hepatitis C perdón, estaban negativos. También le hicieron anticuerpos para determinar si tenía una hepatitis autoinmune que fueron antimúsculo liso y antimitocondrial y fueron negativos. También tiene dentro de sus exámenes una biopsia de glándula salivar cuyo reporte esta descrito en la historia como sialoadenitis crónica leve 3, con todo esto entonces, que el diagnóstico desde el punto de vista reumatológico de la paciente fue: 1. Fibromialgia, 2. Que tenía una osteoartrosis y (...) 3. Síndrome de Sjögren”.

Resulta entonces claro que las condiciones padecidas por la señora Martha Adriana son de difícil definición causal, a tal punto de que su determinación es más clínica y física, como lo explicaron los galenos declarantes; apreciación corroborada por la multiplicidad de análisis realizados que llevan a ratificar los mismos diagnósticos, que como se ha indicado son origen y a su vez efecto de otras patologías padecidas por aquella, siendo su origen inespecífico, como coincidentemente lo afirmaron los testigos y el perito.

Precisamente, esas afecciones y condiciones de la actora le han generado, de manera consecuente, una mayor necesidad de servicios de salud, que se cuestionan por no resultar diligentes, eficaces, céleres y oportunos, punto que a continuación se pasa a estudiar.

De la revisión detallada la historia clínica aportada al proceso¹⁴ se encuentra que desde el año 2015 a noviembre de 2018¹⁵, la señora Adriana ha recibido, entre otras, las siguientes atenciones:

ESPECIALIDAD	CONSULTAS
REUMATOLOGÍA	8
ORTOPEDIA	15
MEDICINA GENERAL	20
PSIQUIATRIA	5
MEDICINA INTERNA	6
OFTALMOLOGÍA	1
CIRUGÍA GENERAL	1
GENÉTICA HUMANA	2
GASTROENTEROLOGÍA	1
OTORRINOLARINGOLOGÍA	1
HEPATOLOGÍA	1
HEMATOLOGÍA	1
GINECOLOGÍA	1
DERMATOLOGÍA	6
NEUROCIRUGÍA	1

A lo anterior se deben añadir las citas de fisioterapia y de otros especialistas del servicio de salud como psicólogos, terapeutas, etc., que han venido dispensando atenciones a la citada actora; asimismo, se encuentra que le han practicado múltiples exámenes de laboratorio, de apoyo diagnóstico -resonancias magnéticas nucleares, rayos x, TAC, electrocardiogramas, electromiografías, ecografías, biopsias -glándula salival, de piel y hepática-, imagenológicos, juntas médicas y procedimientos quirúrgicos¹⁶.

Es importante resaltar que la mayor cantidad de citas se han prestado por medicina general, lo cual es lógico, pues conforme el parágrafo del artículo 10° de la Resolución N°3512 de 2019¹⁷, el acceso al servicio de salud se debe hacer por el servicio de urgencias, consulta odontológica o de medicina general¹⁸. De allí que, sean esos profesionales quienes redireccionen, según los criterios de pertinencia médica, a la respectiva especialidad.

Muy buena parte de esas consultas por medicina general o por urgencias se hacían por la presencia de dolor¹⁹, dificultad en la movilidad o para ampliar incapacidades; pero llaman la atención las anotaciones dejadas en varias de ellas, en las que resulta evidente que se acudía al servicio de primer nivel ante la imposibilidad, por razones administrativas, de obtener un control o un acceso al especialista, en casos en los que ya mediaba la orden. A título enunciativo, se encuentran los siguientes registros consignados por los galenos:

¹⁴ Se aclara que la historia clínica está fragmentada, pues no se aprecia completa.

¹⁵ Fecha de presentación de la demanda.

¹⁶ Conforme la historia clínica, dictamen pericial y declaraciones.

¹⁷ Por la cual se actualizan los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la UPC, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social. Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Importa indicar que esta parte se mantiene desde las Resoluciones N°5592 de 2015, 6408 de 2016, 5269 de 2017 y 5857 de 2018.

¹⁸ Sin embargo, podrán acceder en forma directa a las consultas especializadas de pediatría, obstetricia o medicina familiar según corresponda y sin requerir remisión por parte del médico general, las personas menores de 18 años de edad y las pacientes obstétricas durante todo el embarazo y puerperio, cuando la oferta disponible así lo permita.

¹⁹ A la paciente también se le diagnosticaron en esas consultas lumbago con ciática, discopatía, lesiones meniscales, entre otros.

- Consulta de fecha 11 de mayo de 2016 con el médico Jonathan Ferrer: “Paciente refiere dolor y limitación para la marcha en rodilla derecha”; agregándose que el procedimiento artroscópico prescrito “no ha sido posible” “por motivos administrativos”;
- Consulta de fecha 17 de junio de 2016 con la médica Ximena Gallo, en la que se consignó: “Paciente (...) en estudio por reumatología, lesión meniscal rodilla derecha, quiste de Baker derecho (...) con seguimiento por ortopedia. Tiene pendiente artroscopia de rodilla. Asiste a consulta manifestando que fue para la autorización de la artroscopia, pero le dijeron que debía retomar todo. Asiste para valoración por ortopedia”. “Lesión meniscal derecha. En junta de ortopedia se dio orden de artroscopia, pero le dijeron que por cambio de convenio con ortopedia debe volver a tramitarla. Se da orden de valoración por ortopedista (llevar todos los paraclínicos)”.
- Consulta del 6 de julio de 2016 con la médica Ximena Gallo: “Lesión meniscal derecha. Pendiente de nueva valoración por ortopedia. Refiere no hay agenda. Paciente muy sintomática, con limitación funcional”.
- Consulta del 2 de octubre de 2017: Pendiente intervención y valoración de ortopedia. No hay agenda.

De manera concordante con lo anterior, la misma Martha Giraldo relató en su declaración distintos eventos que denotan el desdén y retardo injustificado en su proceso de atención, señalando al respecto: “En diciembre de 2015 también, tuve una cita con el doctor Manotas, médico ortopedista, me ordenó una radiografía, porque ya me dolía la rodilla también, también solo la pierna, la parte de atrás, sino la rodilla, me ordenó una radiografía y me dijo que efectivamente había salido una lesión en los meniscos de la rodilla derecha, me ordenó que era necesario tener una junta médica de ortopedia para poder definir el tratamiento, eso fue en marzo de 2016, yo tenía la junta médica el 27 de abril de 2016 y Salud Total me canceló la junta médica hasta que nuevamente el 11 de mayo me hicieron la junta médica, ahí ordenaron hacerme una artroscopia y me dieron la orden de la artroscopia, pero en junio del mismo año me dijeron que habían cancelado todo convenio con el doctor Manotas, que tenía que volver a empezar otra vez de cero. Ya en julio empecé con dolor en la otra rodilla, entonces ya era molestia en las dos rodillas, nada que me programaban cirugía, yo tuve que poner una acción de tutela en julio, donde gane la acción de tutela en julio, pasó agosto no me dieron orden de cirugía y ya en agosto me tocó poner un incidente de desacato, solo hasta octubre me hicieron la cirugía, me operaron de la rodilla derecha, cuando en el mismo mes tuve el control con el ortopedista, pues yo ya le había comentado que me dolía mucho la rodilla izquierda, me hicieron una resonancia en la rodilla izquierda y apareció que también tenía lesión en los meniscos de la rodilla izquierda, también me ordenaron cirugía, de esa hasta el día de hoy nunca me han practicado la cirugía ¿Por qué? Porque después de que yo tuve ya el control y me dieron la orden de la otra cirugía, después me cambiaron, empezó el proceso de cambiarme de ortopedista, entonces ya pasó el 2017, donde no me operaban la pierna izquierda, pero yo seguía otra vez con molestias en la pierna derecha, entonces ya me cambiaron el ortopedista, fui a la Clínica Versailles, me vio un ortopedista, le presente mis resonancias, mi historia clínica y él me dijo que como yo tengo una herencia genética, mi mamá, mi hermana y mi hijo tienen problemas genéticos, entonces él dice, él me decía: yo doy el concepto que antes de cualquier otra cirugía a usted tienen que tratarle a nivel hematológico y hacerle un estudio más completo, él me dio esas órdenes, pero cuando nuevamente iba a empezar el proceso me cambiaron de ortopedista, ahí empezó todo el tema, porque Salud Total se dedicó a cambiarme de ortopedista cada que yo ya tenía digamos listo un proceso y donde me mandaban algo, Salud Total me cambiaba, en total me cambió 10 veces el ortopedista, veces, donde todos de pronto daban un concepto diferente cierto, unos decían que si me operaban, otro me dijo que tenían que hacerme reemplazo de... que cuando me hicieran reemplazo de rodilla nos veíamos, entonces todos tenían un concepto diferente.

