

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

SALA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA

Magistrado Ponente: ROBERTO CARLOS OROZCO NÚÑEZ

Ref. RC Médica Ángel Miguel Ortiz Argüello y otros vs Coosalud EPS y otros
Rad. 540013153001-2018-00214-01 - Rad 2 Instancia 2022-00137-01

San José de Cúcuta, Once (11) de
Enero de dos mil veintitrés (2023)

Decídese a continuación la apelación que los demandantes dirigieron respecto del veredicto que el Juez Primero Civil del Circuito de Cúcuta pronunció en audiencia del 16 de Febrero del año anterior. A través suyo fue definida la demanda declarativa de responsabilidad civil médica presentada por Miguel Ángel Ortiz Argüello, Jennifer Kathi, Brayan Alejandro, Franklin Antonio y Ángel Miguel Ortiz Ortiz. Intervienen como demandados Coosalud E.P.S, Vihonco IPS y Clínica de Cancerología de Norte de Santander; mientras que Chubb Seguros Colombia y Seguros Generales Suramericana hacen las veces de llamadas en garantía.

ANTECEDENTES

1.- El litigio referido fue promovido por los nombrados accionantes, quienes en sus condiciones de compañero permanente e hijos de Martha Ortiz Ballesteros, piden que los aludidos demandados sean declarados civilmente responsables del fallecimiento de esta última. Exigen, en consecuencia, una indemnización total del \$1.417.361.181, calculados a razón de 100 y 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno -incluyendo a la propia finada-, a título de daño moral y a la vida de relación -en su orden-; más \$15.698.881 por lucro cesante.

2.- La *causa petendi* admite este resumen:

Doña Martha Ortiz Ballesteros hacía vida marital con Miguel Ángel Ortiz Argüello, y de esa unión procrearon a Brayan Alejandro, Jennifer Kathi, Franklin Antonio y Ángel Miguel Ortiz Ortiz. Accedía al Sistema General de Seguridad Social en Salud por medio de Caprecom, y una vez esta entró en liquidación fue trasladada a Coosalud a inicios de 2016.

El 2 de Mayo de 2015 se le practicó a Martha en la clínica Santa Ana una ecografía mamaria, la cual permitió detectarle una masa en el seno derecho. El 30 de Septiembre siguiente Caprecom la remitió a la IPS Vihonco, siendo diagnosticada de "CA DE MAMA Estadio IIIB T4A N2MX" por la Dra. Luz Adriana Zuluaga Patiño. Para el tratamiento se solicitó por la profesional la realización de "Hormonal HER KI 67, Gamagrafía Osea, Ecocardiograma, Laboratorios, de manejo neo adyuvancia con paclitaxel semanal 12 ciclos + cirugía control con resultados".

Sin embargo, mientras se encontraba en pleno proceso de quimioterapias sobrevino la liquidación de Caprecom a inicios de Enero de 2016, lo que implicó que la realización de aquellas fuera interrumpida. Pasó, entonces, a ser afiliada de Coosalud EPS, que el 20 de Enero del mismo año la remitió a la Clínica de Cancerología de Norte de Santander. Allí fue atendida por el oncólogo Hernán Rodríguez, quien ratificó el diagnóstico de cáncer amparado en el historial de atenciones prestadas anteriormente. Por ende, el 1 de Febrero siguiente se reanudaron las quimioterapias en la IPS en alusión, de las cuales se realizaron un total de 5 ciclos que culminaron el 12 de Mayo.

El 27 de Mayo postrer el mismo doctor Rodríguez anotó en la historia de la señora Ortiz Ballesteros lo siguiente: "habiendo recibido cinco ciclos de TCH donde describe paciente del seno derechos. En la destaca PROGRESION de masa TUMORAL DURANTE LA QT herceptin incluso infiltrando la PIEL DEL SENO CONTRALATERAL. Pido valorado MASTOLOGIA, TAC DE TORAX, TAC DE ABDOMEN, ECOCARDIOGRAMA Y TRASTUZUMAB AMTANSTINE...". Tras ello se le practicó un sexto ciclo de quimioterapias el 10 de Junio y el tratante puso en evidencia el 19 de Septiembre que la paciente no había podido ser operada por "múltiples problemas administrativos con la eps". Así como que en todo caso se le habían realizado una radioterapia con la cual "ha mejorado desde el punto de vista de control sintomático". La última nota referenciada en el libelo data del 2 de Febrero de 2017, y es la siguiente:

El 24/01/2017 se está aplicando kadcyta que inicio en noviembre de 2016 del que recibió tres aplicaciones. Describe paciente que la masa tumoral ha empeorado. Trajo video {herida cubierta} donde destaca gran masa tumoral. En la ef. Destaca olor fétido además de masa tumoral en abdomen: Ayer empezó radioterapia para su manejo sintomático CONSIDERO no es clara progresión vs irregularidad en el tratamiento por lo continuo con kadcyta. Pido atención domiciliaria por médico y además cuidados enfermería, doy manejo para el dolor con oxicodona."

Con sustento en esa presentación de los detalles relevantes del caso, en el libelo se identifican las razones que a juicio de su redactora hacen evidente la falla médica que condujo al deceso de la señora Ortiz Ballesteros, acontecido el 20 de Febrero de 2018. Tales razones son: (i) entre el diagnóstico del cáncer y el inicio de las quimioterapias medió un lapso de 5 meses, tardanza esta que se atribuye a Vihonco; (ii) pese a que el tratamiento contemplaba un total de 12 ciclos de quimioterapia, esa misma IPS lo suspendió

cuando apenas iba en el tercer ciclo "debido a problemas administrativos con la EPS CAPRECOM"; y (iii) Coosalud también puso problemas para la autorización de cirugías y toma de exámenes, lo que motivó la interposición de una acción de tutela fallada a favor de la paciente el 16 de Junio de 2016, con orden de tratamiento integral.

LA ACTUACIÓN PROCESAL

1.- El trámite de la cuestión resultó asignado al Juzgado Primero Civil del Circuito con sede en esta ciudad, cuyo titular le dio admisión al libelo mediante auto del 16 de Agosto de 2018. Los demandados todos fueron notificados personalmente y se opusieron al acogimiento de las súplicas, así:

1.1.- La primera en pronunciarse fue la Clínica de Cancerología de Norte de Santander, cuyo vocero propuso las excepciones de (i) ausencia de nexo causal; (ii) inexistencia de solidaridad; (iii) ausencia de culpa, y (iv) hecho de un tercero. Para darles contenido dijo que conforme a la narración efectuada en el libelo, no había tenido intervención en la causación de los daños. Ello teniendo en cuenta que estos últimos se atribuyen a la IPS Vihonco por la demora en iniciar el tratamiento de quimioterapia y su posterior interrupción por los problemas administrativos con Caprecom.

A fin de demostrar la ausencia de culpa y la inexistencia de solidaridad, alegó que desde Febrero de 2016 le prestó a la familiar de los actores los servicios de quimioterapia, previa autorización de Coosalud. Añadiendo que las atenciones del personal médico y de enfermería fueron diligentes, cuidadosas y oportunas, tanto que -reitera- en la demanda no se le hace reproche alguno. A modo complementario agregó que no tiene habilitación para prestar los servicios de mastología, tac de tórax, tac de abdomen, ecocardiograma y trastuzumab emtansine, lo que ameritaba que la EPS los autorizara para que fueran prestados en otra IPS.

En escrito separado hizo llamamiento en garantía a Seguros Generales Suramericana, al que se le dio visto bueno mediante auto del 25 de Junio de 2019. La llamada solicitó que en caso de sobrevenir un fallo adverso que activara su responsabilidad, se tuvieran en cuenta la vigencia, cobertura, condiciones generales, límites, amparos y exclusiones pactadas en la póliza respectiva. Propuso, además, la excepción de exceso en la estimación de los perjuicios reclamados en la demanda.

1.2.- Luego se recibió la réplica de Coosalud, que excepcionó (i) ausencia de falla probada en el servicio; (ii) demostración de diligencia y cuidado por parte de la eps; (iii) deber de autocuidado del paciente, y (iv) indebida acumulación de pretensiones.

Para darles soporte precisó que con arreglo a la historia clínica de doña Martha, su diagnóstico inicial fue de carcinoma de mama derecho ductal (de los conductos de mama) infiltrante, también llamado invasivo, que ya se había propagado hacia el tejido circundante. Sumado a que el 30 de Septiembre de 2015 se determinó que la enfermedad estaba en estadio IIIB, lo que significa que el cáncer ya tiene un compromiso mayor por haberse diseminado a los ganglios o a otros tejidos como la piel o la pared del tórax. Con base en ello sostiene que no existió una adecuada prevención por parte de la paciente, pues para cuando acudió al médico su estado era avanzado e irreversible por no haber sido detectado a tiempo.

Luego señaló que la atención principió en Vihonco por cuenta de Caprecom, registrando la historia que el tratamiento fue irregular. Que tras la liquidación de esta última recibió a la paciente por asignación directa del Gobierno Nacional a partir del 1 de Enero de 2016, padeciendo para ese momento un cáncer de mama en estado avanzado. De allí que el 20 de Enero siguiente, esto es, 11 días después de afiliada, se dio inició a la atención y tratamiento médico que requería en la Clínica de Cancerología de Norte de Santander, que es una institución especializada en el manejo de cáncer. Ulteriormente se le siguió prestando el servicio de manera permanente y continua, asumiendo tanto lo incluido en el plan de beneficios como lo no contemplado.

A modo de complemento dijo que sin mediar un formato de negación del servicio, el 31 de Mayo de 2016 la paciente presentó acción de tutela pidiendo que se ordenara valoración por mastología, exámenes de laboratorio y otras pruebas diagnósticas pedidos por el médico tratante el 27 de Mayo. El 7 de Junio, cuatro días después de interponer la acción constitucional, recibió atención por oncología con remisión a valoración por mastología para mastectomía paliativa, cuyo objeto no es curar la enfermedad sino mejorar la calidad de vida del paciente. El 9 de Junio, esto es, dentro de las 48 horas siguientes, fue valorada por el mastólogo, quien opinó que la extensión de la cirugía era muy grande y al retirar la mama con su piel habría que desplazar piel de zonas adyacentes (colgajo de piel), por lo que recomienda hacer dicho procedimiento en una institución de mayor complejidad como es el Instituto Nacional de Cancerología de Bogotá. No por responsabilidad de la EPS, sino ante la insuficiencia de especialistas en el país, el 30 de Junio fue valorada por un mastólogo adscrito al Centro Nacional de Oncología en Bucaramanga, quien consideró que no era viable la cirugía por cuanto observó que el cáncer presentaba un compromiso muy extenso incluyendo la piel de la clavícula (el hueso del hombro) y el acromion (parte superior de la espalda). Quedando determinado que no se le practicó cirugía inicialmente porque este no fue el tratamiento indicado, de acuerdo al diagnóstico y estadificación del tumor, de acuerdo con la ciencia médica y el concepto de los médicos que la atendieron.

Señaló que en el presente caso no obra prueba fehaciente que determine que existe una falla en el servicio prestado por parte de la EPS a la paciente, ya que la historia clínica que se aportó no viene acompañada de un concepto técnico o médico que permita inferir que efectivamente se dio la presunta responsabilidad médica endilgada. Si bien el médico tratante de la Clínica de Cancerología de Norte de Santander indicó que hubo demoras en la EPS, se refiere a Caprecom y no a Coosalud.

Por último, en cuanto a los perjuicios indicó que fueron indebidamente reclamados. En su opinión el daño moral y a la vida a relación deben tasarse y solicitarse razonadamente dentro de una misma pretensión. Amén que las cuantías fijadas exceden flagrantemente las tarifas que jurisprudencialmente han sido aceptadas.

1.3.- La IPS Vihonco hizo lo propio valida del auxilio de la profesional que escogió para ese menester. A modo de oposición planteó las excepciones de (i) inexistencia de la conducta del demandado; (ii) ausencia del factor de imputabilidad (ausencia de culpa); (iii) ausencia de nexos causal; (iv) tasación excesiva de los perjuicios, y (v) falta de legitimación en la causa.

Admite haber atendido a la paciente por cuenta de Caprecom, recibéndola el 30 de Septiembre de 2015 con diagnóstico de CA de Mama Estadio IIIB -fase final de la enfermedad-. Dice que la atención brindada fue oportuna y de acuerdo con los servicios previamente establecidos en el contrato celebrado con la mentada EPS, antes de ser liquidada.

