



**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO OCTAVO CIVIL DEL CIRCUITO**

Santiago de Cali, veintiocho (28) de septiembre de dos mil veinte (2020)

**DEMANDANTES: LUZ ALEJANDRA GÓMEZ CINALES
JHON JAIRO SERNA GARCÍA
JHON ALEJANDRO SERNA GÓMEZ**

**DEMANDADOS: CENTRO DE MEDICINA FÍSICA Y REHABILITACIÓN
RECUPERAR S.A. IPS -RECUPERAR S.A. IPS
COOPERATIVA EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD Y
DESARROLLO INTEGRAL "COOSALUD ESS" -
COOSALUD ESS EPS-S
NICOLÁS EDUARDO TAFUR DAZA**

RADICACIÓN: 76001-31-03-008-2017-0330-00

SENTENCIA No. 083

I.- OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede este Despacho a dictar sentencia de Primera Instancia dentro del proceso VERBAL DE RESPONSABILIDAD MÉDICA propuesta por **LUZ ALEJANDRA GÓMEZ CINALES, JHON JAIRO SERNA GARCÍA y JHON ALEJANDRO SERNA GÓMEZ** contra **CENTRO DE MEDICINA FÍSICA Y REHABILITACIÓN RECUPERAR S.A. IPS -RECUPERAR S.A. IPS COOPERATIVA EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD Y DESARROLLO**

INTEGRAL “COOSALUD ESS” - COOSALUD ESS EPS-S y NICOLÁS EDUARDO TAFUR DAZA.

II. DE LA DEMANDA.

Conforme el libelo genitor formulado por los demandantes contra **COOSALUD ESS EPS, RECUPERAR SA IPS y NICOLÁS EDUARDO TAFUR DAZA** y sus pretensiones se tiene que la misma admite el siguiente compendio:

El 12 de agosto de 2012 la niña Natalia Serna Gómez presenta dolor en su pierna izquierda e inflamación detectada por sus progenitores, por lo que solicitan una cita médica de forma particular en el Centro Médico Provivir. En dicha institución fue atendida por el profesional de la salud Germán Lozano quien prescribió la práctica de una radiografía en el miembro inferior de la menor.

Recibido el resultado de la radiografía el galeno referido indicó como posible diagnóstico un *osteosarcoma*, motivo por el cual ordenó la práctica de una resonancia magnética y la correspondiente remisión a la especialidad de ortopedia.

En atención a los costos que acarreaba el examen prescrito, los padres de la niña Natalia Serna Gómez debieron hacer uso de los servicios médicos ofrecidos por el Sistema de Salud Subsidiado, sin embargo, ante diversas irregularidades e inconsistencias en la afiliación de la menor, pues no aparecía registrada en la base de datos de los afiliados al Sistema de Salud mediante el régimen subsidiado, debieron costear a través de préstamos la resonancia magnética para su hija.

Obtenida la resonancia magnética acudieron ante el médico Jorge Enrique Navia quien les manifestó la gravedad de la enfermedad y la premura con la que debía realizarse una biopsia a la extremidad de la niña, la cual no pudo llevarse a cabo a través del Régimen Subsidiado, sino, de manera particular.

Una vez fue confirmado el diagnóstico de *osteosarcoma*, el profesional sanitario en referencia ordenó la práctica de cuatro ciclos de quimioterapia y posterior a ello una cirugía de resección del tumor maligno. Empero, al no haberse resuelto la divergencia en la afiliación de la niña a la EPS Coosalud, ingresó como vinculada al Hospital Universitario del Valle, pues sólo hasta el 22 de octubre de 2012, recibió el carnet de afiliación a la EPS. Esta entidad decidió remitir a la paciente a la IPS Recuperar S.A. para la realización del tercer ciclo de quimioterapia, pero este sólo fue posible el 19 de noviembre de esa anualidad en el Centro Médico Imbanaco debido a la falta de diligencia de la IPS y la EPS.

El cuarto ciclo de quimioterapia se llevó a cabo el 17 de diciembre de 2012, pero con la zozobra de no tener de manos de la EPS Coosalud la autorización para la cirugía prescrita por el Dr. Jorge Enrique Navia, cuya finalidad era practicarse en el mes de enero de 2013; sin embargo, por trámites administrativos de las entidades demandadas no fue posible la expedición de la autorización del procedimiento quirúrgico de manera célere. Por lo anterior los padres de la niña Natalia acudieron a instancias judiciales a través de la acción tuitiva que incluso mereció el inicio de trámite incidental para obtener el cumplimiento de la orden constitucional emanada del Juzgado Quince Civil Municipal de Cali.

Finalmente, después de múltiples vicisitudes, la menor Natalia fue intervenida quirúrgicamente el 27 de mayo de 2013, sin embargo, fallece el 22 de julio de esa misma anualidad debido a la enfermedad que la aquejaba.

A partir del anterior recuento fáctico, se pretende:

1. Condenar a los demandados pagar de su patrimonio una placa metálica conmemorativa de 20 x 30 cms en donde se inscriba en letras el siguiente rótulo: *“El derecho a la salud de los niños, es nuestra principal prioridad. En memoria de Natalia Serna Gómez”* a fin de ser situados en cada uno de los establecimientos médicos de Coosalud EPS y Recuperar IPS.

2. Condenar a los demandados pagar solidariamente por concepto de perjuicios morales la suma correspondiente a 250 smlmv a cada uno de los demandantes.

3. Condenar a los demandados pagar solidariamente por perjuicios materiales las siguientes sumas:

3.1. Daño emergente:

La suma total de \$5.797.000.

3.2. Lucro cesante:

La suma total de \$38.980.000

Del trámite procesal y de las contestaciones.