(...) Hasta ahí transcurrió todo ese tiempo, ya yo seguí con muchos malestares, tenía un reumatólogo donde cinco años, tres años perdón, con unos exámenes muy elevados, ya él decidió... ya me mandaron a Confa, que tengo mucho que agradecerle a Confa, porque el médico

de Confa fue el único que me dijo: venga yo le voy a mandar una biopsia de hígado, porque es que yo no sé porque usted lleva coleccionando exámenes casi cuatro años y no le mandan la biopsia, efectivamente él me mandó la biopsia, me salió primero que era una hepatitis... habían sospechado de una hepatitis autoinmune, que tenía esteatosis en el hígado, empecé pues tratamiento también para ese tema. También me vio una genetista de Confa Pereira, la doctora Porras, ella también me autorizó unos exámenes para poder saber que era lo que yo tenía aparte, porque se me estaban afectando tanto las articulaciones, porque ella decía: el problema que usted tiene en rodillas que empezó es más de fondo, o sea, hay algo que está afectándola a usted, entonces hay que buscarle más, pero también me la cambiaron a ella por otra genetista en Manizales, o sea, yo siempre he estado interrumpida en el proceso con los médicos, porque siempre me los cambian. Tuve que poner también una tutela, para que me pudieran autorizar los exámenes de coagulación, pues, porque tampoco me los autorizaban, de eso también llevó un proceso, ya me dijeron a Bogotá en el tema del hígado, allá nuevamente me vio un hepatólogo, pero antes de eso el médico internista de Confa que me ordenó la biopsia, él mandó una orden diciendo que a mí me debería ver un hepatólogo, entonces yo lleve la orden a Salud Total, diciendo que necesitaban verme pues de carácter rápido, urgente un hepatólogo, Salud Total me dio la orden, yo me fui para Bogotá y llegué a Bogotá y resulta que cuando yo llego me iban a atender, el médico me dice: no niña yo no soy hepatólogo, yo soy médico internista, que pena pero pues me toca devolverla, yo me regresé a Manizales, hice el reclamo en Salud Total y Salud Total me dijo: que pena nos equivocamos, le vamos a conceder la cita de hepatología nuevamente en Bogotá. Volví viajé a Bogotá, cuando me atendió el médico me contestó exactamente lo mismo: niña yo no soy hepatólogo. Me volví para Manizales segunda vez, la tercera vez, si hubo un error vamos a darle la cita, volví a Bogotá y por tercera vez no era un hepatólogo, o sea, tuve tres citas perdidas en Bogotá donde no era un hepatólogo y así el tiempo fue pasando, porque no me daban lo que yo necesitaba para el tema de mi salud. Ahora, ya el 2019, en la incapacidad, cada vez peor de mis rodillas, en tratamiento de hígado, pero todo espaciado por el tema del cambio de los médicos.

(...) Yo entré en una crisis depresiva, porque yo no duermo, yo mantengo... y discúlpeme que pues... que llore, pero..., o sea, yo le he mostrado a los médicos las fotos, a mí a veces los zapatos no me sirven, yo soy en peleas constantes con la EPS para que ellos me den una solución, yo no pretendo que ellos gasten plata y me manden fuera de la ciudad, porque aquí hay médicos buenos, pero que me den una solución y no me estén cambiando de médico, este año por fin tuve una junta de ortopedia, el 31 de octubre, donde yo fui y conté nuevamente mi caso y después, como le digo de cinco años, donde a mí un médico después del que me operó me dijo: usted necesita otra clase de búsqueda Adriana, me volvió después de cinco años, volví a llegar donde el mismo médico, el 31 de octubre de este año, me dijo: Adriana, insisto que a usted la deben de ver en un centro especializado de reumatología y hematología, porque digamos en las resonancias que me salen, la rodilla izquierda sigue tal cual, porque no me han operado, la derecha me sale con un desgarró en los meniscos, entonces él me dice: hay que buscar, o sea, nadie se ha atrevido a operar. Ellos me dieron la orden donde decía: la enviamos a un centro especializado, yo le dije doctor: a mí me está viendo el doctor Cerón, que es reumatólogo, me dijo no, es un centro especializado donde todos en conjunto puedan tomar una decisión, yo llevé eso a Salud Total y Salud Total me responde: no, es que le vamos a dar una cita con el doctor Cerón, sí, pero el doctor Cerón ya me atiende, de hecho, yo le comenté al doctor Cerón y él me dijo y el colocó en la anotación de la historia clínica.

(...) Que pasó su señoría, yo hace ocho días estuve en Salud Total, porque fui a firmar el comprobante de un cheque que me tenían de la incapacidad, yo casi no veo ya, porque tengo también el síndrome de ojo seco, hasta con gafas me afecta mucho, yo ese día fui y estaba firmando los comprobantes, la niña de caja me dijo: venga yo le saco fotocopia a su cédula, yo le entregué mi cédula, cuando ella regresó traía otro documento y me dijo: ay este también falta firmar de comprobante, yo saqué mis gafas, que no había sacado las gafas, y resulta que dentro de los papeles que Salud Total me quería hacer firmar era una carta dirigida al Juzgado Décimo Civil Municipal, donde decía que yo Martha Adriana Giraldo desistía de los incidentes de desacato que tenía contra Salud Total y yo le dije a la niña: niña que es esto, esto es una falta de respeto, ustedes porque me van a hacer firmar algo que no, yo estaba reclamando un cheque yo no vine a hacer ninguna otra transacción, ella me dijo: no que pena a mí me dijeron que le entregara esto para firmar, luego me llama una niña de Salud Total y yo dije: no que es esta deshonestidad, o sea, como me van a hacer desistir de algo que yo tengo derecho. Entonces, su señoría con todos estos procesos yo ando en una crisis depresiva muy fuerte, yo tuve... yo me quería suicidar (...)."

Esa sentida y tortuosa descripción de la deficiente prestación del servicio de salud por parte de la EPS demandada contenida en el interrogatorio de parte que, por sí mismo se erige como medio probatorio, está respaldada con otros medios suasorios, tales como la historia clínica, declaraciones y otras documentales.

En efecto, nótese como en las anotaciones de consulta con medicina general arriba mencionadas²⁰, se refieren problemas de falta de agenda de especialistas, de terminación de convenios, la reasignación de citas, aplazamiento de procedimientos, etc.

También se pudo encontrar que la junta médica de ortopedia programada para el 27 de abril de 2016 se realizó el 11 de mayo del mismo año, data en la que se ordenó el procedimiento de “Artroscopia de rodilla derecha, sinovectomía, condroplastia, meniscoplastia lateral y medial, e infiltración en rodilla izquierda”, por diagnóstico de “trastornos del menisco debido a desgarro o lesión”; procedimiento que solo fue realizado el 6 de octubre del mismo año, luego de que mediara sentencia de tutela y apertura de incidente de desacato, como se lee en el fallo del 25 de julio de 2016, emitido por el Juzgado Primero Civil Municipal de Manizales, en el que se ordenó a la EPS dentro de las 48 horas, la materialización de la intervención quirúrgica y se concedió el tratamiento integral para las patologías derivadas del diagnóstico “otros trastornos de los meniscos”²¹. Así pues, la citada intervención se realizó casi 5 meses luego de fuera ordenado.

Sobre el último tópico resulta importante precisar, que el mismo médico ortopedista otrora tratante, precisó como lapso sensato para la práctica de ese procedimiento fluctúa entre 20 días y 1 mes, arguyendo al efecto: “Pues el término prudente yo creo que oscila en el tiempo en el que se le puede estabilizar sus patologías de base, estoy hablando de este caso en concreto y con respecto al hecho quirúrgico mismo yo creo que la simple indicación de cirugía orienta hacia una patología que no ha podido ser resuelta y yo creo que máximo uno podría esperar entre 20 días a un mes mientras se le hace el cuadro sistémico, es decir, mientras se organiza su cuadro respiratorio y se hacen todas las prevenciones quirúrgicas o valoraciones prequirúrgicas que hay que hacer mientras va al laboratorio, se hace los exámenes, se toma un electro y eso depende de sus patologías previas, que creo que debe ser entre 20 días y un mes según mi criterio”; lo anterior pone en evidencia el retardo injustificado en la práctica de una intervención que no sólo había sido prescrita por el médico especializado, sino avalado por toda una junta médica.

También es importante recalcar la presencia de documentos que respaldan las aseveraciones de la actora, dentro de los que se encuentran no solo las demandas de tutela en las que se relatan similares eventos²², sino en los memoriales mismos de apertura de desacato, uno de los de los cuales a título de ejemplo, narra las remisiones equivocadas a la ciudad de Bogotá con un especialista diferente al requerido; así como la anotación dejada por el médico Jaime Andrés Rodríguez el 25 de junio de 2018, en la que se lee: “(...) se solicitan pruebas de carácter prioritario en virtud de necesidad de cirugía ortopédica que está detenida hasta tener claridad de la etiología de la patología mixta en mención”.