Asegura que la prestación del servicio fue totalmente diligente y de acuerdo con las guías y manuales que rigen los tratamientos oncológicos. El cuerpo médico cumplió cabalmente con su obligación de medios, poniendo a disposición de la paciente cada una de las herramientas, conocimientos, recursos y demás que estaban a su alcance en búsqueda de una mejoría. Estima, en consecuencia, que la falla médica que los demandantes le atribuyen es mas una afirmación cimentada en una opinión de su apoderada, que un verdadero hecho. Amén que esa demora de 5 meses en el inicio de la quimioterapia resulta atribuible realmente a Caprecom.

Hace ver que no fue la negligencia de los médicos o mala praxis la que ocasionó la muerte de la paciente, sino la propia enfermedad que por su estado avanzado desembocó en ese resultado.

En escrito separado hizo llamamiento en garantía a la Aseguradora Solidaria de Colombia y Chubb Seguros Colombia S.A, admitido en auto del 25 de Junio de 2019. La Aseguradora Solidaria de Colombia se opuso a las pretensiones de la demanda principal y coadyuvó las excepciones presentadas por Vihonco. Cuestiono también lo que pretende alcanzar el

llamante en garantía, para lo cual alegó las excepciones de (i) inexistencia de obligación en cabeza de la aseguradora y de un siniestro amparado por ausencia de cobertura con base en las pólizas de responsabilidad expedidas; (ii) límite de amparos y cobertura; (iii) ausencia de prueba y/o inexistencia de los presuntos perjuicios sufridos por los demandantes y (iv) subsidiariamente tasación excesiva de los presuntos perjuicios sufridos por los demandantes.

Chubb de Colombia formuló este medio exceptivo contra el llamamiento: ausencia de cobertura de la póliza. Lo justificó argumentando que el seguro que intenta afectarse no estaba vigente para la fecha de la reclamación, sumado a que el hecho tampoco ocurrió durante su vigencia o periodo de retroactividad (modalidad claims made). Coadyuvó, eso sí, la defensa encaminada a enervar las pretensiones del libelo.

2.- Trabado el litigio y recibida la respuesta de los demandantes en torno a las excepciones, fue programada la audiencia inicial y la de instrucción y juzgamiento. Superadas las vicisitudes y dificultades que trajo consigo el Covid-19, la primera de ellas fue llevada a cabo el 19 de Noviembre de 2021, recibándose los interrogatorios de los demandantes Miguel Ángel Ortiz Argüello, Ángel Miguel y Franklin Antonio Ortiz Ortiz, así como el de los representantes legales de las entidades demandadas y llamadas en garantía. Y después de ella se hizo la de instrucción y juzgamiento, aunque en varias sesiones, lográndose obtener los testimonios de los médicos Hernán Rodríguez y Luz Adriana Zuluaga.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

1.- La primera instancia fue fulminada mediante sentencia dictada en audiencia llevada a cabo el 16 de Febrero de 2022, que resultó desestimatoria de las súplicas. En efecto, fueron tenidas como probadas las excepciones de ausencia de nexo causal y de culpa (propuestas por Clínica de Cancerología de Norte de Santander); ausencia de falla probada en el servicio y demostración de diligencia y cuidado (alegada por Coosalud); y ausencia de imputabilidad e inexistencia de la conducta del demandado (presentada por Vihonco). A esa conclusión arribó el juez de primer nivel tras cavilar lo siguiente:

Se ocupó delantadamente de presentar unas reflexiones en torno de la responsabilidad de las EPS e IPS, auxiliado para ello en jurisprudencia pertinente al tema. Al respecto dijo que con la expedición de la ley 100 de 1993 la responsabilidad entre ellas era institucional ante el usuario, porque se responde civilmente ante éste cuando se le causa un daño por deficiencia en el servicio: (i) del profesional - médico, (ii) de la institución prestadora del servicio de salud a la cual se encuentra vinculado el profesional, y (iii) de la empresa promotora de salud a la que está vinculado el usuario o beneficiario. Hecho esto descartó la falta de legitimación en causa por pasiva alegada

por Vihonco IPS, así como la de inexistencia de solidaridad asumida por la Clínica de Cancerología de Norte de Santander.

De la mano con tales explicaciones dejó sentado que la tipología de responsabilidad que guiaba el caso era la civil extracontractual con culpa probada, establecida en el artículo 2341 del Código Civil, que exige demostrar daño, culpa y nexo causal. Destacó que pese a que en el libelo demandatorio se aduce una responsabilidad contractual, se observaba que las personas que fungen como demandantes estaban solicitando la reclamación de sus propios daños dado que su requerimiento estaba al margen de cualquier vínculo jurídico que pudiera existir en forma previa entre la víctima fatal y los demandados.

Acto seguido se adentró en el estudio de los elementos de la acción, explicando que el daño se encontraba suficientemente probado gracias a la copia del certificado de defunción que acredita el deceso de Martha Ortiz el 20 de Febrero de 2018. Ello causó una afectación moral a los demandantes por el cercano ligamen que los unía con la finada.

Descartó, en cambio, el nexo causal entre la mala praxis atribuida a los demandados y el desenlace fatal motivante del pleito. En efecto, tomando como fundamento la historia de la paciente y complementándola con la versión de los galenos que la atendieron, expuso que:

(i) En la demanda se afirma que el 2 de Mayo de 2015 fue descubierta la masa que afectaba a doña Martha, gracias a una ecografía mamaria realizada en la clínica Santa Ana de esta ciudad. Sin embargo, ha de ser ese un hecho que no está refrendado en su historia clínica, pues lo que allí se indica es que la presencia del tumor maligno (carcinoma ductal infiltrante mamario derecho - grado II) se detecta a través del diagnóstico expedido por el doctor Pedro E. Pérez C., fechado 31 de Agosto de dicho año e impreso el 11 de Septiembre siguiente. Cuestión esta que, además, encuentra respaldo en lo que atestiguaron los médicos Rodríguez Ramírez y Zuluaga Patiño.

(ii) Ese mismo documento deja ver que desde el 30 de Septiembre de 2015 -fecha en que la paciente hizo presencia por primera vez en la IPS Vihonco- y hasta el 15 de Diciembre postrer, se le brindó una atención oportuna, continua y adecuada para el tratamiento de la enfermedad. Fuera de ello, con la declaración rendida por la Dra. Luz Adriana Zuluaga Patiño -tratante en esa institución- se devela que para la fecha del diagnóstico la enfermedad se encontraba en estadio IIIB -muy avanzado-, y con compromiso en la piel y los ganglios linfáticos. Lo que implicó que no se contemplara la viabilidad de una intervención quirúrgica por cuanto toda la mama estaba comprometida, que la paciente no respondiera a las primeras cuatro quimioterapias realizadas y se comenzara con un tratamiento con medicamentos más agresivos, lo cual

posteriormente se vio interrumpido a causa de la liquidación de Caprecom.

(iii) También está probado que la recién mentada EPS fue liquidada en Diciembre de 2015, en los términos contenidos en el Decreto 2519 de tal año. Así como que Martha Ortiz fue adscrita a Coosalud de inmediato, por lo que fue remitida a la Clínica de Cancerología de Norte de Santander para proseguir con el tratamiento, siendo atendida por el doctor Hernan Rodríguez Ramírez.

(iv) La historia clínica igualmente refleja todos los servicios brindados en dicha IPS a partir del 20 de Enero de 2016. Para ese momento, según versión del citado galeno, el cáncer aún se encontraba en estadio IIIB. Ante ello se optó por iniciar un tratamiento de quimioterapia diferente al que se hizo en Vihonco, así como generar una solicitud de valoración por mastología en Mayo de 2016. Con todo, como pese a las varias alternativas de atención la paciente seguía sin obtener respuesta favorable, se optó por suministrarle un tratamiento sistemático que le permitiera vivir mejor.

(v) Documentalmente está respaldado que por acatamiento de un fallo de tutela del 14 de Junio de 2016, la familiar de los demandantes fue valorada por oncología y mastología. Por parte de esta última especialidad se consideró que era riesgoso realizar una mastectomía debido al estado en que se encontraba el cáncer. Y de allí doña Martha fue atendida en el Centro Nacional de Oncología de Bucaramanga, con primera consulta el 8 de Agosto siguiente y la última el 17 de Febrero de 2017.

Tomando como fundamento lo que se tenía en la historia clínica, concluyó que no había certeza que la irregularidades atribuidas a las accionadas hubieran tenido incidencia causal en el agravamiento de su estado y el posterior desenlace indeseado. Sumado a que no puede predicarse el incumplimiento de los deberes incumbentes a las IPS y EPS demandadas, puesto que su obligación con la paciente era de medios que no de resultado.

2.- Inconformes, los demandantes interpusieron la apelación que hizo llegar el caso hasta esta instancia, acompañada de los reparos concretos formulados oportunamente. A dicho recurso se le dio admisión en auto del pasado 26 de Mayo, tras cuya notificación se cumplió con efectuar la sustentación por escrito de que trata el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, vigente a la sazón. Los embates dirigidos contra el racionio del fallador son los siguientes:

A) El desatino denunciado recae en no haberse dado valor probatorio a la historia clínica de Marta Ortiz Ballesteros aportada como prueba al expediente. Estiman los recurrentes que a través de ella se prueba que existieron demoras en la prestación al servicio de salud que generaron padecimientos, agravación y posterior muerte de la paciente.

B) Así mismo haberse exigido por el *a quo* un dictamen pericial para poder probar la culpa de las entidades demandadas, cuando obran los testimonios de los dos profesionales que atendieron a su ser querido. Aquellos fueron explícitos al hacer una reseña de la enfermedad y emitir conceptos técnicos claros y precisos relacionados con el caso. Así se demuestra que la inadecuada prestación del servicio desencadenó la falta de oportunidad de la señora Ortiz Ballesteros de recuperar su salud y/o tener una buena calidad de vida.

C) Critican al sentenciador por no haber dado valor probatorio a la acción de tutela allegada tramitada contra Coosalud. En su opinión, una acertada contemplación de ese elemento habría permitido concluir que no hubo una buena atención, y que esta no fue prioritaria sino tardía.

3.- Cumplidos los ritos incumbentes con la publicidad y contradicción de la apelación presentada, se pasa ahora a definir la segunda instancia, previas estas:

CONSIDERACIONES

1.- Una de las bases sobre las que se cimienta el régimen de las obligaciones propio del derecho civil colombiano, es que quien culposamente le causa un daño a otro, debe reparar, indemnizar o desagraviar al dañado. Esa reparación, dada la imposibilidad fenomenológica de restablecer el estado de cosas a la manera en que se encontraban antes del perjuicio, las más de las veces se hace por equivalente, y el equivalente es el dinero. La reparación, por lo demás, debe ser integral, cobijando las afectaciones puramente patrimoniales así como las subjetivas. La ley, doctrina y jurisprudencia, reconocen actualmente que los conceptos indemnizables son: daño emergente, lucro cesante, daños morales y daño a la vida de relación.

Y con ocasión del ejercicio de la medicina, así como de cualquier otra profesión u oficio reconocido en el país, como la abogacía, las ingenierías, la arquitectura, la administración y todas las demás, es posible que se le irroque un perjuicio ilegítimo a otra persona -a un paciente, concretamente-, y que el médico se encuentre en la obligación de indemnizar los daños derivados de su actuar. La responsabilidad médica describe un escenario en donde campean los mismos elementos de toda acción resarcitoria y, por supuesto, cuando se ha infligido daño a una persona, surge el deber de indemnizar. Lo dicho porque quien ejerce la profesión galénica *"asume el compromiso principal de buscar la preservación o la recuperación del estado de salud del paciente, mediante el desarrollo de las diversas conductas que conforman el llamado acto médico (auscultación, diagnóstico, pronóstico y tratamiento, entre otros)"*¹.

¹ CSJ-CSC Sentencia fecha 05-11- 2013, Expediente. 2005-00025-01.

Actividad que le puede generar obligaciones de contenido resarcitorio cuando incurre en fallas ostensibles en la prestación del servicio, por acción u omisión, ya sean producto de un equivocado diagnóstico, tratamiento, procedimiento, control y en general de cualquier otro error en esa ejecución profesional². Sobre el tema dijo la Corte:

«Justamente, la civil médica, es una especie de la responsabilidad profesional sujeta a las reglas del ejercicio de la profesión de la medicina, y cuando en cualquiera de sus fases de prevención, pronóstico, diagnóstico, intervención, tratamiento, seguimiento y control, se causa daño, demostrados los restantes elementos de la responsabilidad civil, hay lugar a su reparación a cargo del autor o, in solidum si fueren varios los autores, pues 'el acto médico puede generar para el profesional que lo ejercita obligaciones de carácter indemnizatorio por perjuicios causados al paciente, como resultado de incurrir en yerros de diagnóstico y de tratamiento, ya porque actúe con negligencia o impericia en el establecimiento de las causas de la enfermedad o en la naturaleza misma de ésta, ora porque a consecuencia de aquello ordene medicamentos o procedimientos de diversa índole inadecuados que agravan su estado de enfermedad, o bien porque ese estado de agravación se presenta simplemente por exponer al paciente a un riesgo injustificado o que no corresponda a sus condiciones clínico - patológicas'''³.