La presente demanda de Responsabilidad Civil fue adelantada inicialmente ante la jurisdicción Contenciosa Administrativa y por ende el trámite impartida a la misma se efectuó bajo los presupuestos normativos del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, hasta la celebración de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la codificación mencionada, estadio procesal donde se declaró probada la excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto a la Nación-Ministerio de Salud y Protección Social y Nación-Superintendencia Nacional de Salud; decisión confirmada por el Tribunal Contencioso Administrativo mediante Auto Interlocutorio N° 440 de 30 de mayo de 2017.

Posteriormente, el Juzgado Administrativo cognoscente fija la fecha y hora para dar continuidad a la Audiencia Inicial, etapa donde el apoderado de la parte demandante solicitó remitir el expediente a esta jurisdicción, petición acogida por esa agencia judicial.

Recibido el expediente en este recinto judicial se propuso remitir las diligencias a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura a fin de dirimir el conflicto de competencia planteado; cuya resolución fue asignarlo a este juzgado.

Conforme lo dispuesto y atendiendo las etapas procesales surtidas hasta el momento, se procedió con la programación de la audiencia inicial referida en el artículo 372 del Código General del Proceso a fin de ajustar el decurso procesal a la normatividad que rige para la jurisdicción ordinaria.

Así pues, efectuado el sucinto recuento del trámite procesal impartido al proceso en ciernes se tiene que las excepciones planteadas por los demandados son:

- El demandado COOSALUD ESS EPS contestó la demanda aceptando algunos hechos, negando y no constándole en su mayoría los demás y por ende oponiéndose a las pretensiones proponiendo como excepciones de mérito las denominadas *“Inexistencia de responsabilidad de acuerdo con la ley; Inexistencia del nexo causal porque la muerte de la paciente no obedeció a una falla del servicio de Coosalud EPS; Improcedencia de las pretensiones; Falta de legitimidad en la causa por pasiva; Inexistencia de pruebas para demostrar el daño, la falla del servicio y el nexo de causalidad”*.
- El demandado NICOLÁS EDUARDO TAFUR arrió contestación a la demanda no constándole la mayoría de los hechos y negando otros y rechazando la prosperidad de las pretensiones a través de la excepción de mérito denominada: *“Inexistencia de obligación y responsabilidad”*.
- La demandada Recuperar SA IPS también contestó la demanda negando la mayoría de los hechos y manifestando ser afirmaciones subjetivas los fundamentos fácticos descritos por el apoderado judicial de los demandantes y en general se opuso a todas las pretensiones elevando las excepciones de mérito

rotuladas *“inexistencia de obligación y responsabilidad; Inexistencia del daño por parte de Recuperar SA IPS; Falta de legitimación en la causa por pasiva; y la Innominada”*.

III. CONSIDERACIONES.

1. PRESUPUESTOS PROCESALES.

Los presupuestos procesales de competencia del juez, capacidad para ser parte, para comparecer al proceso y demanda en forma se cumplen en esta ocasión en la que los contendientes se encuentran igualmente legitimados en la causa tanto por activa como por pasiva respectivamente, teniendo en cuenta que los demandantes son quienes, en su calidad de madre, padre y hermano pretenden el pago de la indemnización por los perjuicios presuntamente causados con el fallecimiento de la niña NATALIA SERNA GÓMEZ y, los demandados son la empresa promotora de salud a la cual se encontraba afiliada la menor de edad – Coosalud EPS-, la institución prestadora del servicio de salud –Recuperar S.A. IPS- y el agente en calidad de Director Médico de la IPS –Nicolás Eduardo Tafur Daza.

2. NATURALEZA DE LA PRETENSIÓN Y DE LA ACCIÓN.

El apoderado judicial de la parte demandante, según se desprende de la lectura de los hechos y pretensiones de la demanda, fundamenta la responsabilidad civil de los demandados en el incumplimiento de las obligaciones impuestas por el Sistema General de Seguridad Social en Salud para la atención de sus afiliados y las disposiciones contenidas en la ley 1388 de 2010 al haber retrasado la autorización de la cirugía prescrita por el médico tratante a la menor Natalia Serna Gómez.

De esta manera, de conformidad con lo narrado por la parte actora en la demanda, estos delimitan el objeto de estudio del presente proceso, el cual

obedece a una responsabilidad organizacional de la Entidad Promotora de Salud, la Institución Prestadora de Salud y sus agentes; más no por el acto médico desplegados por los galenos tratantes de la niña Natalia Serna Gómez ni menos la pertinencia o procedencia de los mismos como lo quiere hacer ver el extremo pasivo.

Bajo esa claridad sustancial, es pertinente indicar que *“La organización es un sistema complejo que se define como un conjunto de elementos interrelacionados para alcanzar un objetivo o lograr un fin. «Un sistema puede ser definido como un complejo de elementos interactuantes». (LUDWIG VON BERTALANFFY. Teoría general de los sistemas. México: FCE, 2014. p. 56). Tales elementos son interdependientes, por lo que no basta estudiarlos aisladamente. No obstante, para la identificación de una unidad de acción susceptible de imputación no es posible abarcar la totalidad de las relaciones o condiciones de contorno dentro del sistema complejo, por lo que se presenta la necesidad de introducir criterios de selección según el marco de valores del ordenamiento jurídico”¹.*

Igualmente ha de entenderse que el paciente cuando ingresa al Sistema General de Seguridad Social en Salud para obtener el restablecimiento de su salud o morigerar sus dolencias físicas o psíquicas es atendido por un conglomerado de agentes administrativos, médicos, paramédicos, enfermeros, auxiliares, entre otros a fin de ejecutar los actos necesarios según el criterio médico científico para salvaguardar la salud del paciente. Tales actos son determinados por la misma organización.