Por otro lado, en el interrogatorio de parte absuelto por el señor Diego Alexander Gaitán Contreras, Representante Legal de Salud Total EPS, afirmó que se ha cumplido con todas las obligaciones contractuales y legales derivadas del sistema

²⁰ Las cuales forman parte de la historia clínica.

²¹ (fl.100-107, C.1, Parte 1).

²² Los cuales fueron recogidos en los mismos fallos de tutela en los que se emitieron órdenes de amparo previa verificación de los hechos descritos por la accionante.

general de salud y que no ha mediado “demora, sino un procedimiento normal para la atención y la atención quirúrgica de la demandante”; pese a lo cual, aceptó con distintas excusas la instauración de las acciones de tutela y el cambio en 10 ocasiones de ortopedista, señalando respecto del último punto: “Pues la verdad doctor desconozco esas razones, eso ya va digamos como de pronto la vinculación del ortopedista o algo, pero realmente yo no puedo dar fe de esas situaciones, estará ya en la historia clínica”.

Lo anterior denota, de manera clara y contundente, una prestación del servicio de salud discontinua, intermitente y con dilaciones injustificadas, a lo que se suma un acceso inoportuno y, en general, sin una óptima calidad; omisiones que redundan en un incumplimiento de la principal función de la entidad promotora de salud, cual es “organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados”, conforme lo prevé el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, máxime cuando esas entidades “deben tener como principios básicos la calidad y la eficiencia” (artículo 185 *ibidem*).

En efecto, es obligación de la EPS prestar el servicio público esencial de seguridad social en salud, con sujeción, a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación, tal como lo prevé el artículo 2° de la Ley 100 de 1993; norma que define la eficiencia e integralidad en los siguientes términos:

“a) Eficiencia. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma **adecuada, oportuna y suficiente**;

(...)

d) Integralidad. **Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud**, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta ley” (negritas fuera de texto).

Los anteriores principios se deben acompañar con las reglas del servicio público de salud, previstas en el artículo 153 de la norma en cita²³, específicamente con la de **calidad**, según la cual “Los servicios de salud deberán atender las condiciones del paciente de acuerdo con la evidencia científica, provistos de forma integral, segura y oportuna, mediante una atención humanizada”; **eficiencia**, que se traduce en “la óptima relación entre los recursos disponibles para obtener los mejores resultados en salud y calidad de vida de la población”; y **continuidad**, en la medida que “toda persona que habiendo ingresado al Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene vocación de permanencia y no debe, en principio, ser separado del mismo cuando esté en peligro su calidad de vida e integridad”. Y es que, “[l]a atención de calidad, oportuna, humanizada, continua, integral y personalizada hace parte de lo que la literatura médica denomina “*cultura de seguridad del paciente*”, que por estar suficientemente admitida como factor asociado a la salud del usuario y por ser un mandato impuesto por la Ley 100 de 1993, es de imperiosa observancia y acatamiento por parte de las empresas promotoras e instituciones prestadoras del servicio de salud, por lo que su infracción lleva implícita la culpa de la organización cuando tal omisión tiene la virtualidad de repercutir en los eventos adversos”²⁴.

Así pues, al mediar entre Martha Adriana Giraldo y Salud Total EPS un vínculo contractual²⁵ definido legalmente, ésta debía asumir como principal obligación garantizarle a su afiliada la prestación del servicio de salud en términos de calidad,

²³ Modificado por el artículo 3° de la Ley 1438 de 2011.

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC13925 del 30 de septiembre de 2016, M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

²⁵ Itérese, que la afiliación de la señora Giraldo a Salud Total EPS es un hecho que no fue objeto de discusión, al margen de que sea como cotizante del régimen contributivo o como beneficiaria del subsidiado, pues en este último caso, quien paga los aportes es el Estado, a través de una UPC a la respectiva EPS.

esto es, de manera oportuna, adecuada y suficiente, así como de forma integral, durante todas sus fases; tal como expresamente lo prevé el Decreto 780 de 2016²⁶, cuyo artículo 2.5.1.1.1. establece que las disposiciones del Sistema Obligatorio de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General Seguridad Social en Salud (SOGCS), se aplican, ente otros, a las entidades prestadoras del servicio de salud del régimen subsidiado o contributivo.

Esa misma norma establece, entre otras, las siguientes características que “deberá cumplir” el proceso de atención de salud: **Accesibilidad**: esto es, la posibilidad que tiene el usuario de utilizar los servicios de salud que le garantiza el Sistema General de Seguridad Social en Salud; **Oportunidad**: que corresponde la posibilidad que tiene el usuario de obtener los servicios que requiere, sin que se presenten retrasos que pongan en riesgo su vida o su salud; y **Continuidad**: que equivale al el grado en el cual los usuarios reciben las intervenciones requeridas, mediante una secuencia lógica y racional de actividades, basada en el conocimiento científico (artículo 2.5.1.2.1.); norma que debe armonizarse con los parámetros de fortalecimiento del Sistema de General de Seguridad Social en Salud, establecidos en la Ley 1438 de 2011, “a través de un modelo de prestación del servicio público en salud que en el marco de la estrategia Atención Primaria en Salud permita la acción coordinada del Estado, las instituciones y la sociedad para el mejoramiento de la salud y la creación de un ambiente sano y saludable, que brinde servidos de mayor calidad, incluyente y equitativo, donde el centro y objetivo de todos los esfuerzos sean los residentes en el país”²⁷.

La somera mención normativa “consagró un sistema obligatorio de garantía del servicio de salud que comporta un verdadero cambio de paradigma, pues ya no es posible seguir concibiendo la atención en salud como una labor de beneficencia, como ocurrió hasta finales de la década de los 80 del siglo pasado; dado que a partir de la constitucionalización de la salud y la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social en salud y del sistema obligatorio de garantía de la calidad de la atención en salud, ésta es un derecho superior de los habitantes del territorio, que se patentiza en los resultados constatables y medibles en el servicio eficaz que reciben los usuarios o destinatarios finales del sistema”²⁸. Lo citado evidencia el deber en cabeza de las EPS de organizar y garantizar de forma directa o indirecta la prestación a sus afiliados de un servicio de salud eficiente, integral y con calidad, esto es, accesible, oportuno y continuo, lo que las hace responsables del incumplimiento de esos deberes que la ley les asigna.

Atenta entonces contra esos deberes en cabeza de Salud Total EPS, la dilación injustificada de procedimientos quirúrgicos previamente ordenados no solo por el galeno tratante, sino por toda una junta médica, y que sólo se vinieron a materializar previa sentencia de tutela y apertura de un incidente de desacato; a lo que se suma la falta de continuidad y de acceso a distintos servicios requeridos por la señora Martha Giraldo que, incluso, han dado lugar a otras órdenes de tutela. Nótese cómo, ha sido una constante la dificultad en el acceso a un ortopedista tratante, bien sea por la falta de agenda o por la reiterada rotación en los mismos, 10 especialistas, lo que sin duda alguna redundo en una falta de oportunidad y discontinuidad en la prestación del servicio, a lo que se suman los demás “errores” detallados por la accionante²⁹, que sin duda alguna ponen en

²⁶ Norma compilatoria que, a su vez, derogó en su artículo 4.1.1. el Decreto 1011 de 2006, y a su vez incorporó las disposiciones aplicables al Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud, SOGCS. Sobre la vigencia referida, puede consultarse el concepto 201811600005221 del 4 de enero de 2018, emitido por el Ministerio de Salud.

²⁷ Artículo 1°.

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia sustitutiva sc9193 del 28 de junio de 2017, M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

²⁹ Tales como el envío en 3 ocasiones a la ciudad de Bogotá con un profesional de especialización distinta a la ordenada o el evento detallado con el pago de sus incapacidades.

entre dicho no solo la calidad del servicio, sino, incluso, la eficiencia y el trato humanizado, digno y decoroso que se le debe garantizar a todos los usuarios del sistema de seguridad social en salud. Conductas que a no dudar consolidan el elemento culpa, pues se desatendieron los deberes legales impuestos a la pasiva.

Lo anterior se traduce en que la excepción denominada “Cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la EPS Salud Total” esté llamada al fracaso, pues, conforme se anotó en precedencia, existió demora injustificada de los procedimientos quirúrgicos ordenados, así como falta de continuidad y acceso a las atenciones médicas requeridas por la señora Martha Giraldo, que estructura la culpa en la responsabilidad deprecada.