Por otro lado, existe también la denominada responsabilidad clínica o responsabilidad médica institucional, que es la que se predica no del profesional persona natural que directamente atiende al enfermo, sino del hospital o centro médico -persona jurídica o establecimiento de comercio- en que se prestan los servicios. Acerca de esta otra modalidad lo que se tiene previsto es esto:

«Esa responsabilidad no solo se predica de los galenos, en sus diferentes especialidades, pues, los centros hospitalarios están obligados directamente a indemnizar por las faltas culposas del personal a su servicio, toda vez que es a través de ellos que se materializan los comportamientos censurables de ese tipo de personas jurídicas. «Esto aunado a que la relación entre el centro asistencial y el enfermo es compleja, bajo el entendido de que comprende tanto la evaluación, valoración, dictamen e intervenciones necesarias, como todo lo relacionado con su cuidado y soporte en pos de una mejoría en la salud, para lo que aquel debe contar con personal calificado y expertos en diferentes áreas. «Por ese motivo, en este

² El acto médico consiste en "la actividad desplegada en orden a obtener el alivio o la curación del enfermo mediante la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de su enfermedad y, de ser el caso la cirugía que se recomiende". CSJ, Cas. Civ., sentencia de 22 de julio de 2010, reiterada en fallo de 26 de noviembre de 2010, Expediente1999-08667-01

³ CSJ-CSC Sentencia fecha 13-09-2002, Expediente. 6199, reiterada en sentencia de 5-11-2013 Expediente 2005-00025-01.

tipo de acciones se debe examinar si existe entre las partes una vinculación integral o se prescindió de alguno de los servicios ofrecidos, como puede ocurrir cuando el enfermo se interna en una clínica, pero escoge un profesional.

1.1.- Como se desprende de las sentencias de 5 de Marzo de 1940 -que empezó a esculpir la doctrina de la culpa probada- y de la del 17 de Noviembre de 2011, entre otras, los asuntos relativos a la responsabilidad médica se rigen por cuatro reglas fundamentales:

La primera es que cuando una persona acude al servicio médico, ya presenta complicaciones preexistentes o riesgos anteriores para su salud que, desde luego, no son atribuibles al galeno que la atiende.

La segunda consiste en que las obligaciones del médico son de medio, es decir, que en línea de principio su compromiso no es lograr un resultado determinado, sino poner todo su conocimiento y experiencia en la tarea de mejorar la salud del paciente, por lo que basta para tal efecto la diligencia y cuidado que se requieran, sin que, como es lógico, pueda garantizar la curación en razón de que ésta no siempre depende de su accionar, pues pueden sobrevenir circunstancias negativas imposibles de prever o factores externos que, como tales, escapan a su dominio, *verbi gratia*, la etiología y gravedad de la enfermedad, la evolución de la misma o las condiciones propias del afectado, entre otros⁴. Ahora mucho más cuando en el ordenamiento patrio el artículo 104 de la Ley 1438 de 2011 ubica la relación obligatoria médico-paciente como de medios, sobre la base de una competencia profesional, salvo cuando en virtud de las "*...estipulaciones especiales de las partes*" (artículo 1604, *in fine*, del Código Civil), se asumen, por ejemplo, obligaciones de resultado (sistema objetivo).

En materia de responsabilidad médica, los sistemas de imputación que se aplican por excelencia son el subjetivo o con culpa, cuando se está frente al incumplimiento del deber general de cuidado o de obligaciones de medio, como sistema general y tradicional. Y el objetivo o sin culpa, si se está ante un riesgo que permita calificar la actividad como peligrosa o ante el incumplimiento de una obligación de resultado, como caso excepcional.

En punto de las obligaciones de medio, es al demandante a quien le incumbe acreditar la negligencia, impericia o falta de cuidado de los facultativos, mientras en las de resultado, ese elemento subjetivo se presume.

La tercera, apunta a que existen tratamientos e intervenciones que tienen *per se* riesgos inherentes, de los cuales tampoco es responsable el médico, puesto que al

⁴ CSJ-CSC Sentencia fecha 26-11-1996 - Sentencia SC7110-2017, 24-05-2017, Magistrado ponente Luís Armando Tolosa Villavona.

aceptar la intervención, luego de un consentimiento que debe ser debidamente informado, el paciente los asume en virtud de un ejercicio de ponderación propio, en el cual, ante su estado de salud, generalmente prevalece el deseo de ser curado sobre las posibles secuelas.

En atención a que la práctica de la profesión de la medicina comporta la existencia de riesgos inherentes a la planeación y ejecución de ciertos procedimientos, *"los cuales hacen que el daño derivado del acto médico no configure ninguna modalidad de culpa"*, la Corte Suprema de Justicia definió tales riesgos como *"las complicaciones, contingencias o peligros que se pueden presentar en la ejecución de un acto médico e íntimamente ligados con éste, sea por causa de las condiciones especiales del paciente, de la naturaleza del procedimiento, las técnicas o instrumentos utilizados en su realización, del medio o de las circunstancias externas, que eventualmente pueden generar daños somáticos o a la persona, no provenientes propiamente de la ineptitud, negligencia, descuido o de la violación de los deberes legales o reglamentarios tocantes con la lex artis"*⁵.

Y la cuarta -derivada de la anterior- con arreglo a la cual se trata de una responsabilidad con culpa probada, lo que supone que ha de ser el demandante quien lleva la carga de demostrar el obrar desaconsejable del galeno. Sumado a que solo se puede considerar que existe culpa cuando quiera que la conducta del profesional no se acompasa con las reglas técnicas de ejercicio de la actividad, denominadas *lex artis ad hoc*. Estas son definidas por la Corte Suprema de Justicia como los mandatos, parámetros o estándares imperantes conforme al estado actual de la ciencia, el conocimiento científico, el desarrollo, las reglas de experiencia y su particular proyección en la salud de las personas (arts. 12, Ley 23 de 1981 y 8° Decreto 2280 de 1981), incluso éticos componentes de su *lex artis*⁶, respecto de los cuales asume la posición de garante frente a la sociedad y a los usuarios del servicio.

1.2.- Precisamente se viene sosteniendo por la misma Corte de tiempo atrás⁷ que *"Tratando de la responsabilidad civil de los médicos por la prestación del servicio profesional, desde hace algún tiempo, la Corte ha venido predicando que ésta es una responsabilidad que se deduce mediando la demostración de la culpa⁸, independientemente de que la pretensión indemnizatoria tenga una causa contractual o extracontractual"*.

En la providencia referenciada se resalta que *"Este, que pudiera calificarse como el criterio que por vía de principio*

⁵ CSJ-CSC Sentencia de 26-11-2010 Expediente 1999-08667-01, reiterada en fallo de 8-08-2011 Expediente 00778.

⁶ CSJ-CSC Sentencia de 31-03-2003 Expediente 6430)

⁷ CJS.CSC Sentencia 5507 Fecha 30-02-2001 MP José Fernando Ramírez G

⁸ Sentencias donde la tesis de la culpa probada se consolida del 5 de marzo de 1940, 12 de septiembre de 1985, 26 de Noviembre de 1986, 8 de Mayo de 1990, 12 de Julio de 1994 y 8 de septiembre de 1998.

general actualmente sostiene la Corte, se reitera en sentencia de 12 de septiembre de 1985 (G.J. No.2419, págs. 407 y s.s.), afirmándose que el médico tan solo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo; de suerte que, en caso de reclamación, éste deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación”.

Ampliando sus explicaciones, también tiene definido la jurisprudencia⁹ que la responsabilidad médica surge cuando no se ha observado la diligencia debida en la prestación de los servicios médicos requeridos por la *lex artis*, por cuanto “... no puede estar sujeta a modelos prefigurados de responsabilidad, ni a estándares predeterminados de culpa; pues aquí no se trata de una culpa ordinaria sino de una profesional que debe ser estimada a la luz de la complejidad de la ciencia, y a su estado para el momento en que se aplicó”, teniendo presente que las obligaciones que asume el médico son de medio y no de resultado. Sobre el tema en el año 2011 se pronunció así:

“...para el juzgamiento de los profesionales de la ciencia médica en el ámbito de la “responsabilidad civil”, por regla general, ha de tomarse en cuenta la “responsabilidad subjetiva” basada en la culpa o negligencia, constituyendo la “lex artis” parámetro preponderante para su determinación, en armonía con los “deberes médicos”, criterio este observado en la mayoría de países, aunque con la aceptación de teorías que en cada caso en concreto conducen a la flexibilización de la carga probatoria”¹⁰.

1.3.- En el punto específico de la imputación, debe decirse que conforme a la regla general que impera en el sistema jurídico de derecho privado colombiano, la responsabilidad civil del médico no puede ser declarada si no media culpa de su parte. Por consiguiente, en reciente sentencia se dijo por la Sala de Casación Civil que:

“... la imputación subjetiva de los galenos debe construirse comparando su proceder con el que habría desplegado un colega de su especialidad, con un nivel promedio de diligencia, conocimientos, habilidades, experiencia, etc., en caso de haberse enfrentado, hipotéticamente, al cuadro clínico del paciente afectado. Esto explica la referencia a una *lex artis ad hoc*, que no es otra cosa que evaluar la adecuación de las actividades del personal de salud de cara a la problemática específica de cada persona sometida a tratamiento, observando variables como su edad, comorbilidades, diagnóstico, entre otras que puedan identificarse para cada evento concreto.

En los juicios de responsabilidad médica, entonces, se torna necesario determinar la conducta (abstracta) que

⁹ CSJ-Sala Cas. Lab. Sent. 22/enero/08, MP Eduardo López Villegas, exp. 30621

¹⁰ CSJ-CSC Sentencia fecha 01-12-2011 Expediente No. 05001-3103-008- 1999-00797-01 M.P: Ruth Marina Díaz Rueda

habría adoptado el consabido profesional medio de la especialidad, enfrentado al cuadro del paciente, y atendiendo las normas de la ciencia médica, para luego compararlo con el proceder del galeno enjuiciado, parangón que ha de permitir establecer si este último actuó, o no, de acuerdo con el estándar de conducta que le era exigible¹¹. Si lo primero, no podrá concretarse la responsabilidad civil; si lo segundo, será necesario entroncar su "culpa", en el sentido explicado, con el resultado dañoso alegado en la demanda¹²"

1.4.- De otra parte, se ha dicho por la Corte que en este tipo de responsabilidad, como en cualquiera otra, deben concurrir todos los elementos o presupuestos materiales para el éxito de la pretensión. Advirtiéndose con relación a la responsabilidad extracontractual por el acto defectuoso o inapropiado del médico, que no puede asimilarse a las que la doctrina ha clasificado como peligrosas, descartando así la aplicabilidad de presunciones de culpa, como las colegidas del artículo 2356 del Código Civil.

De allí que aunque por regla general el *onus probandi* permanezca inmodificable, casos habrá en donde obrarán presunciones judiciales y otros en que podrá aplicarse el sistema de la carga dinámica de la prueba, para exigir de cada una de las partes dentro de un marco de lealtad y colaboración, y dadas las circunstancias de hecho, la prueba de los supuestos configurantes del tema de decisión. Añadiendo que todo ello *"...teniendo en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica, complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como el tiempo y el lugar del ejercicio, puesto no de otra manera, con justicia y equidad, se pudiera determinar la corrección del acto médico (lex artix)"*.

Respecto a este tipo especial de responsabilidad expuso que:

«'(...) los presupuestos de la responsabilidad civil del médico no son extraños al régimen general de la responsabilidad (un comportamiento activo o pasivo, violación del deber de asistencia y cuidado propios de la profesión, que el obrar antijurídico sea imputable subjetivamente al profesional, a título de dolo o culpa, el daño patrimonial o extrapatrimonial y la relación de causalidad adecuada entre el daño sufrido y el comportamiento médico primeramente señalado), y que en torno a este panorama axiológico debe operar el principio de la carga de la prueba (artículo 177 del Código de Procedimiento Civil), visto con un sentido dinámico,

¹¹ En cualquier caso, no pueden obviarse algunos criterios de flexibilización de la prueba de la culpa, como las presunciones judiciales que surgen de la aplicación de la doctrina de la culpa virtual, o *res ipsa loquitur*, operante en supuestos como el oblitio quirúrgico (Cfr. CSJ SC7110-2017, 24 may.).