Entonces, de conformidad con los artículos 178, 179 y 180 de la ley 100 de 1993, las entidades promotoras de salud tienen el control sobre la calidad de la prestación del servicio de salud, al indicar el primer artículo en cita que *“Las EPS tienen la obligación de establecer los procedimientos para controlar y evaluar sistemáticamente la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad de los servicios prestados por las instituciones prestadoras de servicios de salud”*

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC 13925 de 2016.

(Subrayado y negrillas por el Despacho).

Por otro lado, el artículo 185 de la Ley 100 de 1993 establece que *“son funciones de las instituciones prestadoras de servicios de salud prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente ley”*.

“La función que la ley asigna a las IPS 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.

La responsabilidad civil derivada de los daños sufridos por los usuarios del sistema de seguridad social en salud, en razón y con ocasión de la deficiente prestación del servicio – se reitera– se desvirtúa de la misma manera para las EPS, las IPS o cada uno de sus agentes, esto es mediante la demostración de una causa extraña como el caso fortuito, el hecho de un tercero que el demandado no tenía la obligación de evitar y la culpa exclusiva de la víctima; o la debida diligencia y cuidado de la organización o de sus elementos humanos al no infringir sus deberes objetivos de prudencia”².

Bajo ese alero, la jurisprudencia ha indicado que el juicio de reproche puede recaer sobre la organización y en uno o algunos de sus elementos en forma solidaria siempre que se cumplan los presupuestos consignados en el artículo 2344 del Código Civil.

Por tanto, se infiere que la responsabilidad emanada de una atención deficiente a un paciente no deriva de un acto ejecutado por un agente omnímodamente, sino en una serie de actos u omisiones que constituyen el todo de un proceso, que debe valorarse completamente para establecer el resultado lesivo cuya

² Ibídem.

indemnización se reclama, pues *“La inobservancia de los criterios establecidos por el conocimiento científico afianzado u objetivo constituye un indicio de la culpa directa de la organización o de sus agentes particulares cuando tales violaciones están descritas por la evidencia médica como factores de riesgo desencadenantes de los daños sufridos por el usuario”*³.

3.- PROBLEMA JURIDICO.

El problema jurídico que surge en el presente asunto está encaminado a determinar si se encuentran cumplidos o no los presupuestos axiológicos de la responsabilidad organizacional por parte de los demandados en la atención médica dispensada a la menor de edad Natalia Serna Gómez para el manejo de su diagnóstico de *osteosarcoma*. En caso afirmativo, se establecerá la posible causación de perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales irrogados a cada uno de los demandantes.

4.- CASO CONCRETO.

4.1. Responsabilidad de la EPS e IPS.

4.1.1. En el asunto bajo estudio debe reiterarse la inexistencia de discusión sobre la legitimación en la causa por pasiva que tiene COOSALUD ESS EPS por cuanto es la entidad promotora de salud a la cual se encontraba afiliada la niña Natalia Serna Gómez al momento de su fallecimiento, como tampoco existe controversia sobre la legitimación que le asiste a RECUPERAR S.A. IPS y al Dr. Nicolás Eduardo Tafur en virtud a ser la entidad prestadora del servicio de salud dirigida en su momento por el señor Tafur.

La anterior reiteración debe hacerse con ocasión de la excepción previa de *“falta de legitimación en la causa por pasiva”* presentada por Recuperar SA IPS, la cual,

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC9193-2017 de 28 de junio de 2017.

conforme el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo debía resolverse en la Audiencia Inicial de que trata el artículo 180 de esa codificación; pero al ser remitido el expediente antes de su resolución de fondo, pues la juez cognoscente determinó con base al relato de los hechos y pruebas que tal excepción debía resolverse en la sentencia y, como quiera que dicho medio de defensa no se encuentra listado dentro de las excepciones señaladas taxativamente en el artículo 100 del Código General del Proceso y en aras de salvaguardar el derecho fundamental de contradicción, defensa y debido proceso se hace mención de la misma de manera liminar en esta sentencia, con la salvedad de que dicha excepción no tiene vocación de prosperidad porque la niña Natalia Serna Gómez al momento de la remisión a la IPS Recuperar S.A., su enfermedad no había progresado pues así fue documentado por la profesional de la salud Dra. Margarita Quintero de Charry quien conforme a los exámenes médicos practicados no evidenció lesiones asociadas a metástasis.

Por tanto, la entidad demandada al enarbolar su argumento de falta de legitimación en la causa por pasiva en una presunta patología avanzada de la menor riñe con el caudal probatorio obrante en el expediente, específicamente la historia clínica del Hospital Universitario del Valle.⁴

Tampoco se debate la atención médica prestada en el Centro Médico Provivir ni el resultado de la radiografía y la resonancia magnética⁵; igualmente no existe discusión de la consulta médica dispensada por el Dr. Jorge Enrique Navia quien prescribió la práctica de una biopsia conclusiva del diagnóstico "*osteosarcoma*"⁶, debiendo acudir en calidad de vinculada al Hospital Universitario del Valle, entidad donde la menor de edad fue atendida entre el 7 de septiembre al 21 de octubre de 2012⁷ y a partir del 12 de noviembre de esa anualidad hasta el momento

⁴ Reverso folio 73 y folio 724.

⁵ Folios 36 a 40.

⁶ Folios 42, 43 y 45.

⁷ Folios 51 a 129.

del fallecimiento -22 de julio de 2013- recibió atención en el Centro Médico Imbanaco.