2. DEL DAÑO.

Considerado como la lesión a un interés jurídicamente tutelable y que genera el deber de indemnizar, se caracteriza por ser cierto, real y en cabeza de quien lo alega o que se trate de la razonable probabilidad de obtener una ganancia, pues resulta claro que no hay responsabilidad sin daño.

La parte demandante solicitó expresamente que se declare a los pasivos responsables por “El daño físico y moral, derivado del daño en la columna vertebral, además de sus rodillas y en las raíces nerviosas (...) al verse afectada [la señora Martha Adriana] en su diario devenir y deambular, que a pesar del paso del tiempo, y el largo y doloroso proceso de rehabilitación no se ha podido recuperar plenamente, se ha perdido la oportunidad de poder compartir el día a día con su hijo, por la limitación funcional de sus miembros inferiores y columna lumbar, con constantes dolores que la aquejan y que debe movilizarse con ayuda de muletas, limitando sus actividades diarias”³⁰, peticionándose el reconocimiento de perjuicios morales “ante los despropósitos y principalmente la negligencia en la prestación de los servicios médico asistenciales que debía presar la entidad demandada y que ha venido prestando tan deficiente y tardíamente, incumpliendo con los principios básicos y fundamentales de la Ley 100 como eficiencia, integridad y unidad”³¹.

En relación con el cuerpo o texto de la demanda, por vía jurisprudencial se ha reiterado que es deber del juez interpretarla sistemática y teleológicamente, a fin de poder determinar la naturaleza de su intención jurídica³²; coligiéndose que lo pretendido por el extremo actor es el reconocimiento de perjuicios derivados, no solo, por el detrimento en el estado de salud de la señora Martha Adriana Giraldo, sino también, por la deficiente e inoportuna atención que se le ha suministrado, a tal punto que parte de los reparos se centran en esos tópicos.

Frente al primero de los menoscabos que funda la presente acción de responsabilidad, basta con señalar que las dolencias físicas y psíquicas padecidas por la actora en cita están debidamente documentadas en la historia clínica, en las declaraciones del perito, de las partes y de los testigos; las cuáles, según quedó expresado por quienes conforman el extremo activo, les han causado aflicción y dolor.

En lo que respecta a la segunda lesión a un bien jurídicamente tutelable, debe precisarse que el artículo 49 de la Constitución Política consagra la atención de la salud como un servicio público a cargo de Estado y, por ende, se garantiza a todas las personas su acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación.

³⁰ Hecho sexagésimo.

³¹ Hecho sexagésimo primero.

³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 20 de agosto de 1981, M.P. Alberto Ospina Botero.

Por considerarse que no estaba enlistado como un derecho fundamental autónomo, por vía de tutela empezó a ser protegido cuando estaba en conexidad con el derecho a la vida o a la vida digna³³, incluso, en sentencias posteriores proferidas por la Corte Constitucional, se dio paso a la inaplicación de normas que impedían el suministro de medicamentos o procedimientos excluidos del Plan Obligatorio de Salud - POS, estableciéndose para el efecto unas sub-reglas de procedencia del amparo en esos eventos.

En posteriores fallos proferidos por la Corte Constitucional³⁴, se reconoció que la salud es un derecho fundamental autónomo y, consecuentemente, debe ser protegido a través de la acción de amparo, en los casos en que se observe su vulneración o amenaza; asimismo, se unificaron las coberturas de los regímenes subsidiado y contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud³⁵ y, por último, se eliminaron las restricciones que imponía el POS³⁶.

Todas esas conquistas frente al derecho fundamental de la salud desencadenaron la expedición de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, que en su artículo 2°, prevé: “El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para **asegurar** la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado” (negritas fuera de texto).

El control previo constitucional fue ejercido a través de la sentencia C-313 de 2014, proveído en que la Corte Constitucional partió de los distintos lineamientos, conceptos y pronunciamientos emitidos en la Observación 14 de 2000 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) de la ONU, al considerar, entre otros aspectos:

“El mandato estatutario preceptúa que el derecho comprende el acceso a los servicios de salud y, el pronunciamiento internacional citado, en su párrafo 9 precisa que ‘el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de **facilidades bienes, servicios y condiciones** necesarios para alcanzar el más alto nivel de salud’ (negritas fuera de texto). Nótese como la Observación General establece como deber la comprensión del derecho en los términos citados. Resulta además pertinente observar que la alusión a los establecimientos, bienes y, servicios, se reitera al precisar las implicaciones de cada uno de los elementos esenciales del derecho (párrafo 12, literales a, b, c y d). Textualmente y, en lo pertinente, se dice:

‘El derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en un determinado Estado Parte:

a) Disponibilidad. Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de **establecimientos, bienes y servicios públicos de salud** y centros de atención de la salud, así como de programas (...).

³³ Ver Sentencia T-597 de 1993 de la Corte Constitucional.

³⁴ Ver Sentencia T-167 de 2007 de la Corte Constitucional.

³⁵ En la sentencia T-760 de 2008 se ordenó la adopción de un programa y cronograma para unificación gradual y sostenible de los planes de beneficios del régimen subsidiado y contributivo; posteriormente, a través de la Ley 1393 de 2010 se estableció la cobertura universal y unificación de los planes obligatorios de salud, culminándose el proceso con Circular 032 de 2012 expedida por la Comisión de Regulación en Salud.

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia 760 de 2008.

b) Accesibilidad. **Los establecimientos, bienes y servicios de salud** (6) deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte.

c) Aceptabilidad. Todos los **establecimientos, bienes y servicios de salud** deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados (...).

d) Calidad. Además de aceptables desde el punto de vista cultural, **los establecimientos, bienes y servicios de salud** deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad' (negrilla fuera de texto).

Como se puede apreciar, cada uno de los elementos esenciales comporta tres factores, cuales son, establecimientos, bienes y servicios. Advierte la Corte que la exclusión de alguno de tales medios, no desarrolla lo dispuesto en la precitada Observación del Comité y compromete la realización del derecho. Para la Sala, la mera alusión al servicio podría conducir a una interpretación lesiva para el contenido esencial del derecho fundamental a la salud, siendo procedente advertir desde ahora lo inaceptable de una lectura restrictiva del enunciado. La garantía del derecho requiere que se prohíje una interpretación constitucional del mandato, congruente con los postulados del Estado Social de Derecho y, en particular, con la búsqueda del goce efectivo del derecho. En consecuencia, la Sala declarará la exequibilidad del texto "Comprende el acceso a los servicios de salud", pues, dicha expresión implica también como mínimo, el acceso a las facilidades, establecimientos, bienes y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel de salud."

Resulta entonces claro que el acceso a los servicios de salud de forma oportuna, eficaz y con calidad, forma parte de los elementos esenciales y definitorios del derecho fundamental e irrenunciable a la salud, pues solo de ese modo, es dable alcanzar su preservación, mejoramiento y promoción; máxime cuando "en el ámbito internacional, se ha destacado que este derecho implica que se le asegure a las personas, tanto individual como colectivamente, las condiciones necesarias para lograr y mantener el 'más alto nivel posible de salud física y mental'³⁷. Para ello, sin duda alguna, es necesario prever desde el punto legal y regulatorio, condiciones de acceso en todas sus facetas, desde la promoción y la prevención, pasando por el diagnóstico y el tratamiento, hasta la rehabilitación y la paliación. Por esta razón, se ha dicho que el acceso integral a un régimen amplio de coberturas, es lo que finalmente permite que se garantice a los individuos y las comunidades la mejor calidad de vida posible"³⁸.

Por otro lado, el "principio de continuidad en el servicio implica que la atención en salud no podrá ser suspendida al paciente, en ningún caso, por razones administrativas o económicas, entre otras razones, porque ello constituiría un agravio a la confianza legítima. Sobre este punto, en reiteradas ocasiones, la Corte ha manifestado que: 'Una de las características de todo servicio público, atendiendo al mandato de la prestación eficiente (Art. 365 C.P.), la constituye su continuidad, lo que implica, tratándose del derecho a la salud, su prestación ininterrumpida, constante y permanente, dada la necesidad que de ella tienen los usuarios del Sistema General de Seguridad Social. (...) [La] Corte ha sostenido que una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de manera que el mismo no sea suspendido o retardado, antes de la recuperación o estabilización del paciente'³⁹⁴⁰; mandato de optimización que permite salvaguardar el inicio, desarrollo y terminación de los tratamientos médicos, lo cual, a su turno, garantiza la integralidad de la prestación del servicio hasta lograr la recuperación o estabilidad del paciente, visto desde la dimensión del ser humano y por tanto digno.

Lo anterior para significar que la salud en sus dos dimensiones, servicio público esencial y derecho fundamental irrenunciable se materializa a través del acceso

³⁷ Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-121 de 2015.