¹² CSJ-CSC- Sentencia SC4425-2021 Fecha 05-10-2021. Radicado 08001310301020170026701 MP Luis Alfonso Rico Puerta-

socializante y moralizador, esto es, distribuyéndola entre las partes para demandar de cada una la prueba de los hechos que están en posibilidad de demostrar y constituyen fundamento de sus alegaciones, pues éste es el principio implícito de la norma cuando exonera de prueba las afirmaciones o negaciones indefinidas, precisamente por la dificultad de concretarlas en el tiempo o en el espacio, y por ende probarlas, resulta pertinente hacer ver que el meollo del problema antes que en la demostración de la culpa, está es en la relación de causalidad entre el comportamiento del médico y el daño sufrido por el paciente, porque como desde 1940 afirmo la Corte en la sentencia del 5 de marzo, que es ciertamente importante, "el médico no será responsable de la culpa o falta que se le imputan, sino cuando éstas hayan sido determinantes del perjuicio causado"¹³.

De este modo se ha acrisolado por la Corte que el debate procesal ordinariamente se centrará en la demostración del actuar culposo del galeno demandado, entendido como la inobservancia de la *lex artis ad hoc*, y su vínculo de causalidad con el menoscabo anunciado en la demanda, donde entran en juego los deberes jurídicos de atención y cuidado que en el caso concreto hubo de asumir el médico y el fenómeno de la imputabilidad, es decir, la atribución subjetiva, a título de dolo o culpa¹⁴. Aunque correlativamente el demandado podrá exonerarse de responsabilidad demostrando diligencia y cuidado (como conducta contraria a una culposa), causa extraña (que rompe el nexo causal o el de imputación), hecho justificativo (que rompe el nexo de imputación), o la inexistencia del daño y el perjuicio.

Sin admitirse como lo tiene sentado la misma jurisprudencia "*...un principio general encaminado a establecer de manera absoluta una presunción de culpa de los facultativos (sentencias de 5 de marzo de 1940, 12 de septiembre de 1985, 30 de enero de 2001, entre otras),*"; ni se oponga a "*que el juez, con sujeción a las normas jurídicas y de la mano de las reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica, deduzca ciertas presunciones (simples o de hombre) relativas a la culpa galénica; o que lo haga a partir de indicios endoprocesales derivados de la conducta de las partes (artículo 249 Ibídem); o que acuda a razonamientos lógicos como el principio res ipsa loquitur (las cosas hablan por sí mismas)*"¹⁵.

2.- En lo que concierne a la Responsabilidad Civil Médica respecto de los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud, se debe recordar que con la Ley 100 de 1993 se crea el Sistema de Seguridad Social Integral conformado con los regímenes de pensiones, salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios definidos por la ley para

¹³ CSJ-CC Sentencia del 30-01-2001 Radicado No. 5507. MP Dr. José Fernando Ramírez G.

¹⁴ CSJ-CSC- Sentencias SC4425-2001 fecha 05-10-21 Expediente 080013103010201700267-01 MP Luis Alfonso Rico Puerta y 5507 Fecha 30-02-2001 MP José Fernando Ramírez G

¹⁵ CSJ-CC Sentencia de 22 de julio de 2010, Expediente 41001-3103 004-2000-00042-01.

la efectiva realización de los principios de solidaridad, universalidad y eficiencia enunciados en el artículo 48 de la Constitución Política. En este sentido, la prestación de los servicios médicos dejó de ser una labor individual para convertirse en una actividad empresarial, colectiva e institucional, que abrió paso a lo que hoy se denomina "macro medicina", en la que el enfermo ya no es considerado un paciente sino un cliente más dentro del engranaje económico que mueven grandes organizaciones, y en la que el usuario no acude ante su médico de confianza sino ante una estructura corporativa que relegó el factor *intuitio personae* a su más mínima expresión.

2.1.- Para la Corte el vínculo jurídico que surge entre los usuarios y el sistema de salud entraña una relación **especial de origen legal y reglamentario**. Sin embargo, respecto del incumplimiento a las obligaciones contenidas en un contrato de prestación de servicios de salud, se ha concretado que:

"La responsabilidad de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), es contractual o extracontractual. Con relación al afiliado o usuario, la afiliación, para estos efectos, materializa un contrato, y por tanto, en línea de principio, la responsabilidad es contractual, naturaleza expresamente prevista en los artículos 183 de la Ley 100 de 1983 que prohíbe a las EPS "en forma unilateral, terminar la relación contractual con sus afiliados", y los artículos 16 y 17 del Decreto 1485 de 1994, relativos a los "contratos de afiliación para la prestación del Plan Obligatorio de Salud que suscriban las Entidades Promotoras de Salud con sus afiliados" y los planes complementarios. Contrario sensu, la responsabilidad en que pueden incurrir las Entidades Promotoras de Salud (EPS) respecto de terceros perjudicados por los daños al afiliado o usuario con ocasión de la prestación de los servicios médicos del plan obligatorio de salud, es extracontractual. (Resalta el Despacho)¹⁶.

Pertinente advertir que en las voces del artículo 177 de la Ley 100 de 1993 (D.O. 41148, 23 de diciembre de 1993) la función básica de las Entidades Promotoras de Salud de "organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados", y la de "establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud" (artículo 177, núm. 6°, *ibidem*, subraya la Sala). Lo que les impone el deber legal de garantizar la calidad y eficiencia de los servicios de salud, por cuya inobservancia comprometen su responsabilidad, sea que lo presten directamente o mediante contratos con las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) y profesionales respectivos

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia del 17 de noviembre de 2011. Exp. 1999- 533 M.P. William Namén Vargas.

(artículo 179, *ejusdem*, como lo reconoce la jurisprudencia de la CSJ)¹⁷.

2.2.- En cuanto a la función de las IPS dice la jurisprudencia que la ley las convierte en guardianas de la atención que prestan a sus clientes, por lo que habrán de responder de manera solidaria si se demuestran en el proceso los demás elementos de la responsabilidad a su cargo, toda vez que las normas del sistema de seguridad social les imponen ese deber de prestación del servicio. Sobre el tema la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia dejó claro que:

*"...la prestación de los servicios de salud garantizados por las Entidades Promotoras de Salud (EPS), no excluye la responsabilidad legal que les corresponde cuando los prestan a través de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) o de profesionales mediante contratos reguladores sólo de su relación jurídica con aquéllas y éstos. Por lo tanto, a no dudarlo, la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuna, lesiva de la calidad exigible y de la *lex artis*, compromete la responsabilidad civil de las Entidades Prestadoras de Salud y prestándolos mediante contratación con Instituciones Prestadoras de Salud u otros profesionales, son todas solidariamente responsables por los daños causados, especialmente, en caso de muerte o lesiones a la salud de las personas¹⁸.*

Sin embargo, para la misma jurisprudencia el juicio de imputación del hecho como obra de las instituciones prestadoras del servicio de salud, quedará desvirtuado si se prueba que el daño no se produjo por el quebrantamiento de los deberes legales de actuación de la IPS, sino a otra razón como por ejemplo a una deficiencia organizativa, administrativa o presupuestal de la EPS; a la conducta de uno o varios agentes particulares por fuera del marco funcional de la IPS; o, en fin, a la intervención jurídicamente relevante de un tercero, de la propia víctima o a un caso fortuito.

2.3.- Respecto de la atención médica que requieren habitualmente los pacientes, que se da por varios médicos y especialistas en distintas áreas, que según la jurisprudencia puedan tener un influjo decisivo en el desenvolvimiento causal del resultado lesivo, por aquellas acciones, omisiones o procesos individuales que hubiese incidido de manera preponderante en el daño sufrido por el usuario y de este modo se atribuya el hecho dañoso a un agente determinado, responderá en forma solidaria con la EPS y la IPS, siempre que confluyan en ellos todos los elementos de la responsabilidad civil. En palabras de la Corte:

¹⁷ CSJ SCA Sentencias fecha 30-01-2001, exp. 5507, fecha 11-09-2002, exp. 6430; fecha 18-05-2005, SC-084-2005, exp. 14415); CSJ, Civil. Sentencia del 17-11-2011; CSJ. SC8219-2016 y SC9193-2017; sentencia SC2769-2020

¹⁸ CSJ SCC Sentencia Fecha 17-11-2011- Expediente 11001-3103-018-1999-00533-01-Magistrado ponente William Namén Vargas.

"...el agente médico singular se exonerará del juicio de imputación del hecho como suyo siempre que se demuestre en el proceso que no tenía un deber de cuidado en la atención que brindó al paciente, lo que ocurre, por ejemplo, cuando su intervención no fue jurídicamente relevante o estuvo amparada en una causal de justificación de su conducta; cuando el daño se debió al quebrantamiento de una obligación de acción de la EPS o de la IPS y no a la desatención del deber personal de actuar; o cuando no intervino de ninguna manera ni tenía el deber jurídico de hacerlo"¹⁹.

3.- Tras esta introducción, necesaria para entender los alcances de las figuras jurídicas invocadas en el libelo, se desciende ahora a los detalles del caso bajo escrutinio. Recuérdese que el litigio fue iniciado por Miguel Ángel Ortiz Argüello, Jennifer Kathi, Franklin Antonio, Ángel Miguel y Brayan Alejandro Ortiz Ortiz, en sus respectivas condiciones de compañero permanente e hijos de Martha Ortiz Ballesteros. Demandaron a Coosalud E.P.S, Vihonco IPS y Clínica de Cancerología de Norte de Santander, por considerarlas solidariamente responsables del deceso de esta última. Por eso les exigen la reparación de los perjuicios extrapatrimoniales y patrimoniales que para ellos se derivaron de ese hecho. En concreto estiman que el fatal desenlace se debió a (i) la demora de Vihonco para iniciar el tratamiento establecido en los protocolos para la enfermedad que aquejaba a la paciente; (ii) la suspensión de las quimioterapias cuando apenas cumplía el tercero de los ciclos de los doce programados, lo que sucedió ante la liquidación de Caprecom, y (iii) la inadecuada y deficiente prestación del servicio causada por la demora en la consecución de autorizaciones para exámenes y procedimientos quirúrgicos por omisiones administrativas y médicas. Y a fin de acreditar sus afirmaciones, se fincaron en la historia clínica que recoge la memoria de atenciones prestadas a la finada.

En primera instancia, con todo, la fortuna no estuvo de su lado, dado que el *a quo* dictó el fallo en su contra. En efecto, mediante sentencia pronunciada en audiencia llevada a cabo el 16 de Febrero del año 2022, consideró el fallador que no estaba debidamente acreditado el nexo causal, por modo que no había como asociar la supuesta deficiencia de la prestación del servicio de salud con el agravamiento y fallecimiento de doña Martha. Sumado a que para cuando inició el tratamiento, de todos modos, la enfermedad detectada estaba ya en un estadio bastante avanzado.

Los promotores del litigio apelaron ese veredicto achacando a su autor desatinos en la contemplación de las probanzas. Opinan que la evidencia obtenida demuestra de manera fehaciente que la atención médica brindada a la finada no fue adecuada, diligente y oportuna, lo que la privó de recuperar las condiciones de su salud y/o haber tenido por lo menos una buena calidad de vida.

¹⁹Sentencia SC13925-2016 de fecha 30-09-2016 - Expediente Radicación N° 05001-31-03-003-2005-00174-01 Ariel Salazar Ramírez.

Ante ese escenario, tiene la sala el desafío de determinar si efectivamente la alzada interpuesta está dotada de la solidez suficiente para quebrar el fallo revisado, o si en su lugar este amerita ser confirmado. Para ello es menester hacer un cuidadoso estudio del acervo probatorio que milita en el expediente, lo que permitirá establecer si se encuentra probada la culpa endilgada a los demandados, lo mismo que la relación causal. En consecuencia, concluir si los presuntos perjuicios alegados por los demandantes pueden ser atribuidos o no a la atención que proporcionaron las instituciones demandadas.

4.- Tras estas precisiones, para lo que a este asunto atañe se observa que, entre las pruebas allegadas por la parte actora para respaldar el *petitum*, se encuentran:

(i) Las historias clínicas que se levantaron en Vihonco IPS y Clínica de Cancerología de Norte de Santander, entidades que atendían a los pacientes de Caprecom y Coosalud, respectivamente. Así como la historia clínica elaborada Centro Nacional de Oncología con sede en Bucaramanga.