De esta manera, la controversia articulada por las partes y con el fin de dar solución al problema jurídico planteado en precedencia, a renglón seguido se acometerá el estudio en conjunto de la totalidad del haz probatorio recopilado, en especial la historia clínica emitida por las diversas entidades clínicas y hospitalarias, la documental aportada y los interrogatorios de las partes, ya que de entrada ha de indicarse que respecto a la prueba testimonial practicada al Dr Alejandro Hijuelos Reyes es bien sabido que su admisibilidad depende en buena medida de que las declaraciones sean responsivas, condición que ha de entenderse satisfecha cuando se relaten concienzudamente incluyendo las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el hecho y la manera como el testigo tuvo conocimiento del mismo, ya que así le permitirá al juzgador apreciar la veracidad con que el testimonio se produce, es decir, si la información suministrada está bajo la acción de los sentidos del testigo o si se apoya en observaciones personales sobre el asunto preguntado.

Empero, cuando éstos poseen conocimientos científicos sobre la materia investigada, pueden deducir consecuencias de tales circunstancias advertidos con fundamento en esas especiales condiciones, lo cual le permite hacer un relato claro, exacto y lógico, siempre y cuando la situación fáctica haya sido perceptible, tal como puede acontecer en el caso de los médicos que han tratado al paciente y que al testificar conceptúan sobre la naturaleza y consecuencias de la patología.

“De suerte entonces, que en la legislación probatoria colombiana se le concede eficacia de tal índole a esta clase de medio, que refuerza enormemente el testimonio para darle mayor credibilidad, debido a su idoneidad, pero aún más cuando se trate de galenos que han

*auscultado personalmente al enfermo, pero con mayor preponderancia el de aquella especialidad*⁸ (Subrayado y negrillas por el Despacho).

Para el caso en ciernes, es claro que el profesional de la salud Alejandro Hijuelos Reyes no abordó las facetas de la patología que aquejó a la menor de edad, además de no contar con la especialidad para el manejo de un paciente como la niña Natalia Serna, pues así lo dejó sentado en su declaración al manifestar que no atendió a la menor y que tuvo conocimiento de los hechos por los comentarios que le hiciera un Comité Médico posterior al fallecimiento de la paciente, pues no estaba seguro de haber conocido el caso en vida de la usuaria; es decir, las situaciones aquí debatidas no le constaron, sino que se tratan de opiniones atinentes al manejo médico dispensado por otros galenos a la niña Natalia para el tratamiento de su patología, pese a no ser especialista en hemato oncología, ortopedia y pediatría, además aclaró que atender a un adulto es diferente a tratar un niño y *“entre ellos existen grandes diferencias”*.

Ahora bien, es cierto que el estatuto procesal no establece una presunción de sospecha contra el declarante por el mero hecho de su parentesco, dependencia, sentimientos o interés con relación a las partes o sus apoderados, o por sus antecedentes personales u otras causas; pero tales circunstancias sí pueden afectar la credibilidad o imparcialidad del deponente, por lo que deben ser tomadas en cuenta con el fin de valorar la consistencia de la información contenida en el medio de prueba, a partir de su correspondencia con las demás pruebas y con el contexto⁹. Esto en virtud a lo claramente informado por el testigo quien manifestó sostener una vinculación laboral con la IPS Recuperar S.A., pues se desempeña como oncólogo clínico, máxime que no resulta ser preciso cuándo se le pregunta por el tiempo o modo en que ocurrieron los hechos, circunstancia que reafirma la no constatación de los hechos debatidos en el presente litigio.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de febrero de 2008, Magistrada Ponente, Dra. Ruth Marina Díaz Rueda.

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC9193-2017 de 28 de junio de 2017.

Por tanto, este operador judicial debe acudir a los conceptos de los médicos tratantes de la menor Natalia Serna, además de la literatura médica de fácil acceso y público conocimiento procedente de instituciones especializadas en el manejo del cáncer y particularmente del paciente oncológico pediátrico, pues de no hacerlo de acuerdo con la sana crítica sería guiarse por la creencia precipitada en el dicho del especialista.

Ahora, si en gracia de discusión se aceptara el testimonio rendido por el profesional Hijuelos Reyes por tener conocimiento científico en la especialidad de *medicina oncológica clínica en adultos*, lo cierto es que su narración no se acompasa a los criterios y conceptos consignados por los médicos tratantes Jorge E. Navia, Carlos A. Portilla F y Carlos Andrés Lores en los documentos rotulados “*Junta Médica de Oncología*” y “*Resumen de Historia Clínica*”.

De manera que, ante dos conceptos de expertos, unos sin ningún tipo de relación con las partes y otro con un vínculo laboral desde la época de los hechos, se debe tomar con sumo cuidado el otorgamiento de toda la credibilidad al segundo, “*sobre todo cuando la experiencia muestra que la declaración de una persona que puede comprometer la responsabilidad patrimonial de su empleador no es igual de espontánea y exacta que la que se obtiene de un tercero completamente ajeno a los intereses de las partes. Este indicador, aunque no es per se demeritorio, como ya se explicó, debió llamar la atención del sentenciador para corroborar la consistencia y coherencia de la información aportada*”¹⁰.

Siendo así las cosas, cobra plena validez los documentos rotulados “*Junta Médica de Oncología*” y “*Resumen de Historia Clínica*”, los recuentos clínicos emitidos por las entidades sanitarias que atendieron a la menor Natalia Serna y las demás pruebas documentales que conforman el plexo probatorio y al no haber sido tachados de falso, se procederá a su estudio para verificar el cumplimiento o no de los presupuestos de la responsabilidad organizacional de la EPS Coosalud, IPS

¹⁰ Ibídem.