³⁹ Sentencia T-234 de 2014, MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-313 de 2014.

oportuno, continuo, eficaz, eficiente y de calidad a los servicios, facilidades, establecimientos y bienes que se requieran para alcanzar y mantener el “más alto nivel posible de salud física y mental”⁴¹, de manera tal que, no solo son elementos esenciales, sino que forman parte de su núcleo esencial.

No podemos perder de vista que en “nuestro Estado Social de Derecho la seguridad social en salud es un servicio público orientado por el principio constitucional del respeto a la dignidad humana, por cuya virtud la vida de las personas y su integridad física y moral se conciben como los bienes jurídicos de mayor valor dentro del ordenamiento positivo, lo que se traduce en la obligación de brindar una atención en salud de calidad, así como en una menor tolerancia frente a los riesgos que por mandato legal el paciente traslada a las EPS. Este replanteamiento del servicio sanitario ha introducido un cambio de visión que concibe la salud como un derecho inalienable de las personas y no como un acto de beneficencia del Estado hacia el ciudadano”⁴²; de allí que, la salud como derecho fundamental tiene la categoría de un bien jurídico tutelable, no solo a nivel constitucional, sino por el derecho público y privado, puesto que aquéllos “no se limitan a los de estirpe patrimonial, porque la afectación de los intereses superiores de los ciudadanos hace necesaria la intervención del derecho privado para indemnizarlos, pues de otro modo los bienes jurídicos protegidos por la Constitución y por los tratados internacionales suscritos por Colombia que reconocen derechos fundamentales, no tendrían protección efectiva en esta área del derecho”⁴³. Resulta innegable que la Constitución Política irradia todo el ordenamiento y permea, por tanto, la esfera del derecho civil, sin que puedan aplicarse o interpretarse esos ordenamientos aislada o extra sistemáticamente.

En tal sentido, conviene precisar que el elemento aquí estudiado recae sobre un bien intangible⁴⁴ que, al resultar lesionado por una conducta reprochable, debe ser objeto de resarcimiento, siempre y cuando, claro está, se pruebe de manera suficiente el perjuicio indemnizable; de manera tal que, no todo daño causado a un bien superior genera por sí mismo una compensación económica.

Sobre el tópico, es importante traer a colación un aparte jurisprudencial que avala la consolidación del daño respecto de bienes intangibles de naturaleza constitucional, en sí mismo considerado, sin que necesariamente puedan verse afectados otros bienes de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, decantándose al respecto: “En cuanto al menoscabo del derecho al buen nombre, hay que admitir que el daño se configura cuando se demuestra la violación culposa de ese bien jurídico, sin que se requiera la presencia de ninguna otra consecuencia. Es decir que una vez acreditada la culpa contractual y la vulneración de la garantía fundamental como resultado de ese incumplimiento, se tiene por comprobado el detrimento al bien superior que es objeto de la tutela civil, y en ese momento surge el interés jurídico para reclamar su indemnización, porque el daño resarcible se identifica con el quebranto que sufre el derecho de estirpe constitucional. (/) Lo anterior por cuanto –se reitera– el objeto de la tutela judicial efectiva civil en este específico evento es el derecho fundamental al buen nombre en sí mismo considerado, y no la afectación de otros bienes jurídicos tales como el patrimonio, la integridad psíquica o moral, o la vida de relación del sujeto”⁴⁵; postura en un todo acorde con la estructura de un Estado Social y Democrático de Derecho, en el que no basta la consagración de prerrogativas *ius fundamentales*, sino que es necesario la consagración de herramientas que aterricen en cada ordenamiento su tutela o

⁴¹ Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia sustitutiva SC9193 del 28 de junio de 2017, M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

⁴³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de casación SC13925 del 30 de septiembre de 2016, M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

⁴⁴ Sobre la consolidación del daño sobre otros bienes intangibles de naturaleza constitucional, como el buen nombre, puede verse la sentencia SC10297 del 5 de agosto de 2014, proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia sc10297 del 5 de agosto de 2014.

garantía, y caso de desconocimiento, las consecuencias no queden en el simple terreno de lo conceptual o del mero reproche.

Lo hasta aquí señalado para contextualizar que, la falta de acceso oportuno, continuo y de calidad a distintos servicios, por sí mismos, consolidan un daño autónomo, ya que lesionan un interés jurídicamente tutelable: **el derecho a la salud**; que como se dejó sentado líneas atrás, se vio aquí menoscabado con la dificultad de acceder a servicios especializados -ortopedia y hepatología-, la interrupción de los procedimientos quirúrgicos ordenados y en los servicios de salud -cambio reiterativo de profesionales tratantes- y errores administrativos recurrentes, entre otros.

Decantado lo anterior, a continuación, se procederá a determinar cuál de las dos lesiones a bienes jurídicos tutelados tiene un nexo causal con las conductas imputables a los demandados, conforme el acápite de culpa.

3. DEL NEXO CAUSAL.

Probada la culpa del extremo accionado y la causación de un daño, resta verificar la existencia de una relación de causalidad entre uno y otro; propósito para el cual resulta útil la teoría de la causalidad adecuada, entendida como aquella según la cual, "(...) tan solo pueden estimarse efectos de una causa aquellos que según las reglas del sentido común y de la experiencia suelen ser su resultado normal"⁴⁶.

Como se precisó en el acápite de la culpa, las conductas endilgables a la parte demandada se fundan en el incumplimiento de los deberes legales de prestar un servicio de salud eficiente, celeridad, oportuno, continuo y con calidad; y en lo que respecta al daño, éste consiste en el deterioro de la salud de la señora Martha Giraldo y la afectación al derecho a la salud en sus dimensiones de oportunidad, acceso, continuidad y calidad. Lo que implica que el nexo causal debe darse entre éstos últimos eventos y las conductas arriba referidas. Se entrará a estudiar a continuación la presencia o no, del requisito nexo causal respecto de los dos daños que aparecen probados dentro del proceso, generados con ocasión de las conductas omisivas atribuidas a la convocada.

Debemos partir del consenso exteriorizado por los médicos declarantes en torno a la cronicidad e incurabilidad de las patologías base padecidas por la señora Martha Giraldo, las cuales, a su vez, son causa de otras afecciones y tienen múltiples formas de manifestación.

Importa resaltar que los dos testigos técnicos que comparecieron al proceso son médicos especialistas en distintas áreas en las que se brindó atención a la paciente⁴⁷, con una amplia experiencia en el área que laboran, quienes respondieron de manera coherente e hilada los distintos interrogantes formulados, ofreciendo credibilidad sus respuestas, las cuales fueron explicadas y justificadas adecuadamente; por otro lado, tampoco se observó parcialidad en razón a la otrora vinculación de los galenos con la EPS o IPS que en su momento atendieron a la actora, circunstancia que les permitió conocer de primera mano los hechos objeto del proceso y a partir de los mismos, suministrar su versión desde la perspectiva de su saber técnico.

⁴⁶ CSJ, Cas. Civil del 30 de marzo de 1993, G.J., T. CCXXII, Núm. 2461, Pág. 294.

⁴⁷ La especialidad y experiencia de cada galeno es detallada al valor cada una de esas declaraciones.

Nótese como, la genetista Natalia García Restrepo, al ser indagada por los tratamientos curativos de la osteoartritis o fibromialgia, indicó: “Realmente, el concepto de curar en medicina es bien complejo, las enfermedades se controlan la mayoría, o sea, la curación como tal de las enfermedades depende, pues, por ejemplo, yo hago x o y manejo con un fármaco y entonces le quito la infección a esa persona, sí, entonces en teoría estaría curando esa infección, pero en este tipo de condiciones no existe una cura, cierto, no hay un tratamiento curativo, lo que se hace es manejar la sintomatología y ese manejo y ese control de la sintomatología es lo que se pretende, porque curar, cierto, curar una osteoartritis, curar una fibromialgia, o sea, realmente, eso no funciona así, yo lo que hago es controlar, controlar síntomas que vienen asociados a cada una de esas condiciones”. En el mismo sentido, el perito Edwin Antonio Jauregui Cuartas, explicó: “La respuesta es que estas enfermedades no se curan, tratamos de controlar los síntomas, pero necesitamos una gran participación por parte del paciente para mejoría, participación en la parte de alimentación, porque generalmente los pacientes están en sobrepeso, que es el caso de esta paciente, necesitamos que el paciente tenga un buen patrón del sueño y el paciente nunca tuvo un buen patrón del sueño, y necesitamos, además, un ejercitamiento regular de estos pacientes y un acompañamiento, por esa razón la paciente, la evolución de la enfermedad, el curso natural esta descrito en la literatura científica no hay una cosa diferente en la literatura científica y como digo predomina claramente la fibromialgia en esta paciente, entonces la otra parte de la osteoartritis de evolución natural, porque como les digo, es el desgaste del cartilago y las articulaciones y el síndrome de Sjögren, excepto que tuviese un compromiso de otro órgano que la paciente no tenía, excepto por eso, no tiene ninguna necesidad o recurrencia de algún tratamiento adicional por parte de reumatología”.