Por la incidencia que tiene para resolver el caso presente, cabe hacer un paréntesis para memorar que las historias clínicas son documentos que, ante todo, sirven de herramienta para informar al personal médico sobre las condiciones de salud, el tratamiento y la evolución del paciente (artículo 34 Ley 23 de 1981). Sin descartar la importancia de otras pruebas que también son útiles para reconstruir los hechos frente a la necesidad de establecer una eventual responsabilidad galénica, dado que allí se recogen las memorias de atenciones brindadas al paciente y de paso los actos médicos realizados. También auxilia en grado sumo la tarea de averiguar por la relación de causalidad entre el equívoco profesional y el daño irrogado al enfermo. De ella ha dicho la Corte:

"Por mandato normativo, la historia clínica consigna de manera cronológica, clara, precisa, fidedigna, completa, expresa y legible todo el cuadro clínico en las distintas fases del acto médico desde su iniciación hasta su culminación, a partir del ingreso del paciente a una institución de salud a su salida, incluso en la rehabilitación, seguimiento y control; contiene el registro de los antecedentes, y el estado de salud del paciente, la anamnesis, el diagnóstico, tratamiento, medicamentos aplicados, la evolución, el seguimiento, control, protocolo quirúrgico, indicación del equipo médico, registro de la anestesia, los estudios complementarios, la ubicación en el centro hospitalario, el personal, las pruebas diagnósticas, etc. (...) ostenta una particular relevancia probatoria para valorar los deberes de conducta del médico, la atención médica al paciente, su elaboración en forma es una obligación imperativa del profesional e instituciones prestadoras del

servicio, y su omisión u observancia defectuosa, irregular e incompleta, entraña importantes consecuencias, no sólo en el ámbito disciplinario sino en los procesos judiciales, en especial, de responsabilidad civil, por constituir incumplimiento de una obligación legal integrante de la respectiva relación jurídica”²⁰.

(ii) Las declaraciones de los doctores Hernán Rodríguez y Luz Adriana Zuluaga Patiño -especialistas en medicina interna y oncología-. Respecto de los cuales es preciso señalar que son testigos no solo directos por haber atendido a la paciente, sino también de aquellos que se apellidan técnicos, debido al conocimiento especializado que tienen acerca del tema de interés al litigio. Esto según la ilustración académica que puede consultarse en las obras de los profesores Hernando Devis Echandía²¹, Luis Serrano²², Martín Bermúdez²³ y Miguel Enrique Rojas Gómez²⁴, así como en la jurisprudencia reciente de la Sala de Casación Civil (2017)²⁵.

Al revisar las precitadas declaraciones se advierte que estos deponentes pueden catalogarse de responsivos en cuanto los relatos se perciben espontáneos, explicativos de la forma como conocieron los hechos narrados, con respuestas verosímiles en el contexto de lo alegado y circunstanciadas en tiempo, modo y lugar, amén de que provienen de testigos presenciales o directos. Son completos porque refirieron los datos principales de la atención a la paciente y concordantes con la historia clínica, constantes en las explicaciones, así como coherentes entre sí. Por tanto, son válidas y eficaces al cumplir las pautas reconocidas en el artículo 221 del C.G.P.

5.- De vuelta al análisis de las historias clínicas en alusión, debe precisarse que por la IPS Vihonco se registra que la paciente ingresó el **30 de Septiembre de 2015**. Fue atendida por la profesional Luz Adriana Zuluaga Patiño bajo el programa “*Evento Oncología Caprecom*”, quien al diligenciar el motivo de la consulta consignó “*Primera Vez Paciente de 38 años de edad con cuadro de aparición de masa a nivel de mama derecha asociado a eritema calor local y dolor... Reporte de Aptología (sic) del 31/08/2015 Protocolo 4759/15 Carcinoma Ductal Infiltrante Mamario Derecho Grado II*”. Anotó también “*Asiste con reportes de 23/09/2015 Ecografía Abdominal Normal, RX de Tórax 2/09/2015 Normal. Laboratorios del 25/06/2015...*”. Al ingreso, la usuaria presentaba “*Mamas: mama derecha con infiltración a piel por tumor que afecta toda la mama*”. *Piel: presenta carcinoma inflamatorio en mama derecha... Sistema Linfático: Presenta en Axila derecha Adenopatía*

²⁰ CSJ-SC de 17 nov 2011, rad. No. 11001-3103-018-1999-00533-01). CSJ SC5641-2018, 14 dic.

²¹ DEVIS E., Hernando. Teoría general de la prueba judicial, tomo segundo, 5ª edición, Bogotá DC, Temis, 2006, p.65.

²² SERRANO E., Luis G. El régimen probatorio en la responsabilidad médica, 5ª edición, Bogotá DC, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2012, p.278-281.

²³ BERMÚDEZ M., Martín. Del dictamen judicial al dictamen de parte, 2ª edición, Bogotá DC, Legis SA, 2016, p.110.

²⁴ ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal, tomo III, pruebas civiles, ESAJU, Bogotá DC, 2015, p.364.

²⁵ CSJ. SC9193-2017.

Fija". Diagnostico Principal "Tumor maligno de la mama parte no especificada". Análisis y Plan Manejo "Paciente con CA de mama estadio IIIB-T4A/N2/MX. Se solicita perfil hormonal, HER 2 Kl 67, Gamagrafía Osea, Ecocardiograma, Laboratorios, Plan de manejo Neo Adyuvancia con Paclitaxel Semanal 12 Ciclos + Cirugía + AC. Control con resultados".

Ulteriormente la misma doctora Zuluaga Patiño hizo constar en la historia clínica:

(i) Que el **13 de Octubre de 2015** atendió a la paciente por cita de control, ordenando como plan de manejo: "Se indica Neoadyuvancia con Paclitaxel Semanal. Se da información sobre efectos secundarios de medicamento. Se deja esquema de Quimioterapia...".

(ii) Hay otra nota del **26 de Octubre de 2015**, que corresponde a otra cita de control, según la cual tras la valoración se deja constancia que "Ya realizó dos esquemas de aplicación con adecuada tolerancia, refiere cefalea leve. 1 Ciclo 17 de Octubre. 2 Ciclo 23 de Octubre...". Plan de manejo "Se indica tercera semana de paclitaxel...".

(iii) Una nueva valoración de fecha **30 de Octubre de 2015** donde se refiere como plan de manejo "Paciente con CA de mama estadio IIIB, se encuentra en quimio neoadyuvante con paclitaxel semanal, con reportes de laboratorios dentro de rangos de normalidad, se indica continuar con esquema semanal y control en 15 días".

(iv) El **10 de Noviembre de 2015** documenta "Ya realizo dos esquemas de aplicación con adecuada tolerancia, refiere cefalea leve. 1 Ciclo 17 de Octubre. 2 Ciclo 23 de Octubre. 3 Ciclo 30 de Octubre. 4 Ciclo 9 de Octubre...". Mamas: "mama derecha con infiltración a piel por tumor que afecta toda la mama. Lesión a nivel de pezón descamativa ulcerosa". Análisis y Plan de manejo. "Paciente sin respuesta a dosis de paclitaxel, no hay disminución de tamaño tumoral ni de eritema. Se indica Doxorubicina 80MG IV, Ciclofosfamida 800MG IV cada 21 días. Se deja dosis de filgastrim 300 mg aplicar al quinto día realizada la quimioterapia y control en quince días".

(v) El **19 de noviembre de 2015**, se realiza una nueva cita de control y se documenta paciente "En manejo con Neoadyuvancia con esquema AC". Análisis y Plan de manejo "Paciente con CA de mama estadio IIIB, quien se encuentra en Neoadyuvancia con Doxorubicina y Ciclofosfamida aún no hay reportes de receptores hormonales NI de HER 2; los cuales fueron solicitados hace más de un mes, igualmente ecocardiograma no realizado. Se realiza nueva solicitud. Se deja medicación antiemética y con en 15 días con reporte de hemograma".

(vi) Una penúltima cita de control que data del **1 de Diciembre de 2015**. Se realiza la nota de paciente "Con CA de mama estadio "IIIB T4D N2MX" quien realizo primer ciclo de AC

el 19 de noviembre con adecuada aceptación. Refiere náuseas grado 1". Mamas: "Mama derecha con compromiso de piel pezón, eritema de toda la mama. Disminución mínima de tamaño. Tumoral blando. No doloroso a la palpación". Piel: "Carcinoma inflamatorio en mama derecha. Sistema Linfático: No Adenopatía". Análisis y Plan de manejo: "Paciente con CA de mama estadio IIIB, con adecuada tolerancia a quimioterapia. Se solicitan laboratorios, se solicita nuevo esquema de quimioterapia fecha de aplicación 10/12/2015. Se indica continuar con oxicodona 20 mg día".

(vii) La última valoración es del **15 de Diciembre de 2015**, en la se realiza como análisis y plan de manejo: "Paciente con CA de mama, estadio IIIB, quien realizó I Ciclo de AC 19/11/2015, II Ciclo el 10/12/2015. Leve disminución de tamaño tumoral y de infiltración a piel. Refiere náuseas y emesis severas. Disminuyo dos kilos de peso. Se aumenta dosis de antiemético. En espera de receptores hormonales y HER 2. Se programa tercer ciclo de quimioterapia el 4/01/2015".

5.1.- En la siguiente imagen podrá observarse informe de patología practicado por el Dr. Pedro E. Pérez C. (médico cirujano- patólogo) a solicitud de Caprecom. Registra como fecha de ingreso 31 de Agosto de 2015 y fecha de impresión en Septiembre siguiente, cuyo diagnóstico dice:

I. DIAGNÓSTICO CLÍNICO	Página 1 de 1
Tumor mamario	
II. DESCRIPCIÓN MACROSCÓPICA	
Rotulado biopsia mama derecha trucut, se reciben fragmentos cilíndricos de tejido que miden conjunto, 1x1 cm. Se procesa todo.	
III. DESCRIPCIÓN MICROSCÓPICA	
Los cortes muestran tejido mamario con un carcinoma de tipo ductal moderadamente diferenciado con presencia de mitosis atípicas, infiltración del estroma, moderada desmoplasia, infiltrado linfocitario focal discreto e infiltración del estroma. Se recomienda practicar estudios inmunohistoquímicos.	
IV. DIAGNÓSTICO PATOLOGÍA	
CARCINOMA DUCTAL INFILTRANTE MAMARIO DERECHO SFARFF BLOOM RICHARDSON GII 6/9 VER DESCRIPCIÓN MICROSCÓPICA	

También está el informe anatómico patológico realizado por el mismo profesional, con fecha de ingreso 17 de Diciembre de 2015 y fecha de impresión 28 de Diciembre siguiente. Allí consignó:

Partición No:	ASB017667	Fecha de Ingreso:	17/12/2015
Paciente:	MARTHA ORTIZ BALLESTEROS	Fecha de Salida:	29/12/2015
Documento:	CC 89381233	Bedel:	BBOGTA
Impresor:	PEREZ CONTRERAS PEDRO ALIAS	Edad:	38 Años 0 meses 12 días
Estado:	PRIORITARIO	Centro Plan:	CUCUTA GENERAL
Autorización:		Especimen Enviado:	GLANDULA MAMARIA
Dx Clínico:	CA DE MAMA	Médico:	LUZ ZULUAGA
CRF:			

REPORTE DE ANATOMÍA PATOLÓGICA

DESCRIPCIÓN MACROSCÓPICA:

Se recibe un bloque de parafina rotulado 4759-15.

DESCRIPCIÓN MICROSCÓPICA:

Los cortes muestran cilindros de tejido glandular mamario comprometidos por un carcinoma infiltrante de arquitectura micropapilar con células grado nuclear III con áreas de necrosis. Se realizó estudio de inmunohistoquímica, el estudio de Her-2 es positivo (+++/+++), y el índice de proliferación medido con Ki67 es del 80%.

DIAGNÓSTICO:

REVISIÓN Y ESTUDIOS DE INMUNOHISTOQUÍMICA EN UN BLOQUE DE PARAFINA No. 4759-15, CORRESPONDIENTES A BIOPSIA DE GLANDULA MAMARIA:
- CARCINOMA INFILTRANTE DE TIPO MICROPAPILAR GRADO NUCLEAR III.
- ESTUDIO DE Her-2: POSITIVO (SCORE 3+).
- ÍNDICE DE PROLIFERACIÓN MEDIDO CON Ki67: 80%.

6.- Enmarcada así la situación, para esta Colegiatura sin dubitación alguna bien puede anunciarse de entrada que en el caso bajo escrutinio no se encuentra configurado ese yerro que los demandantes atribuyen a la IPS Vihonco sobre la demora en iniciar el tratamiento que requería la paciente para la enfermedad que la afectaba. Se trata, como se sabe, de un cáncer de mama, que es considerado el tumor más habitual en mujeres en todo el mundo, entre ellas las colombianas. Su tasa de incidencia ha alcanzado altos niveles, lo cual obligó a que el Gobierno, a través del Ministerio de la Protección Social, en compañía del Instituto Nacional de Cancerología, implementara protocolos médicos para el diagnóstico y tratamiento de diversas modalidades de cáncer, los cuales se deben tener en cuenta en la etapa de evaluación, diagnóstico y clasificación por estadios²⁶.