Recuperar SA y el Dr. Nicolás Eduardo Tafur Daza o, si por el contrario emerge un eximente de responsabilidad.

4.1.2. Bajo el anterior parámetro estructural de la sentencia, es preciso acotar que la Ley 100 de 1993 en su artículo 153 en consonancia con el artículo 157 consagra la obligación para todos los habitantes del país de afiliarse al sistema general de seguridad social en salud, estableciendo los tipos de participantes en el sistema, algunos afiliados mediante el régimen contributivo, otros mediante el régimen subsidiado, y los vinculados en forma temporal mientras logran afiliarse al régimen subsidiado.

Para el caso en ciernes, se encuentra probado que la afiliación de la menor de edad Natalia Serna Gómez a la EPS Coosalud ESS se materializó el 22 de octubre de 2012¹¹, después de múltiples vicisitudes derivadas de las inconsistencias del registro de la niña en el Régimen Subsidiado, tal como quedó consignado en la atención del 14 de septiembre de esa misma anualidad donde se indicó los problemas de expedición del carné por parte de la “ARS Coosalud”. No obstante, la atención médica dispensada a la paciente en el Hospital Universitario del Valle desde el 7 de septiembre a 22 de octubre de 2012 se hizo a través de la figura denominada “vinculados”.

Se encuentra igualmente documentado las atenciones en salud prestadas en la institución hospitalaria en referencia, dejando en claro desde este instante y atendiendo a la excepción de *“Inexistencia del daño por parte de Recuperar SA IPS”* y *“falta de legitimación en la causa por pasiva”* y como parte de sustento de otras más presentadas por la demandada Recuperar S.A. IPS, que el diagnóstico emitido para el 21 de septiembre de 2012 conforme a la revisión del TAC de tórax que hiciera la Hemato Oncóloga Pediatra, Dra. Margarita Quintero, es que *“no se evidencian lesiones sugestivas de metástasis”*, es decir, para la época de afiliación la enfermedad no estaba avanzada como lo quiere hacer ver el apoderado judicial

¹¹ Folios 5 y 10.

de la encartada, por el contrario, en la nota médica del 19 de octubre de la anualidad en referencia se destaca que la menor *“se encuentra en su segundo ciclo de quimioterapia, con disminución del volumen de tumoración”* (Subrayado y negrillas por el Despacho).

Para el día 9 de noviembre de 2012, el médico tratante Jorge Enrique Navia consigna en la historia clínica *“Con RX tórax con nódulos parahiliares izquierdos...”* y ordena la *“toma TAC de tórax y RMN pelvis y fémur izquierdo”*.

Posteriormente, el 19 de noviembre, la menor acude al Centro Médico Imbanaco para el tercer ciclo de quimioterapia, data en la que es valorada por la Hemato Oncóloga Pediatra Dra. Margarita Quintero de Charry quien concluye *“tumor con biología altamente agresiva, con evidencia de progresión de la enfermedad durante quimioterapia, mal pronóstico”*. El día 21 de noviembre la profesional sanitaria consigna en la historia clínica *“PTE en buenas condiciones, tolerando bien la quimioterapia, asintomática excepto náuseas. TAC de tórax con imágenes compatibles con metástasis pulmonares”*.

No obstante haberse presentado metástasis para el mes de noviembre, lo cierto es que por otra parte se evidencia que para el tratamiento de la menor, exactamente la quimioterapia hubo retrasos en la prestación del servicio debido a trámites administrativos de la EPS Coosalud pues así se evidencia de la misiva presentada por los padres de la niña Natalia ante la entidad el 17 de diciembre de 2012, de la cual no se evidencia respuesta de parte de la entidad o que hubiesen tachado de falso el documento.

Igualmente se evidencia una cotización expedida por el Centro Médico Imbanaco y dirigida al Dr. Nicolás Tafur, Director Médico de Recuperar SA IPS para el procedimiento quirúrgico planteado por el médico tratante Jorge E. Navia, , consistente en *“Resección radical de lesión tumoral que compromete tibia proximal izquierda-reconstrucción con endoprótesis oncológica de crecimiento con ultrasonido de*

tibia proximal (sistema no invasivo) – transferencias miotendinosas de rodilla –colgajos de gastrocnemios para cubrimiento de defecto”, por valor de \$170.000.000¹².

Pese a la prescripción médica emitida por el galeno tratante la cual era de carácter urgente a fin de realizar un control local de la enfermedad, los padres de la niña Natalia debieron acudir a la acción de tutela para amparar los derechos fundamentales a la vida, salud, seguridad social y dignidad humana de su menor hija; mecanismo constitucional conocido por el Juzgado Quince Civil Municipal de esta urbe que mediante sentencia N° 38 de 22 de marzo de 2013 dispuso salvaguardar los derechos de la paciente ordenando a Coosalud EPS autorizar en un término no mayor a 48 horas la cirugía prescrita por el médico tratante, al igual que los medicamentos, insumos y demás que requiera la amparada pero con la advertencia de hacerse de manera oportuna ya que *“no se puede prolongar las autorizaciones de forma indefinida en el tiempo, a fin que le permitan controlar y disminuir el sufrimiento causado por su estado de salud”*. Posteriormente, se evidencia la expedición de la misma cotización por parte del Centro Médico Imbanaco, la cual difiere de la primera en la fecha de emisión¹³, dicha expedición se realizó por petición de Recuperar IPS, a pesar de existir una con anterioridad desde el mes de diciembre de 2012.