Nótese como, el mismo ortopedista Jaime Alberto Restrepo Manotas explicó la incidencia de las condiciones padecidas por la actora en sus padecimientos articulares y osteoarticulares, en los siguientes términos: “es que la fibromialgia, que es una patología muy frecuente en mujeres, normalmente es tener todo, pero es tener poco. La incidencia en las manifestaciones osteoarticulares son muchísimas, porque de hecho en la historia dice que ella tenía una poliartropatía y una patología reumatológica no practicadas hasta ese momento, que entre otras se puede suponer que es un síndrome de poliartralgia, es decir, duelen todas las articulaciones, y polimialgia, le duelen todas las estructuras musculoesqueléticas. Yo creo que la incidencia es muy alta en cuanto a que la sintomatología de esta patología son precisamente de tipo musculoesquelético, el Sjögren es un síndrome seco, es un problema inmunológico que lo maneja reumatología y que normalmente causa ojo, boca seca y es un problema que lleva también a patología por autoinmunidad en las articulaciones que produce además dolores articulares o poliartropatía como yo la estoy llamando, las otras patologías que me menciona de hecho también tienen relevancia en la sintomatología musculoesquelética, lo digo porque yo escribí un artículo el año pasado, publicado en una revista en Inglaterra, donde hablo de poliartralgias y polimialgias, que son síndromes muy frecuentemente y que toca hacer el diagnóstico diferencial con fibromialgia y por eso es que yo siempre digo que la fibromialgia es tener de todo, porque la sintomatología es bastante espesa, bastante compleja, sin embargo, los hallazgos al examen físico son casi ninguno”.

Incluso, cuando se le preguntó al testigo experto si la cirugía artroscópica de rodilla le garantizaba a la paciente la mejoría de las demás condiciones sufridas o que su dolor cesara, contestó: “Bueno, es una pregunta compleja, pero voy a tratar de responderla de manera clínica. La determinación del o el juicio de realizar una artroscopia estaba basado en sintomatología básicamente de la rodilla, no va a tener incidencia en la evolución natural ni de la fibromialgia, ni del Sjögren, y lo que si vamos a tratar de hecho era su patología estructural de los meniscos y su alteración articular en su rodilla derecha, las otras patologías o comorbilidades asociadas a esta situación deben ser manejadas de una manera diferente y de hecho lo que se estaba tratando de hacer con la artroscopia, por eso estuvo en la junta médica con fisiatra, fue, porque en la consideración de que tanto podía tener indicación y que tanto podía mejorar su sintomatología específica de la rodilla. Los otros síntomas derivados de la fibromialgia y la de Sjögren, pues no va a cambiar su evolución natural”. No obstante lo anterior, el mismo ortopedista, quien practicara la artroscopia de rodilla, dio cuenta de los pobres resultados y beneficios de esa intervención, así: “Ella pues...los resultados del procedimiento, pues fue un postoperatorio algo tórpido, con persistencia del dolor, a pesar de los

manejos, de la rehabilitación, del manejo analgésico y después de eso empezó a hacer dolor en la otra rodilla. Ella, ella, había tenido una cojera y, particularmente, después de hacerse la meniscoplastia, por su meniscopatía, que la meniscoplastia es un procedimiento donde uno remueve el menisco y le quita las alteraciones estructurales para tratar de que no den síntomas, ella persistía con dolor posterior a eso, es lo que me acuerdo bien, no me acuerdo del examen físico, pero yo creo que el examen físico que alguna vez tuvimos oportunidad de leer, es que ella persistía con dolor y alteración de sus arcos de movimiento”.

Esos resultados poco o nada exitosos de la cirugía de rodilla aludida, tienen su explicación en la incurabilidad de la osteoartrosis que aqueja a la señora Martha Giraldo, como fuera explicado por el perito, quien al referirse a esa intervención y a las infiltraciones de rodilla que le realizaron, señaló: “No, no curan ninguna enfermedad, nosotros en estas enfermedades reumatológicas, en particular la osteoartrosis no se cura, es un proceso de degeneración del cartílago por el uso a través del tiempo o en muchos casos pueden ser traumas, tipos e, incluso, cirugías pueden exacerbar el proceso de desgaste de la articulación, el proceso normal de desgaste de la articulación, entonces ninguno de estos procedimientos cura, sencillamente, lo que se ofrece es mejoría de la parte del dolor y calidad de vida del paciente por ese dolor que desencadena la enfermedad, pero no cura ninguno de estos procedimientos, ninguno cura, la paciente va a seguir teniendo artrosis (...)”

Resulta entonces claro que, dada las enfermedades base padecidas por la señora Martha Giraldo, no existía una garantía de recuperación de los meniscos, rodillas u otras articulaciones afectadas por artropatías u osteopatías, debido entre otros, a la cronicidad de la osteoartrosis que la afecta; lo que se traduce en que no exista la prueba de un nexo causal entre la falta de recuperación de esas dolencias o del deterioro del estado de salud general de la demandante en cita y la demora en los procedimientos o la falta de continuidad o interrupción de los tratamientos ortopédicos, pues como lo explicaron tanto los testigos como el perito, cada una de esas condiciones tiene su propia progresividad degenerativa, sintomática e incurable, sin que se acreditara por parte de los actores una situación diferente.

Lo que sí está claro, conforme se deduce de lo atestiguado por el mismo ortopedista, la historia clínica y la declaración de la demandante Martha Giraldo, es que debido a la falta de acceso a las citas ortopédicas, a la intermitencia, falta de continuidad e interrupción en los tratamientos y procedimientos ortopédicos, aunado a los otros “errores” administrativos de la EPS demandada, se afectó el derecho a la salud de aquella; en la medida en que hubo tardanza en el agendamiento de consultas, en la realización de procedimientos quirúrgicos e, incluso, la actual falta de definición de una cirugía ordenada desde el año 2017, a la espera del análisis de resultados que se ha dificultado por la rotación de ortopedista -10 ortopedistas tratantes-, lo que evidencia una prestación inadecuada e ineficiente del servicio de salud por parte de la pasivo.

Es que al margen de la curabilidad o no de las patologías padecidas por Martha Giraldo, ésta tiene derecho a acceder de manera oportuna, eficiente y con calidad al servicio de salud por parte de la EPS a la que se encuentra afiliada, sin que sea de recibo que por la cronicidad o el carácter degenerativo de sus afecciones, poca incidencia puedan tener los procedimientos o tratamientos ordenados por los galenos tratantes; máxime cuando según dieron cuenta todos los testigos médicos y el mismo perito, el dolor es una de los efectos intrínsecos de las condiciones padecidas por aquellas, el cual se exacerba ante la falta de atención o manejo adecuado y oportuno de cualquiera de las manifestaciones de enfermedades consecuenciales derivadas de aquellas. A lo que se suma que, el dolor es un detonante de padecimientos mentales o psíquicos, que potencia a su turno las

demás condiciones de la actora, tales como ansiedad y depresión, lo que, en palabras de los mismos expertos, constituye un círculo vicioso.

En el asunto que nos convoca, se evidenció el incumplimiento de los deberes legales de la EPS en la prestación del servicio de salud, quien, por su naturaleza, función y misión dentro del sistema de seguridad de social en salud, es la llamada del primer orden a salvaguardar y garantizarle a la señora Martha Giraldo su derecho fundamental a la salud en todas sus dimensiones, puesto que, como administradora y prestadora de aquél servicio público, está supedita a las normas rectoras que garantizan a los usuarios una atención de calidad, oportuna, personalizada, humanizada, integral y continua de acuerdo a los estándares profesionales⁴⁸; principios que hacen “parte de lo que la literatura médica denomina ‘cultura de seguridad del paciente’, que por estar suficientemente admitida como factor asociado a la salud del usuario y por ser un mandato impuesto por la Ley 100 de 1993, es de imperiosa observancia y acatamiento por parte de las empresas promotoras e instituciones prestadoras del servicio de salud, por lo que su infracción lleva implícita la culpa de la organización cuando tal omisión tiene la virtualidad de repercutir en los eventos adversos”⁴⁹.

Lo anterior redundante en que, la causalidad en este caso, une las deficiencias en la prestación del servicio conforme las exigencias legales y constituciones exigibles a la EPS (culpa) con la afectación al derecho a la salud de la paciente (daño), pues al margen de la incurabilidad o cronicidad de sus afecciones, aquélla tiene derecho a recibir una prestación del servicio de salud que garantice su acceso oportuno, eficiente y con calidad, así como a recibir un trato digno como ser humano.