En efecto, para la Sala esa situación de la demora en la prestación de los servicios de salud, sin duda alguna puede producir como efecto la vulneración de la garantía constitucional que recubre el derecho a la salud, especialmente en lo que hace referencia al respeto de los principios de accesibilidad, integralidad y oportunidad en la prestación de dicho servicio. Nuestro sistema constitucional le ha dado al derecho a la salud la importancia debida, elevándolo a la categoría de fundamental autónomo -reconocido así actualmente en el artículo 2° de la Ley 1751 de 2015, Estatutaria de la Salud- y ligándolo íntimamente al concepto de dignidad humana, por lo que no puede pasarse por alto que su garantía comprende varios factores o facetas que van desde la prevención, mediante la cual se busca evitar la enfermedad resultando pertinente la prestación de los servicios médico-científicos idóneos, hasta la rehabilitación o restablecimiento en la que se procura eliminar la perturbación a la salud mediante la cura de la enfermedad,

²⁶ Protocolos de manejo del paciente con Cáncer; Ministerio de la Protección Social e Instituto Nacional de Cancerología Versión año 2009.

padecimiento o trauma, o mitigar sus efectos o consecuencias negativas.

En este caso, refirieron los demandantes en el libelo que a Martha Ortiz Ballesteros el 2 de Mayo de 2015 se le practicó en la clínica Santa Ana de esta ciudad una ecografía mamaria en la que se le detectó una masa en el seno derecho, habiendo sido tratada por la IPS Vihonco solo hasta Septiembre siguiente. Salta a la vista una situación determinante para el fracaso del reparo que propone la parte actora, en cuanto debe decirse que en este asunto sobre la fecha exacta de la ecografía mamaria nada se conoce, pues no se avizora en el expediente elemento de convicción alguno donde se pueda constatar lo dicho. Es posible que ello fuera así, y probable que los signos de la enfermedad estuvieran presentes para esa fecha, pues según el protocolo cuando se presume que hay cáncer de mama para diagnosticarla se utilizan pruebas y procedimientos de mamografía, ecografía, imágenes por resonancia magnética y biopsia.

Desde esta perspectiva, es evidente, entonces, que no hay una prueba concluyente que permita dar por sentado que efectivamente transcurrieron más de 5 meses entre la detección del padecimiento y el inicio del tratamiento, ya que no se dispone del elemento demostrativo de la práctica de la ecografía mamaria en la Clínica Santa Ana.

En segundo lugar, no puede obviarse que para el momento en que la finada fue puesta a disposición de Vihonco tenía confirmado un carcinoma maligno en uno su seno derecho, clasificado en estadio IIIB (T4A²⁷, N2²⁸, MX²⁹). O sea que ya se había perdido la oportunidad de hacer una detección temprana del tumor.

De acuerdo con la historia clínica se establece que fue valorada por primera vez el 30 de Septiembre de 2015 por la doctora Luz Adriana Zuluaga Patiño. Y A partir de ese momento se procedió de acuerdo al protocolo para el manejo de carcinoma de seno, a aplicar el tratamiento de quimioterapia neoadyuvante³⁰ con Paclitaxel semanal -12 ciclos-, cirugía + AC y control con resultados de estudios y exámenes complementarios. Con todo, ante la no respuesta del tratamiento inicial se empezó a manejar la enfermedad con quimioterapia neoadyuvante con esquema AC (doxorubicina y ciclofosfamida).

Conclusión que se corrobora con la declaración de la doctora Luz Adriana, quien señaló sobre el punto: *"Bueno, yo conocí a Marta Ballesteros el 30 de septiembre del 2015. La valoro por*

²⁷ Según el Protocolo "Tumor de cualquier tamaño con extensión directa a: a) pared torácica; b) piel, únicamente como se describe a continuación: Extensión a la pared torácica, sin incluir el músculo pectoral"

²⁸ Según el Protocolo "Metástasis en los ganglios linfáticos axilares ipsilaterales fijos o adheridos, o clínicamente aparentes*; ganglios mamarios internos ipsilaterales en la ausencia de evidencia clínica de metástasis a los ganglios linfáticos axilares"

²⁹ Según el Protocolo "Metástasis a distancia que no pueden ser evaluadas"

³⁰ Tratamiento que se administra como primer paso para reducir el tamaño del tumor antes del tratamiento principal que generalmente consiste en cirugía.

primera vez en consulta de oncología donde ingresa con un estado de cáncer de mamá bastante avanzado, una paciente joven, ella me relataba que más o menos hace 5 meses empezó a aparecer esa lesión en la mamá y creció de una forma rápida y muy agresiva. Cuando yo la veo, entonces decido inmediatamente mandarle exámenes de laboratorios, los exámenes normalmente que se solicitan para estadificar la enfermedad e iniciar rápidamente tratamiento oncológico porque el riesgo que ella tenía de que esa lesión en la mamá se abriera se ulcerara y empezamos tratamiento oncológico con poca respuesta a tratamiento, me acuerdo que las primeras semanas que hicimos tratamiento lo hicimos de forma semanal, pero poca respuesta al tratamiento, muy poca. Y después de eso, se decide hacer un cambio de medicación con unos dos medicamentos de quimioterapia tratando de ofrecerle un tratamiento un poco más agresivo para tener algo de mejor respuesta al tratamiento, pues desafortunadamente yo trabajo hasta el mes de diciembre y pierdo el seguimiento que le venía haciendo, pues a Marta".

Se tiene también el testimonio del doctor Hernando Rodríguez, quien fue claro en decir "No la fecha de detección exacta no... Lo que sí normalmente si podemos contestar es la fecha de cuando se le hace la biopsia y se hace el diagnóstico histológico, eso sí, tiene fecha exacta. Bueno, ya le digo. Eh, mire, esta paciente tenía una biopsia hecha el 31 de Agosto del 2015. Ese día con seguridad se le puede decir a la señora que tenía cáncer, bueno, el 31 de Agosto del 2015. Antes es una sospecha clínica, todos pensamos que puede tener cáncer, pero hasta que no le hacemos la biopsia eso no lo podremos confirmar". También declaró "... la paciente debuta en Vihonco, cuando llega a mí, es un estadio localmente avanzado, es decir, el diagnóstico es un diagnóstico tardío, lo ideal siempre es un diagnóstico precoz, es decir, el estadio 1, máximo 1 y eso, pues, por supuesto, modifica el pronóstico de los pacientes. Entonces a mí como me llegó, pues en Estadio 3IIB que era el mismo que había visto la doctora Luz Adriana".

De esa manera se evidencia que el servicio prestado por la IPS Vihonco fue oportuno, racional y secuencial basado en la evidencia médica recibida de la entidad que la remitió para el tratamiento. Por lo que, si hubo esa aparente tardanza alegada por los demandantes en el diagnóstico y la prestación del servicio, no resulta factible achacársela a esta entidad médica.

7.- Ahora bien, se observa de acuerdo con la historia clínica que la organización Vihonco atendió a la paciente hasta el 15 de Diciembre de 2015 con ocasión a la enfermedad ruinosa o catastrófica que padecía. Empero, sobre este punto emerge que la causa preponderante o relevante no fue por un incorrecto proceder administrativo o de la práctica médica. Es que si bien era una institución prestadora de salud que atendía a los afiliados de Caprecom, es un hecho probado que esta última fue liquidada mediante Decreto 2519 de 2015, debido a

la gravedad de su situación financiera, operativa y prestacional. Generando para el aseguramiento en salud de sus afiliados ser trasladados a otras EPS, con el propósito que una vez se reciban se proceda a asignarles una IPS para que se encargue de atenderlos.

Quedó comprobado dentro del expediente que la señora Martha Ortiz Ballesteros fue reasignada a la EPS Coosalud, como también que quedó activa desde el 1 de Enero de 2016. En ese orden la garantía de la prestación efectiva del servicio y la continuidad del tratamiento quedó en cabeza de dicha entidad en vigencia de la nueva relación contractual. Pues de acuerdo con el principio de continuidad del derecho fundamental a la salud consagrado en el literal d) del artículo 6° de la Ley Estatutaria 1751 de 2015; el artículo 3 del Decreto 055 de 2007 y el parágrafo 1 del artículo 2.1.11.3 del Decreto 1424 de 2019, por el cual se establecen mecanismos tendientes a garantizar la continuidad en el aseguramiento en salud de los afiliados de las Entidades Promotoras de Salud que se retiren o liquiden voluntariamente, les sea revocada la autorización de funcionamiento o la certificación de habilitación o entren en proceso de liquidación por parte de la Superintendencia Nacional de Salud - SNS; y a la jurisprudencia que ha desarrollado la Corte Constitucional³¹, se establece que:

"Las EPS objeto de las medidas previstas en el artículo 2.1.11.1 de este decreto, serán responsables del aseguramiento hasta el último día del mes en el cual se realiza la asignación. Las EPS receptoras asumirán el aseguramiento y garantizarán el acceso a la prestación de servicios de salud de los usuarios, a partir del primer día del mes siguiente al de la asignación"

7.1.- Entonces, analizados el récord de los registros médicos reseñados en la historia clínica de la señora Ortiz y contrastado con las demás pruebas recaudadas, es claro para la Sala que no se encuentra estructurada falla o falta en el servicio de que se habla en la demanda, ya que no reflejan un actuar omisivo, negligente y ligero en el manejo dado a la enfermedad que conlleve a pensar que tuvo impacto significativo sobre el resultado final; de ahí que ninguna generante de culpa se advierta en su comportamiento. Lo anterior en razón a que no se privó a la paciente de un tratamiento con posibilidades o expectativas de éxito o el arrebatamiento de una oportunidad de sobrevivencia. Además, este fue compatible con la *lex artis* y los protocolos existentes para el manejo de la patología descubierta.

Sin dejar de lado que para el momento en que se le dio inicio a las atenciones, la usuaria tenía la enfermedad en un estadio avanzado, lo que de entrada no permitía contar con un panorama de recuperación del todo optimista. De allí que

³¹ Corte Constitucional Sentencia T- 169 de 2009; Sentencia T-362/16 de fecha 07-07-2016 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, entre otras - PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD - Traslado excepcional de los afiliados de una EPS a otra porque a la primera le ha sido ordenada su liquidación

aunque en gracia de discusión se aceptase que sí hubo negligencia, de todos modos tenía que acreditarse también que entre ese obrar desaconsejable y el resultado indeseado, medió un nexo causal. Pero resulta ser que este otro elemento tampoco se acreditó, cuestión que hace imposible atribuir jurídicamente el fallecimiento del ser querido de los actores a la conducta de las accionadas.

8.- Otras pruebas que revisten vital importancia son las historias clínicas que se levantaron en la Clínica de Cancerología de Norte de Santander y en el Centro Nacional de Oncología de Bucaramanga. Bajo este contexto, examinadas las circunstancias que rodearon la prestación del servicio médico brindado a la señora Martha Ortiz Ballesteros por parte de la EPS Coosalud y la primera de las antes aludidas IPS, se anticipa la Sala a decir que no puede calificarse como deficiente e inoportuno, tal como pasa a explicarse.

8.1.- Es que según lo que brota de la historia elaborada en la institución con sede en esta capital, se tiene que allí fue recibida el 20 de Enero de 2016. Es decir que Coosalud asumió su atención 20 días después de haber sido trasladada desde Caprecom, lo que *prima facie* no parece ser un plazo dilatado. Coosalud, en consecuencia, cumplió con prontitud el deber de garantizar la continuidad del servicio para que el mismo no fuera suspendido o retardado. Y ello descarta una falla del servicio médico generada por demora de la EPS en la asignación de una IPS para que fuera atendida la patología de la paciente.