Ante el incumplimiento de la orden constitucional emitida, la madre de la pequeña presentó incidente de desacato, efectuado el primer requerimiento a la entidad el 9 de abril de 2013, el segundo el 12 del mismo mes y anualidad y el tercero el 23 de abril dado el incumplimiento de la entidad enjuiciada Coosalud EPS¹⁴. Además de los múltiples correos electrónicos remitidos por el padre de la niña Natalia a la EPS solicitando información de la realización de la Junta Médica y de la autorización de la cirugía, tal conversación se llevó a cabo desde el 14 de marzo al 16 de abril de ese mismo año¹⁵.

¹² Folios 131 y 132.

¹³ Folios 173 y 174.

¹⁴ Folios 148 a 151, 159 y 160

¹⁵ Folios 164 a 172.

Lo anterior evidencia que ante las peticiones del señor Jhon Jairo Serna García, la funcionaria Judy Marina Valdés González de Coosalud EPS emitió como única respuesta que Recuperar SA IPS es la entidad encargada de prestarle el servicio de salud a la paciente y de efectuar un *“estudio de extensión, indicados por un Par especialistas en manejo de este tipo de patología, antes de someter a la menor a cualquier procedimiento quirúrgico”*, pero sin precisar fechas o un plazo cierto para la realización del estudio, es decir, una respuesta imprecisa.

Dígase además que la madre de la menor mediante memorial presentado el 3 de mayo de 2013 puso en conocimiento de la juez cognoscente de las vicisitudes, dificultades e inconvenientes con el pago efectivo de la cirugía prescrita a la paciente y lo sucedido en la IPS Dinámica respecto a la desaparición del sistema como afiliada de Coosalud EPS ¹⁶, circunstancia sobre la cual no hubo pronunciamiento por parte de los demandados que por lo menos acreditara una debida diligencia y cuidado en la prestación del servicio de salud.

Como gran colofón de las dilaciones en la autorización de la cirugía prescrita desde el mes de noviembre por el médico tratante, obra en el plexo probatorio un documento rotulado *“Junta Médica de Oncología”* realizada por los profesionales sanitarios, Jorge Enrique Navia, Andrés Portilla y Andrés Lores quienes efectuaron un resumen de la historia clínica de la paciente Natalia Serna Gómez y anexo a ello la decisión de la junta médica de la cual se avizora nítidamente que la orden de intervención quirúrgica de *“resección tumoral y reconstrucción con endoprótesis de crecimiento”* fue prescrita desde el mes de noviembre de 2012, pero ante la tardanza o mora en la autorización por parte del asegurador en salud la paciente siguió con el tratamiento de quimioterapia pero con la lesión primaria activa. Ya que del documento en ciernes se desprende que resuelto el control local, se debía continuar con quimioterapia *“para consolidación del tratamiento, los protocolos a usar dependerán del porcentaje de respuesta determinados con la pieza de resección y/o nuevos protocolos consultados en el hospital Saint Jude”*, a renglón

¹⁶ Folios 161 y 162.

seguido se acota que *“la unidad de oncología ortopédica y las personas participantes en esta junta aclaran que pese a que se han realizado en múltiples ocasiones los trámites de solicitud del tratamiento antes propuesto, no se ha logrado autorización por parte de a(sic) entidad de salud, lo que empeora el pronóstico de la paciente y pone en riesgo su vida”*¹⁷.

Igualmente se desprende que debido a la mora en la autorización de la intervención médica, la paciente debe continuar con el ciclo de quimioterapia por la progresión de la enfermedad. De lo cual se infiere que en efecto la cirugía que con meses de anterioridad había sido prescrita por el galeno tratante para controlar localmente la enfermedad devino en paliativa a fin de morigerar el dolor que aquejaba a la paciente, situación que difiere del argumento abanderado por el extremo pasivo quienes en síntesis quieren dar a entender sin ruborizarse que por ser paliativo el procedimiento no contribuiría al mejoramiento de la paciente y que por tanto nada incidió la autorización del mismo, tal como lo mencionó el testigo técnico Dr. Alejandro Hijuelos Reyes, quien refirió que la niña Natalia Serna no pudo intervenir quirúrgicamente porque el *hemato oncólogo pediatra consideró que no era operable*, afirmación no avizorada dentro del documental clínico, por el contrario, lo que sí se evidencia es que la lesión tumoral disminuyó de tamaño, como se mencionó líneas atrás.

Adicionalmente, este Despacho Judicial en aras de obtener una mayor ilustración sobre el caso que nos concita, ya que el juez puede acudir a la literatura científica para complementar e interpretar las pruebas obrantes en el proceso, sin que ello implique el reemplazo absoluto de las pruebas concernientes a los hechos singulares discutidos en el proceso, como lo son la historia clínica, o demás pruebas documentales o testimoniales, la literatura científica se acepta como criterio hermenéutico del material probatorio en aquellos casos en los que éste no resulta suficientemente conclusivo.

¹⁷ Folio 134.

Por consiguiente se acudió a la página web institucional del Instituto Nacional del Cáncer –NIH (Por sus siglas en inglés) a fin de indagar respecto de los tipos de tratamientos para tratar los niños con cáncer, específicamente un *osteosarcoma*¹⁸, encontrando para esta patología los tratamiento comunes como *“cirugía, quimioterapia, radioterapia, inmunoterapia y trasplante de células madre.*

*Algunas personas con cáncer solo recibirán un tipo de tratamiento. Sin embargo, la mayoría reciben una combinación de tratamientos como cirugía con quimioterapia o con radioterapia”*¹⁹.

En la misma página web se explica la manera de diseminarse este tipo de cáncer, así:

“El cáncer se disemina en el cuerpo de tres maneras.