Consecuencia de lo anterior, la excepción que pretendía enervar el nexo de causalidad sólo se abriría paso de manera parcial, esto es, respecto del vínculo entre la culpa y el daño derivado del deterioro del estado de salud de la actora multicitada, pues se acreditó el mismo frente al daño a la salud como bien autónomo.

E. DETERMINACIÓN Y TASACIÓN DE LOS PERJUICIOS CAUSADOS.

Verificados como han quedado los presupuestos de la acción respecto de la vulneración al derecho fundamental de salud en su dimensión de acceso, continuidad y calidad como consecuencia del incumplimiento de los deberes legales en cabeza de la EPS demandada, y ante la improsperidad de los medios exceptivos hasta ahora estudiados, se ahondará en el análisis de la causación de los perjuicios reclamados por la parte actora.

Para ello, preciso es indicar que al tenor del artículo 2341 del Código Civil, la responsabilidad civil extracontractual se edifica sobre el principio conforme al cual toda conducta dolosa o culposa desplegada por una persona natural o jurídica, siempre que con ella se irroge un daño, le impone al autor del hecho dañino el deber jurídico de indemnizarlo, deber que “(...) **lleva envuelto el precepto de que el resarcimiento deberá comprender todo el daño causado y solo éste**; y para el juzgador la obligación de procurar a la víctima del hecho delictual o culposo **una compensación equivalente al perjuicio, pero de ninguna manera superior a este**”⁵⁰ (negrillas fuera de texto).

⁴⁸ Numeral 9º del artículo 153 de la Ley 100 de 1993

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 13925-2016, M.P. Ariel Salazar Ramírez

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Auto 27 de marzo de 1947. Gaceta Judicial. t. LXII, pág. 243.

Téngase en cuenta que se reclaman daños morales para todos los demandantes, y, adicionalmente, el daño a la vida de relación para la señora Martha Giraldo, de manera tal que abordará inicialmente el estudio de lo pretendido por esta, para seguir con el análisis de las aspiraciones de los otros actores.

1. DEL DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN RECLAMADO POR LA SEÑORA MARTHA ADRIANA GIRALDO ALZATE.

El daño a la vida en relación ha sido concebido como “un daño autónomo que se refleja en la afectación de la actividad social no patrimonial de la persona, vista en sentido amplio”⁵¹, tornándose en una “privación objetiva de la facultad de realizar actividades cotidianas tales como practicar deportes, escuchar música, asistir a espectáculos, viajar, leer, departir con los amigos o la familia, disfrutar el paisaje, tener relaciones íntimas, etc.”⁵². Entendido en esos términos, el daño a la vida en relación puede ser padecido por la víctima directa de la lesión y también, por su puesto, por las personas más próximas a ella “según los pormenores de cada caso, por ejemplo, el cónyuge, compañero (a) permanente, parientes cercanos, amigos”⁵³.

Se arguye en el libelo introductorio que la señora Martha Giraldo “ha perdido la oportunidad de poder compartir el día a día con su hijo, por la limitación funcional de sus miembros inferiores y columna vertebral, con constantes dolores que la aquejan y que debe movilizarse con ayuda de unas muletas, limitando sus actividades diarias, además y de manera muy grave impidiéndole continuar con su vida habitual”⁵⁴; debiendo desde ya anticiparse que brilla por su ausencia la prueba que configure la irrogación del perjuicio solicitado, como pasa a explicarse.

En efecto, a riesgo de parecer reiterativos, se debe partir de los antecedentes patológicos de la citada actora, puesto que sus diversas manifestaciones clínicas guardan correspondencia con los padecimientos arriba descritos, pudiendo incluso deducirse que son una exacerbación de la sintomatología de las principales condiciones que la afectan.

Sobre lo indicado, el perito señaló: “La evolución generalmente en esos pacientes es la que está descrita en la literatura científica de todos esos pacientes, desafortunadamente es un síndrome doloroso crónico, muy complicado y complejo de poder mejorar a menos que el paciente tiene un compromiso fundamental y en la cual, claro, todos los interventores de la parte de salud es importante, pero a ella se le prestó la atención en mi manera de ver, después de revisar la historia clínica detenidamente, todas las atenciones que tuvo por parte de los actores”. De hecho, al preguntársele si el dolor y la incapacidad padecidas por la señora Martha Giraldo están asociadas con la osteoartrosis degenerativa que la aqueja, contestó: “Vuelvo y repito, sí, esa es la manifestación clínica principal de la osteoartrosis, el dolor y la disfunción o limitación funcional, pero la única causa de dolor de esta paciente a nivel de las articulaciones no es la osteoartrosis, ella tiene osteoartrosis y tiene fibromialgia”; coincidiendo la genetista Natalia García Restrepo al explicar la evolución del mismo padecimiento: “En la osteoartrosis se considera una condición crónica, cierto, de todo... tenemos los huesos, cierto, la parte superior del hueso, las articulaciones, cierto, entonces, eso tiene que tener unos elementos como cartílago, un líquido, cierto, que es lo que va a permitir el tema de movilidad. En las osteoartrosis lo que empezamos a encontrar es que esa bisagrita empieza a fallar, cierto, se empieza como a anquilosar, a quedarse completamente rígida, además de un tema de terminaciones nerviosas en donde va a producir dolor, esos cambios pueden ocurrir digamos en las personas a medida que pasa el tiempo, lo que digamos no es usual es tener osteoartrosis digamos de las clásicas en personas jóvenes, cierto, generalmente

⁵¹ CSJ, SC del 13 de mayo de 2008, Rad. 1997-09327-01.

⁵² CSJ, SC10297-2014, 5 ago. 2014, Rad. 2003-00660-01.

⁵³ CSJ, SC de 20 enero de 2009, Exp.000125; reiterada el 28 de abril de 2014, SC 5050-2014, Exp.2009-00201-01.

⁵⁴ Hecho Sexagésimo.

es un proceso, pues, más hacia la edad adulta, adulta, pues ya adulta mayor, entonces es básicamente el diagnóstico, cierto, las osteoartrosis pueden estar ocasionadas o ser secundarias a muchas cosas”.

De modo muy coincidente, los tres médicos que comparecieron al proceso aseguraron que el dolor y la discapacidad son las manifestaciones más frecuentes de la fibromialgia y osteoartrosis, dos de las enfermedades principales que aquejan a la demandante y que explican los complejos y diversos malestares que debe sobrellevar como consecuencia de aquellas afecciones; conclusión que redundante en que las limitaciones funcionales y el dolor que experimenta no devienen del incumplimiento de los deberes legales y contractuales de la EPS en la prestación del servicio de salud, sino de la desafortunada progresión de las enfermedades crónicas y degenerativas que sufre. De manera tal que, la pretensión indemnizatoria estudiada no tiene vocación de éxito.

2. DEL PERJUICIO MORAL RECLAMADO POR LOS DEMANDANTES.

El llamado perjuicio moral, ha sido entendido como aquel que lesiona los sentimientos de una persona y que causa para ella un padecimiento de orden psíquico, inquietud espiritual y agravio a sus íntimas afecciones.

La reparación de este daño moral consiste en “proporcionar al perjudicado o lesionado una satisfacción por la aflicción y la ofensa que se causó, que le otorgue no ciertamente una indemnización propiamente dicha o un equivalente mensurable por la pérdida de su tranquilidad y placer de vivir, pero sí una cierta compensación por la ofensa sufrida y por la injusticia contra él personalmente cometida”⁵⁵.

Encontrándose así el daño moral en la órbita de los afectos y consistiendo el mismo en el pesar, la afrenta o sensación de dolor que los permite considerar inasibles desde el punto de vista económico, obvio resulta colegir que su apreciación dista mucho de ser exacta. Se requiere entonces buscar, con apoyo en hechos probados que den cuenta de las circunstancias personales del damnificado reclamante, una relativa satisfacción que se ha denominado “*pretium doloris*”.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia destacó que el perjuicio moral “(...) es una especie de daño que incide en el ámbito particular de la personalidad humana en cuanto toca sentimientos íntimos tales como la pesadumbre, la aflicción, la soledad, la sensación de abandono o de impotencia que el evento dañoso le hubiese ocasionado a quien lo padece, **circunstancia que, si bien dificulta su determinación, no puede aparejar el dejar de lado la empresa de tasarlos (...)**”⁵⁶, labor cuantificación que “(...) es privativa del juez en el fallo (...)”⁵⁷ y que debe desarrollarse teniendo en cuenta “(...) criterios tales como **la magnitud o gravedad de la ofensa, el carácter de la víctima y las secuelas que en ella hubiese dejado el evento dañoso**”⁵⁸ (negritas fuera de texto).