8.2.- Por otra parte, del contenido de ese mismo medio suasorio se observa que la valoración realizada por el doctor Hernando Rodríguez tuvo como antecedente previo la revisión de lo actuado en Vihonco. De hecho, ordenó continuar con el tratamiento de quimioterapia contemplado en el protocolo como posibilidad de recuperación del paciente de cáncer de mama, según se aprecia en la siguiente imagen:

20/01/2016	15:41
MOTIVO DE CONSULTA	
Remitido por EPS	
ENFERMEDAD ACTUAL. Se trata de una paciente que estaba siendo manejada en otra institución que por problemas administrativos con la EPS CAPRECOM se traslada el servicio a esta IPS. Es de resaltar que todo esto genera un traumatismo en la atención oportuna de la paciente. La información a continuación mencionada en el resumen se obtiene de la historia de VIHONCO y de documentos propios de la paciente. Es una paciente de 39 años que fue diagnosticada de un carcinoma ductal infiltrante de mama derecha el 31/08/2015 por biopsia a guisa de la dr. Pedro Pérez protocolo no 4759/15. La masa fue vista inicialmente en ecografía mamaria el 2/05/2015 donde el dr. Carvajal radiólogo describía la lesión nodular de 22*22 en H2 en la mama derecha. Fue vista por Dra. LUZ ADRIANA Zuluaga en VIHONCO hasta el 30/09/2015 donde describe que no tiene enfermedad a distancia y la cataloga como un estadio IIB (T4 N2 MO). Se revisa pruebas y tiene RX DE TORAX del 2/09/2015 sin enfermedad a distancia al igual que una GOSEA 01/12/2015 donde tampoco se describen lesiones óseas. La ecografía abdominal el 23/09/2015 es normal. Tiene un ECOCARDIOGRAMA del 2 diciembre de 2015 con FEVI del 67%. Finalmente se reportó inmunohistoquímica realizada en biomolecular bogotá con informe del 29/12/2015 donde describe un carcinoma her 2+++ con un índice de proliferación de hasta el 60%. Se inició tratamiento con paclitaxel semanal del que al parecer recibe hasta cinco ciclos (no queda claro en la historia) y luego 3 ciclos de AC hasta noviembre de 2015 donde el tratamiento es interrumpido POR LA EPS. Ha venido a enero de 2016 la masa aumentando de tamaño.	
(...)	

Diagnostico.1. CARCINOMA DE MAMA DERECHO DUCTAL INFILTRANTE HER 2 ++ KI 67=60% cT4 cN2 cMO
 (PRUEBAS DE IMAGEN SEPTIEMBRE DE 2015)...> INTERRUPCION DEL TRATAMIENTO recibio AC irregular y paclitaxel irregular.
 Problemas: La interrupción. el pronóstico.
 PLAN.
 Se explica diagnostico y pronostico al paciente.
 Se explica el tratamiento con sus posibles efectos adversos. Se entrega guía de manejo de la institución.
 Firma el consentimiento informado.
 Se PRESCRIBE 1 er ciclo de TRATAMIENTO ONCOLOGICO Y SE AUTORIZA 1er Ciclo.
 Se cita a control antes del siguiente ciclo para evaluar tolerancia al tratamiento
 SS Hemograma, AST, ALT, GGT, Fosfatasa alcalina, LDH, BUN, Creatinina, Albumina y proteínas.totales, CALCIO TOTAL
 (deberá traer el resultado el día de la consulta)
 Signos de alarma
 TRATAMIENTO ONCOLOGICO

1. FOSAPREPITANT 150 MG IV DIA 1.
2. PALONOSETRON 0,25 MG IV DIA 1.
3. DEXAMETASONA 12 MG IV DIA. 1.

PROTOCOLO:
 DOCETAXEL AMP 80 MG 80MG/2= 110MG/IV PASAR en 1 hora CADA TRES SEM
 CARBOPLATINO 450 MG AUC 450MG IV Pasar en 30 min CADA TRES
 TRASTUZUMAB AMP 440 MG 8MG 360MG IV PASAR EN 90 MIN DOSIS UNICA.

PEGFILGRASTIM 6 MG SC DIA 2.

En ese orden, según la memoria de atenciones que aparece en la historia clínica se deriva que la diligencia y la prudencia del equipo médico de la clínica en segunda oportunidad que atendió a la señora Ortiz Ballesteros fue cumplida en todo momento de acuerdo con su sintomatología y compatible con la *lex artis*. Situación que se ratifica con las notas de enfermería que comprueban haberse proporcionado el tratamiento registrado.

8.3.- Es cierto que se reparó por el profesional en esa valoración inicial que hizo a la paciente tropezarse con el problema de la interrupción del tratamiento. Pero nótese que tal acusación fue de modo meramente enunciativo, es que no se lanzó porque haya observado negligencia médica o una deficiencia en la atención por la IPS Vihonco o la EPS Caprecom. Se trata de una inferencia que hace a partir de la situación generada por el proceso de la liquidación de esta última, tal como así lo dejó ver en la declaración que rindió ante el juez de primer grado, a quien precisó esto: *"...ella venía siendo previamente manejada tratada en otra IPS de la ciudad, ... esta paciente está tratada en Vihonco donde inicialmente por intermedio de una EPS recibía la atención médica. Esa atención médica cuando estaba siendo vista en Vihonco por un problema administrativo con la EPS que ella tenía fue interrumpido. Y llega después de haber recibido algún tratamiento en Vihonco a la primera valoración conmigo. Cuando la veo pues ella es una paciente que lleva su tratamiento y pues como esto se trata de una enfermedad que es un cáncer de seno, ese cáncer que ella tenía cuando yo la veo ya está en el estadio que llamamos los oncólogos localmente avanzados, es decir, y estaba categorizado como el Estadio IIIB, esto es, una enfermedad que desafortunadamente ya ha tenido crecimiento que no es un estadio precoz"*.

8.4.- En lo tocante a la consulta adelantada el 27 de Mayo de 2016 por parte del doctor Rodríguez, menester es destacar que

en el acápite de Resumen y Evolución revela que la paciente "... Asistió en enero 2016 a esta IPS con aumento de la masa y un dolor en masa. Se indicó TCH que inició el 1/02/2016. No se solicitó actualización de imágenes dado que las tenía del último trimestre de 2015. En febrero 2016 asistió para continuar con QT con enterotoxicidad grado 3 por lo que se ajustó manejo para desaparecer y sin dolor en el seno y sin cefalea. Vino el 30/03/2016 donde la masa tumoral del seno derecho ha disminuido y tiene consistencia menos pétreo. Acude el 27/05/2016 habiendo recibido ciclos de TCH donde describen paciente dolor en seno derecho. En el ef. destaca progresión de masa tumoral durante la QT con herceptin incluso infiltrando la piel del seno contralateral..."- Plan tratamiento "Valoración por mastología, para mastectomía higiénica/ paliativa; tac de tórax y abdomen s/c; gamagrafía ósea y ageneral".

De tal atención fue relatado en la demanda que el 14 de Junio de 2016 se falló acción de tutela a favor de la paciente por la demora de la EPS accionada en la prestación de los servicios de salud. A pesar de ello, para el tribunal la aludida conducta no es suficiente para declarar la responsabilidad demandada. Con el fin de resolver lo pertinente, es de memorar que, en cuanto a la función de las empresas promotoras de salud, entre los deberes que la Ley 100 de 1993 les asigna es «... organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados (...)» (Art. 177). Por dicha razón, tiene sentado la máxima guardiana de la constitución que

*"las Entidades Promotoras de Salud, al tener encomendada la administración de la prestación de estos servicios, que a su vez son suministrados por las IPS, no pueden someter a los pacientes a demoras excesivas en la prestación de los mismos o a una paralización del proceso clínico por razones puramente administrativas o burocráticas, como el cambio de un contrato médico. En efecto, cuando existe **una interrupción o dilación arbitraria, esto es, que no está justificada por motivos estrictamente médicos, las reglas de continuidad y oportunidad se incumplen y en consecuencia, al prolongarse el estado de anormalidad del enfermo y sus padecimientos, se desconoce el derecho que tiene toda persona de acceder en condiciones dignas a los servicios de salud**"*³².

No obstante, se ha dicho por la nombrada corporación que "el acceso al servicio médico requerido pasa, a veces, por la superación de determinados trámites administrativos. Esto es razonable, siempre que tales trámites no demoren excesivamente el acceso al servicio y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir. De ello también dependen la oportunidad y calidad del servicio"³³.

³² Sentencia T-234 de 2013, reiterada mediante sentencia T-121 de 2015

³³ Sentencia T- 976 de 2011, entre otras.

Coherente con lo anterior, a partir de las pruebas que militan en el expediente se establece que esa atención que se obtuvo mediante sentencia de tutela no generó una tardanza desmedida o excesiva. Es que al mirar el temporario del tiempo tomado por la EPS Coosalud para pronunciarse sobre los servicios que requería la paciente se determina que los exámenes ordenados de tac abdomen y pelvis, ecografía mamaria, tac de tórax y mamografía unilateral mama izquierda se realizaron por Idime el 9 de Junio de 2016. En lo que concierne a la valoración por mastología la paciente fue atendida en el Centro Nacional de Oncología S.A. de la ciudad de Bucaramanga el 30 de Junio de 2016. Así las cosas, no existen elementos de convicción suficientes que permitan apuntar que las conductas que se le reprochan a la EPS Coosalud no fueron oportunas e integrales.

8.5.- Ahora, de lo que aparece registrado en la historia clínica del Centro Nacional de Oncología, se evidencia que ese retardo que medió entre la fecha que se emitió la orden de valoración de la paciente por mastología -27 de Mayo de 2016- y la fecha de valoración por el mastólogo -30 de Junio siguiente-, desde el punto de vista médico no ofrece reparo. Es que si bien fue enviada a esa especialidad para que se estudiara la posibilidad de cirugía el concepto del experto fue de *"...imposible ... aún higiénico, paliativa"* por la complejidad de la patología. Recomendado como plan de tratamiento *"... radioterapia y seguir manejo en oncología clínica, clínica del dolor, tamizaje a la familia"*. Valoración que textualmente dice:

MOTIVO DE CONSULTA

remitida por CANCER DE MAMA, HER 2 POSITIVO, KI 67 60%,

ENFERMEDAD ACTUAL

paciente con cancer de mama derecha, IIIB, T4N2MO", esta en quimioterapia NEODYUVANTE CON AC-PACLITAXEL, irregular, sin respuesta por lo cual recibio TCH 5 ciclos sin respuesta, ultimo ciclo el 11/06/2016., enviada para ver la posibilidad de cirugía, DOLOR en mama, para lo cual toma oxicodona 40 mg dia, con lo cual se controla
Escala de dolor: 0

DIAGNOSTICO

- Diagnóstico primario: C504 - TUMOR MALIGNO DEL CUADRANTE SUPERIOR EXTERNO DE LA MAMA
 - Tipo de diagnóstico: Nuevo confirmado Tipo de enfermedad: No definido
- Diagnóstico secundario: 0000 - NO DIAGNOSTICADO
 - Tipo de diagnóstico: No definido Tipo de enfermedad: No definido
- Diagnóstico terciario: 0000 - NO DIAGNOSTICADO
 - Tipo de diagnóstico: No definido Tipo de enfermedad: No definido
- Estado: IV
- Tipo de Paciente:
- Respuesta al Tratamiento:

PLAN DE TRATAMIENTO

dada la muy extensa extension del cancer de mama derecha ES IMPOSIBLE HACER CIRUGIA AUN HIGIENICO PALIATIVA, POR LO CUAL SE RECOMIENDA TRATAMIENTO URGENTE CON RADIOTERAPIA Y SEGUIR MANEJO EN ONCOLOGIA CLINICA, CLINICA DEL DOLOR tamizaje a la familia,

Resulta indispensable aclarar que en una de sus respuestas el doctor Hernando Rodríguez hizo referencia al tema específico: *"Completa su quimioterapia y se manda al siguiente paso que es que la mande uno a operar, como un tratamiento con opción de curación después de que ha recibido la quimioterapia inicial... Se envía a que la operen y pues no lo operan pasa tiempo entre una y otra situación. Finalmente, la paciente yo la vuelvo a ver en un tiempo después y no la han operado, lo*

que ha terminado es en Bucaramanga donde le dan radioterapia sobre el seno". Pero a juicio de los suscritos servidores, cabe decir que ese reproche no estuvo fundado en la revisión de la atención prestada en el Centro Nacional de Oncología.

No se explicó por el experto ninguna razón para desconocer el concepto y decisión del mastólogo, siendo del caso resaltar que en otras de sus respuestas al tema afirmó y explicó que *"es una decisión muy propia de cada especialidad, más o menos como cuando le mandan a uno un paciente a ponerle quimioterapia. Pues uno lo mira y decide si verdaderamente es candidato o no para la quimioterapia, porque pues obviamente cada uno está entrenado en una rama diferente y cada uno pues debe contestar por lo que verdaderamente está más entrenado, obviamente si un mastólogo dice que no la puede operar, pues es que yo no puedo ir en contra de eso, obviamente si él es el que opera y dice que no se puede, no se puede, como si a mí me dicen ponga quimioterapia y yo digo que no se puede, es que no se puede, entonces sí claro si el mastólogo ya dijo que no se podía operar, pues es claro. A su vez agregé "decirle al mastólogo oiga se tienen que operar pues primero atrevido soy, como lo voy a decir yo al mastólogo que tiene que operar, uno lo manda obviamente para el concepto del experto que opera y él es quien tiene que decidir si opera o no, pero obviamente es el concepto, uno no ordena procedimiento que uno no hace sería absurdo.*

Por lo que su opinión no puede servir para el esclarecimiento fáctico del proceso al no ser sólida y contundente. Es que como lo recordó recién la Corte:

"... tanto las afirmaciones de los testigos técnicos, como las conclusiones contenidas en una experticia, resultan valiosas para el proceso en tanto vengan precedidas de explicaciones suficientes, que brinden al juez herramientas para su valoración racional. Conforme con ello, al valorar una prueba de este tipo, el fallador debe contar con elementos de juicio que le permitan determinar, a partir de bases objetivas, el grado de credibilidad que ameritan las afirmaciones del testigo técnico o el perito, diferenciando así sus apreciaciones técnicas de las simples opiniones subjetivas, carentes de bases fundadas"³⁴.