El cáncer se puede diseminar a través del tejido, el sistema linfático y la sangre:

- *Tejido. El cáncer se disemina desde donde comenzó y se extiende hacia las áreas cercanas.*
- *Sistema linfático. El cáncer se disemina desde donde comenzó y entra en el sistema linfático. El cáncer se desplaza a través de los vasos linfáticos a otras partes del cuerpo.*
- *Sangre. El cáncer se disemina desde donde comenzó y entra en la sangre. El cáncer se desplaza a través de los vasos sanguíneos a otras partes del cuerpo.*

Cuando el cáncer se disemina a otra parte del cuerpo, se llama metástasis.

¹⁸ *Osteosarcoma* surge de células que forman huesos llamadas osteoblastos en tejido osteoide (tejido óseo inmaduro). Este tumor sucede normalmente en el brazo cerca del hombro y en la pierna, cerca de la rodilla en niños, adolescentes y adultos jóvenes

¹⁹ <https://www.cancer.gov/espanol/tipos/infantil>

Las células cancerosas se desprenden de donde se originaron (el tumor primario) y se desplazan a través del sistema linfático o la sangre.

El tumor metastásico es el mismo tipo de cáncer que el tumor primario. Por ejemplo, si el osteosarcoma se disemina a los pulmones, las células cancerosas en los pulmones son, en realidad, células de osteosarcoma. La enfermedad es osteosarcoma metastásico, no cáncer de pulmón.

El osteosarcoma y el histiocitoma fibroso maligno se describen como localizados o metastásicos.

- El osteosarcoma o el HFM localizados no se diseminaron afuera del hueso donde empezó el cáncer. En ocasiones hay una o más áreas de cáncer en el hueso que se extirpan durante una cirugía.
- El osteosarcoma o el HFM metastásico se diseminaron desde el hueso donde empezó el cáncer a otras partes del cuerpo. El cáncer se disemina más a menudo a los pulmones. También es posible que se disemine a otros huesos”.

Así mismo, el Instituto del Cáncer indica, “El tratamiento de niños con osteosarcoma o histiocitoma fibroso maligno lo debe planificar un equipo de médicos expertos en el tratamiento de cánceres infantiles.

- **Se utilizan cinco tipos de tratamiento estándar:**
 - Cirugía
 - Quimioterapia
 - Radioterapia
 - Samario

El tratamiento será supervisado por un oncólogo pediatra, un médico que se especializa en el tratamiento de niños con cáncer. El oncólogo pediatra trabaja con otros proveedores de atención de la salud infantil que son expertos en el tratamiento del

osteosarcoma y el HFM y que se especializan en ciertos campos de la medicina. Entre ellos, se incluyen los siguientes especialistas:

- *Pediatra.*
- *Cirujano ortopédico que tenga experiencia en el tratamiento de tumores óseos.*
- *Radioncólogo.*
- *Especialista en rehabilitación.*
- *Enfermero especializado en pediatría.*
- *Trabajador social.*
- *Especialista en vida infantil.*
- *Psicólogo.*

Con respecto a los tratamientos, la institución explica:

“Cirugía.

Siempre que sea posible, se realiza una cirugía para extirpar todo el tumor. A veces se administra quimioterapia antes de la cirugía para reducir el tamaño del tumor. Esta se llama quimioterapia neoadyuvante. Se administra quimioterapia para que se extirpe menos tejido óseo y haya menos problemas después de la cirugía.

Es posible que se realicen los siguientes tipos de cirugía:

- *Escisión local amplia: cirugía para extirpar el tumor y parte del tejido sano alrededor del mismo.*
- *Cirugía para preservar un miembro: extirpación del tumor de un miembro (brazo o pierna) sin amputación, de modo de salvar la función y la apariencia del miembro. La mayoría de los pacientes de osteosarcoma en un miembro se pueden tratar con cirugía para preservar el miembro.* Se extirpa el tumor mediante una escisión local amplia. Después, el tejido y hueso extirpados se pueden reemplazar con un injerto usando tejido y hueso tomado de otra parte del cuerpo del

paciente, o se puede realizar un implante como el de hueso artificial. Si se encuentra una fractura en el momento del diagnóstico o durante la quimioterapia previa a la cirugía, aún puede ser posible en algunos realizar una cirugía para preservar el miembro. Si el cirujano no puede extirpar todo el tumor y suficiente tejido sano alrededor del mismo, se puede llevar a cabo una amputación.

- *Amputación: cirugía para extirpar una parte de un brazo o una pierna, o todo el miembro. Esto se puede llevar a cabo si no es posible extirpar todo el tumor mediante una cirugía para preservar el miembro. Después de la amputación, se puede colocar al paciente una prótesis (miembro artificial).*
- *Rotoplastia: cirugía para extirpar el tumor y la articulación de la rodilla. La parte de la pierna que queda debajo de la rodilla se une luego con la parte de la pierna que queda encima de la rodilla, con el pie mirando hacia atrás y el tobillo funcionando como una rodilla. A continuación, se puede agregar una prótesis al pie.*

Hay estudios en los que se observó que la supervivencia es la misma cuando la primera cirugía que se realiza es una cirugía para preservar el miembro o una amputación.

Una vez que el médico extirpa todo el cáncer visible en el momento de la cirugía, es posible que algunos pacientes reciban quimioterapia para destruir cualquier célula cancerosa que quede en el área donde se extirpó el tumor o que se haya diseminado a otras partes del cuerpo. El tratamiento administrado después de la cirugía para disminuir el riesgo de que el cáncer vuelva se llama terapia adyuvante.

Quimioterapia.

La quimioterapia es un tratamiento del cáncer para el que se utilizan medicamentos para detener la formación de células cancerosas, ya sea mediante su destrucción o al impedir su multiplicación.