No puede pasarse por alto el papel determinante del componente anímico en el desencadenamiento de las aflicciones sufridas por la señora Martha Giraldo, pues recuérdese que también padece insomnio, depresión y ansiedad; señalándose por el perito que “todo lo afectivo emocional, todo eso que si no se mejora esa parte la paciente no mejora”, de manera tal que las alteraciones psíquicas de la paciente desencadenan respuestas físicas negativas, de allí que el experto hablara de un círculo vicioso.

⁵⁵ Karl Larenz, Derecho de Obligaciones, Tomo II, pág. 641

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia, Sentencia 14 de mayo de 1991.

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia 27 de abril de 1993, M.P. Gustavo Gómez Velásquez.

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia. Sentencia 5 de mayo de 1999, M.P. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. Exp.4978.

Lo anterior explica el siguiente reporte de la consulta psiquiátrica del 12 de septiembre de 2018⁵⁹, a la que asistió la señora Martha Giraldo, en el que se lee que la paciente tiene “síntomas afectivos reactivos a la frustración que genera su condición médica general y la necesidad constante de atención médica con una pobre respuesta en el control de sus necesidades. Continúa con ánimo triste, prefiere el aislamiento, no ha logrado cumplir con sus actividades laborales. Las ideas pasivas de muerte persisten. Sus condiciones médicas se han agravado más, su calidad de vida se ve cada vez más deteriorada, se percibe fatigada de su lucha constante ante la EPS para acceder a una cita y procedimientos”.

La anterior descripción vislumbra la desesperanza y pesadumbre que genera en la demandante aludida las dificultades por las que debía pasar en el proceso de atención de salud dispensado por su EPS, el cual se suministró de forma interrumpida, discontinua, con “errores administrativos” y dificultades en el acceso, así como deficiente en su calidad; traumatismos que le generaron congoja, impotencia y dolor, tal como se trasluce en la declaración de parte que rindiera dentro de proceso y cuya citación en extenso se hizo capítulos atrás. Por lo anterior, se reconocerán perjuicios morales a la señora Martha Adriana Giraldo Alzate en cuantía de DIEZ MILLONES DE PESOS M/CTE. (\$10.000.000).

En lo que respecta a los demás demandantes, esto es, David Calderón Giraldo⁶⁰, Germán Darío Calderón Castaño⁶¹, Liliana Restrepo Ríos y Yei Denisse Mejía Giraldo⁶², debe señalarse que en sus declaraciones dieron cuenta del cariño y aprecio que le profesan a Martha Giraldo, así como del sentimiento de tristeza que les produce la condición limitante en que ésta se encuentra como consecuencia de las enfermedades padecidas; sin que se encuentre prueba alguna de la que se pueda derivar algún sufrimiento generado por la inadecuada prestación del servicio de salud, que corresponde al daño indemnizable.

Nótese como, cada uno de los antes mencionados, narró desde su órbita la forma como se han visto afectados por el decaimiento en la salud física y emocional de Martha Giraldo, describiendo para el efecto distintos eventos que muestran su solidaridad y empatía con su progenitora, exesposa y amiga para afrontar la difícil situación que atraviesa; actos loables de los que no se desprende la causación de perjuicio moral alguno que deba ser indemnizado, lo que conduce de manera inevitable a la negación de la pretensión indemnizatoria estudiada por parte de los mencionados.

3. DEL DAÑO EMERGENTE.

Ahora, en cuanto con la pretensión concerniente al reconocimiento de los gastos en los que incurrió el extremo actor, al agotar la conciliación como requisito de procedibilidad, basta con señalar que tales erogaciones no corresponden a un perjuicio material en la modalidad de daño emergente, como se solicita en la demanda, sino que las mismas hacen parte de las costas, específicamente de las expensas, pues incumben a “gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo”⁶³ y, por tanto, no se accederá a tal pedimento.

⁵⁹ Insertado en la historia clínica allegada al proceso.

⁶⁰ Hijo de Martha Giraldo.

⁶¹ Padre de David Calderón y ex esposo de Martha Giraldo.

⁶² Ambas amigas de Martha Giraldo.

⁶³ Corte Constitucional, Sentencia C-089 de 2002.

F. DE LOS LLAMAMIENTOS EN GARANTÍA.

Finalmente, en relación con el llamamiento en garantía realizado por Salud Total EPS a la Caja de Compensación Familiar de Caldas - Confa, debe recordarse que, conforme se anotó en precedencia, en el presente asunto la responsabilidad reclamada y que, además, se halló estructurada, no está originada en la falla médica, evento en el cual habría lugar a estudiar de manera específica las atenciones médicas brindadas por la última de las citadas entidades, ni tampoco en el incumplimiento de alguno de los deberes de dicha IPS; sino en las deficiencias administrativas encontradas en la prestación de los servicios de salud a la señora Martha Giraldo, que se encuentra a cargo de la EPS demandada, razón por la cual se torna inane entrar a analizar la figura procesal en comento, así como el llamamiento en garantía realizado por la Caja de Compensación Familiar de Caldas - Confa a Allianz Seguros S.A.

Corolario de lo esgrimido, el Tribunal revocará el fallo impugnado y, en su lugar, **(i)** declarará la prosperidad parcial de la excepción denominada “Ruptura del nexo de causalidad frente a la existencia de una ‘causa ajena’ o ‘causa extraña’” y la improsperidad de los demás medios de defensa propuestos; **(ii)** declarará que Salud Total EPS es civil y contractualmente responsable de los daños morales causados a Martha Adriana Giraldo Alzate, en los términos detallados anteriormente; **(iii)** condenará a la citada EPS a pagar a Martha Adriana Giraldo Alzate la suma de DIEZ MILLONES DE PESOS M/CTE. (\$10.000.000), por concepto de daño moral; **(iv)** negará las demás pretensiones de la demanda; y **(v)** condenará a la entidad demandada a pagar las costas de ambas instancias a favor de Martha Adriana Giraldo Alzate, en un 30% y, asimismo, condenará a los demandados David Calderón Giraldo, Germán Darío Calderón Castaño, Liliana Restrepo Ríos y Yei Denisse Mejía Giraldo a pagar las costas de ambas instancias a favor de Salud Total EPS.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en Sala de Decisión Civil-Familia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia emitida el 26 de abril de 2021, por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Manizales, dentro del proceso de la referencia.

SEGUNDO: DECLARAR la prosperidad parcial de la excepción denominada “Ruptura del nexo de causalidad frente a la existencia de una ‘causa ajena’ o ‘causa extraña’”.

TERCERO: DECLARAR la improsperidad de los demás medios de defensa propuestos.

CUARTO: DECLARAR que Salud Total EPS es civil y contractualmente responsable de los daños morales causados a Martha Adriana Giraldo Alzate, en los términos detallados en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: CONDENAR a Salud Total EPS a pagar a Martha Adriana Giraldo Alzate la suma de DIEZ MILLONES DE PESOS M/CTE. (\$10.000.000), por concepto de daño moral; suma que deberá ser cancelada dentro de los seis (6) días siguientes a la ejecutoria de esta decisión y, una vez fenecido ese término, comenzarán a causarse intereses civiles moratorios del 6% efectivo anual.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: CONDENAR a Salud Total EPS a pagar las costas de ambas instancias a favor de Martha Adriana Giraldo Alzate, en un 30%.

OCTAVO: CONDENAR a los demandados David Calderón Giraldo, Germán Darío Calderón Castaño, Liliana Restrepo Ríos y Yei Denisse Mejía Giraldo a pagar las costas de ambas instancias a favor de Salud Total EPS.

NOVENO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de Origen, una vez se fijen las agencias en derecho por la Magistrada Sustanciadora, en lo que atañe a costas de segunda instancia, conforme lo prevé el artículo 366 del C. G. del P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LAS MAGISTRADAS,

SANDRA JAIDIVE FAJARDO ROMERO

SOFY SORAYA MOSQUERA MOTOA

ÁNGELA MARÍA PUERTA CÁRDENAS

Firmado Por:

**Sandra Jaidive Fajardo Romero
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 8 Civil Familia
Tribunal Superior De Manizales - Caldas**

Sofy Soraya Mosquera Motoa

**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala Despacho 004 Civil Familia
Tribunal Superior De Manizales - Caldas**

**Angela Maria Puerta Cardenas
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 6 Civil Familia
Tribunal Superior De Manizales - Caldas**

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:

a8fe1d6a52701b59576675fe17d53f67ebfa892816065a9ff72aafec16ee3056

Documento generado en 25/11/2021 10:09:43 AM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**