9.- En ese orden, tampoco con fundamento en estas otras historias clínicas emerge el alegado error, impericia, negligencia, imprudencia o sustracción a la *lex artis* por parte del personal de la Clínica de Cancerología de Norte de Santander y de la EPS Coosalud. Ahí la razón de destacarse por la jurisprudencia la importancia de las pruebas técnicas, para acreditar las afirmaciones que se hacen en la demanda.

Es que desde el enfoque de la responsabilidad médica el dictamen pericial es un medio probatorio que reviste vital

³⁴ CSJ-CSC- Sentencia SC4425-2021 Fecha 05-10-2021. Radicado 08001310301020170026701 MP Luis Alfonso Rico Puerta-

importancia, a causa que en reciente sentencia se dejó sentado por la misma Corte que la historia clínica en sí misma carece de aptitud para revelar las faltas imputadas a los convocados al juicio. Esto, desde luego, no significa la postulación de una tarifa probatoria en materia de responsabilidad médica o de cualquier otra disciplina objeto de juzgamiento.

Se ha dicho por la Corte que, tratándose de asuntos médicos, cuyos conocimientos son especializados, se requieren esencialmente pruebas de igual modalidad, demostrativas de una mala *praxis*³⁵. Como el juez es ajeno al conocimiento de la disciplina médica, tiene sentado que «(...) un dictamen pericial, un documento técnico científico o un testimonio de la misma índole, entre otras pruebas, podrán ilustrar (...) sobre las reglas (...) que la ciencia de que se trate tenga decantadas en relación con la causa probable o cierta de la producción del daño que se investiga (...)»³⁶.

Agréguese a lo anterior que, en materia médica, es insuficiente el sentido común o reglas de la experiencia, pues tratándose de un tema científico el juez deberá acudir a las pruebas recaudadas, como la peritación, documentos o testimonios técnicos, para esclarecer la cuestión sometida a su escrutinio.

10.- Por último, sobre la responsabilidad civil en el entendido de la pérdida de oportunidad a que se hace alusión en la apelación, debe precisarse que no fue ese el objeto de las súplicas, ni el factor de imputación de responsabilidad invocado originalmente. Recuérdese que el daño reclamado se soporta en la supuesta falla medica en la prestación de los servicios por demoras y omisiones de los convocados. Y aún si se prescindiese de tan insalvable razón y solo en gracia de discusión se obviase lo de la ausencia de la pretensión, la suerte adversa seguiría marcando el rumbo de esta cuestión.

Téngase muy en cuenta que esta teoría ha permitido que en materia de responsabilidad médica se pueda dictar sentencia condenatoria a partir de que el daño acaece solo frente a aquellas opciones revestidas de entidad suficiente que, consideradas en sí mismas, permitan colegir, por una parte, que son **reales, verídicas, serias y actuales**, y, por otra, **idóneas para conseguir en verdad la utilidad esperada o para impedir la configuración de un detrimento para su titular**, esto es, lo suficientemente fundadas como para que de su supresión pueda otearse la lesión que indefectiblemente ha de sufrir el afectado.

Entre los requisitos que debe mediar para la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad, es la certeza de la existencia de una oportunidad que se pierde, esto es, que de

³⁵ (CSJ-SCC Sentencia SC917-2020 de fecha 14-09-2020, Expediente 76001310301020120050901, MP LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA).

³⁶ CSJ. Civil. Sentencia 183 de 26 de septiembre de 2002, expediente 6878; Sentencia del 14 de diciembre de 2012, radicado 2002-00188-01; sentencia SC-2506-2016 y sentencia del 30 de julio de 2018 radicado 2016-00149-01.

no haber ocurrido el evento dañoso endilgado a la demandada (demora en el diagnóstico y no aplicación correcta de los protocolos adecuados para el manejo de la situación del paciente), a la víctima no se le hubiere privado de una expectativa de sobrevivida. Por lo que se torna necesario que de manera científica quede establecido cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar su vida, y que esa expectativa real haya sido frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica.

Y lo discurrido anteriormente no permite llegar a esa conclusión, al no obrar en el dossier prueba que permita afirmar que la posibilidad real del doña Martha de recuperar su salud o preservar su vida, haya sido frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica. En fin, era fundamental y necesario demostrar que la invocada tardanza del tratamiento adecuado y pertinente según las reglas del arte hayan ocasionado su muerte temprana y/o la pérdida de oportunidad de sobrevivir.

Con ello queda el hecho genitor invocado en el recurso como causa de la pérdida de oportunidad, en el campo de lo meramente especulativo e hipotético. No siendo suficientes las simples conjeturas, sino que era preciso la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que se haga patente la culpabilidad que obliga a reparar la pérdida de la oportunidad de sobrevivir.

11.- Para la Sala es lamentable el deceso de la señora Marta Ortiz Ballesteros, pero acorde al material suasorio relacionado tal acontecimiento no puede ser atribuido por deficiencia a la actividad médica desplegada por el personal médico y administrativo de las entidades demandas, toda vez que en el proceso de su atención le pusieron a disposición todos los recursos humanos, científicos y técnicos exigibles por la lex artis y protocolos para recuperar y preservar su salud. Por lo que resulta pertinente indicar que ninguno de los reparos tiene la virtud para quebrar el fallo, el cual por ello mismo aquí habrá de ser confirmado.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia que el Juez Primero Civil del Circuito de Cúcuta profirió el 16 de Febrero de 2022, en el marco del proceso declarativo de

responsabilidad civil médica promovido por Miguel Ángel Ortiz Argüello, Jennifer Kathi, Brayan Alejandro, Franklin Antonio y Ángel Miguel Ortiz Ortiz, en contra de Coosalud EPS, Vihonco IPS y Clínica de Cancerología de Norte de Santander, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en las costas de esta instancia a la parte demandante. Las agencias en derecho causadas aquí se fijarán posteriormente por el magistrado sustanciador como lo dispone el numeral 3 del artículo 366 del Código General del Proceso y serán liquidadas en el Juzgado de primera instancia.

TERCERO: REMITIR el expediente digitalizado al Juzgado de origen, en firme esta sentencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ROBERTO CARLOS OROZCO NÚÑEZ
Magistrado

ÁNGELA GIOVANNA CARREÑO NAVAS
Magistrada
(EN PERMISO)



MANUEL FLECHAS RODRÍGUEZ
Magistrado

(El presente documento se suscribe de conformidad con lo previsto en el artículo 11 del Decreto Legislativo 491 de 28 de marzo de 2020, por cuya virtud se autoriza la "firma autógrafa mecánica, digitalizada o escaneada", en virtud de la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional).



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL CÚCUTA
SALA CIVIL – FAMILIA
(Área Civil)

MANUEL FLECHAS RODRIGUEZ
Magistrado Ponente

Proceso	Ejecutivo Singular
Radicado Juzgado	5400131530072202100167 01
Radicado Tribunal	2022-0029-01
Demandante	C.I. TRAFIGURA COAL COLOMBIA S.A.S
Demandada	FATIBAR ENERGY S.A.S

San José de Cúcuta, trece (13) de enero del dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO A RESOLVER

Procede esta Magistratura a resolver lo que en derecho corresponda dentro del proceso del epígrafe, a través de proveído del 21 de febrero del 2021, esta Sala Unitaria, admitió recurso de apelación formulado por el apoderado judicial de la parte ejecutada, en contra de la sentencia del 16 de noviembre del 2021 proferida por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cúcuta dentro del proceso Ejecutivo Singular promovido por C.I. TRAFIGURA COAL COLOMBIA S.A.S; seguidamente en providencia del 8 de julio de 2022, se le concedió a la apelante el término de cinco (5) días para que sustentara el recurso formulado, la cual fue notificada por estado electrónico el día 11 del mismo mes y año, en la pagina web de la rama judicial.

Posteriormente, a través de constancia secretarial, obrante en el archivo 009 de la carpeta de segunda instancia del expediente digital, se informó que la parte apelante no sustentó la alzada, dejando precluir la oportunidad concedida para tal fin; circunstancia que de conformidad a lo previsto en el inciso tercero del artículo 14 de la Ley 2213 de 2022, aunado al inciso segundo del numeral tercero del artículo 322 del estatuto procesal, conllevaría a que se declarará desierto el curso impetrado.

Sin embargo, este Despacho, ateniendo la posición adoptada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sede de tutela, consistente en que “en vigencia del Decreto Legislativo 806 de 2020, si desde el umbral de la interposición de la alzada el recurrente expone de manera completa los reparos por los que está en desacuerdo con la providencia judicial, no hay motivo para que el superior exija la sustentación de la impugnación (...)”(CSJ STC5499-2021, reiterada en CSJ STC8661-2021)¹, realizó la revisión exhaustiva de los documentos obrantes en el plenario, de la cual evidenció que mediante correo electrónico del 22 de noviembre del 2021, obrante en el archivo 34 de la carpeta de primera instancia del expediente digital, el apelante allegó escrito a través del cual sustentó su inconformidad respecto de la decisión proferida por el Juez de primera instancia; por lo que teniendo en cuenta lo previsto en el inciso tercero del artículo 14 de la Ley 2213 del 2022, y en aras de garantizar los derechos al debido proceso y defensa técnica, a través de providencia del 24 de agosto de 2022, se corrió traslado del memorial previamente citado a la contraparte, con el fin que se pronunciara sobre el reparo indicado por el recurrente.

Empero, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STL2791-2021, recogió el criterio que había venido adoptando, consistente en que no era viable declarar desierto el recurso de apelación cuando este había sido sustentado en primera instancia, dado que vulneraba el derecho fundamental al debido proceso del apelante, ya que realizó un nuevo estudio del artículo 322 del Código General del Proceso, teniendo en cuenta lo considerado por la Honorable Corte Constitucional en la sentencia SU 418-2019 de la Corte Constitucional, en donde indicó que “De acuerdo con esa metodología de interpretación, el recurso de apelación debe sustentarse ante el superior en la audiencia de sustentación y fallo, y el efecto de no hacerlo así es la declaratoria de desierto del recurso”. Razón por la cual dicho colegiado consideró que “en efecto la consecuencia de la no sustentación del recurso de apelación en segunda instancia, al margen de que los reparos concretos que se hubieren presentado en la audiencia y la sustentación se haya hecho por escrito ante el juez singular, es la declaratoria de desierto de la alzada (...)” (subrayado fuera de texto), posición que ha sido reiterada en los pronunciamientos STL8304-2021, STL 7317-2021 y STL 15819 del 2022.

En ese mismo sentido, la sentencia STL 3843 del 23 de marzo de 2022, señaló que, **“el remedio vertical debe sustentarse ante el superior y el efecto de no hacerlo así es la declaratoria de desierto del recurso.”**²

¹ Corte Suprema de Justicia- Sala Civil; Sentencia STC 16147 del 30 de noviembre de 2022; MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

² Corte Suprema de Justicia – Sala Casacion Laboral, STL 3843 del 23 de marzo de 2022; MP Fernando Castillo Cadena.

Así las cosas, se hace necesario declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por el extremo pasivo por no haberse cumplido cabalmente con la exigencia de la sustentación ante esta Corporación, requisito ineludible para que el fallador de segunda instancia quede habilitado para proferir sentencia.

En mérito de lo expuesto, el suscrito Magistrado Sustanciador.

RESUELVE

PRIMERO: Declarar **DESIERTO** el recurso de apelación incoado por FATIBAR ENERGY S.A.S en contra de la sentencia proferida el 16 de noviembre de 2021 por el Juzgado Séptimo del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso Ejecutivo Singular promovido por C.I. TRAFIGURA COAL COLOMBIA S.A.S, por falta de sustentación de la alzada.

SEGUNDO: Sin costas en esta Sede por no aparecer causadas.

TERCERO: En firme la presente providencia, devuélvase lo actuado al juzgado de origen previa constancia de su salida.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE³



MANUEL ANTONIO FLECHAS RODRÍGUEZ
Magistrado

³ En virtud de la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional y de conformidad con lo previsto en el artículo 11 del Decreto-Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, por cuya virtud se autoriza la "firma autógrafa mecánica, digitalizada o escaneada", se firma el presente documento por quienes integran esta Sala de Decisión.