La quimioterapia combinada es el uso de más de un medicamento contra el cáncer.

La quimioterapia se suele administrar antes o después de la cirugía para extirpar el tumor primario” (Subrayado y negrillas por el Despacho).

Ahora bien, atendiendo el énfasis y reiteración que hicieron los apoderados judiciales del extremo pasivo respecto a la incompatibilidad entre intervenir la extremidad de la menor y los nódulos pulmonares emergentes, es preciso traer de nuevo a colación lo explicado por el Instituto del Cáncer – NIH, específicamente cuando el osteosarcoma es metastásico, así:

“Tratamiento del osteosarcoma y el histiocitoma fibroso maligno óseo metastásicos.

Metástasis en el pulmón

Cuando el osteosarcoma o el histiocitoma fibroso maligno (HFM) se diseminan, lo hacen por lo general al pulmón. El tratamiento del osteosarcoma y el HFM con metástasis de pulmón recién diagnosticados incluye el siguiente procedimiento:

- Quimioterapia seguida de cirugía para extirpar el cáncer primario y el cáncer que se diseminó al pulmón.(Subrayado por el Despacho).

Metástasis ósea o hueso con metástasis pulmonar

El osteosarcoma y el histiocitoma fibroso maligno recién diagnosticados a veces se diseminan a un hueso distante o al pulmón. El tratamiento incluye los siguientes procedimientos:

- *Quimioterapia seguida de cirugía para extirpar el tumor primario y el cáncer que se diseminó a otras partes del cuerpo. Se administra más quimioterapia después de la cirugía.*

- *Cirugía para extirpar el tumor primario, seguida de quimioterapia y cirugía para extirpar el cáncer que se diseminó a otras partes del cuerpo*²⁰.

Dígase además que, en consonancia con los estudios efectuados por el NIH, el Hospital ST Jude Children's²¹ (institución Sanitaria mencionada por el profesional Médico Jorge Enrique Navia en el documento rotulado "*junta médica*"), en su página web institucional se ha referido sobre el tratamiento del osteosarcoma, el cual incluye cirugía y quimioterapia. Indicando como índices de supervivencia los siguientes parámetros:

- *"Si la enfermedad está localizada (no se ha propagado a otras áreas del cuerpo), el índice de supervivencia a largo plazo es de entre 70 y 75%.*
- *Si el osteosarcoma ya se propagó a los pulmones o a otros huesos en el momento del diagnóstico, el índice de supervivencia a largo plazo es de alrededor del 30% "*²².

Todo lo anterior permite inferir, pese a que el juez carece de los conocimientos técnicos científicos en el tema, pero que en su labor hermenéutica colige sin mayor esfuerzo o ser ilustrado en la materia, que uno de los tratamientos para abordar el cáncer en su tipología de osteosarcoma es la cirugía, pues del tumor primario pueden desprenderse células cancerígenas y desplazarse a otros órganos, tal como lo explicó el testigo Hijuelos Reyes; por tanto, no podía obviarse o diferirse en el tiempo su autorización, como aconteció en el sub júdice restándole a la menor Natalia Serna la posibilidad de supervivencia, pues es claro que dicha posibilidad no es nula como lo quieren hacer ver los profesionales del derecho de las entidades encartadas.

²⁰ https://www.cancer.gov/espanol/tipos/hueso/paciente/tratamiento-osteosarcoma-pdq#_212

²¹ St. Jude Children's Research Hospital está a la vanguardia de la investigación y el tratamiento del cáncer infantil y otras enfermedades terminales a nivel mundial.

²² <https://www.stjude.org/es/cuidado-tratamiento/enfermedades-que-tratamos/osteosarcoma.html>

Se tiene que en efecto el tratamiento prescrito por el médico tratante de la menor obedece a prácticas aceptadas por instituciones internacionales especializadas en el tratamiento contra el cáncer, por tanto, la cirugía de preservación del miembro propuesta por el Dr. Navia Giraldo no se trata de la mera inserción de una prótesis como lo adujo de manera inadvertida el apoderado judicial de Recuperar SA IPS en sus alegatos de conclusión o una presunta obtención de ingresos como lo indicó el procurador judicial de Coosalud EPS, sino, a una opción para tratar el cáncer padecido por la menor.

Y es que resulta nítido el hecho que a la menor se le practicaría la cirugía propuesta por el galeno tratante porque la quimioterapia suministrada era *neoadyuvante*^{23, 24} (según el documental clínico), es decir, un tratamiento previo a la cirugía (como claramente lo explica el Instituto Nacional del Cáncer), más no era paliativa como aferradamente lo ha abanderado la parte demandada.

Con todo, trayendo a este punto las palabras del testigo Alejandro Hijuelos Reyes ha de destacarse de su declaración respecto a *“que desde el punto de vista médico no debía negarse la oportunidad de un procedimiento y más tratándose de un niño”* aclarando que no refiere *“que la cirugía no sea pertinente porque no es ortopedista ni pediatra ni hematólogo”* y que el tiempo de espera puede ser de *“6 semanas”*, término que ni siquiera fue cumplido por las instituciones demandadas porque conforme el documento rotulado *“junta médica”* en concordancia con la primera cotización expedida por el Centro Médico Imbanco trascurrieron entre 5 y 6 meses aproximadamente para la realización de la intervención quirúrgica²⁵.

²³ Tratamiento que se administra como primer paso para reducir el tamaño del tumor antes del tratamiento principal que generalmente consiste en cirugía. Entre los ejemplos de terapia adyuvante están la quimioterapia, la radioterapia y la terapia hormonal. Es un tipo de terapia de inducción. Página institucional NIH, ver página <https://www.cancer.gov/espanol/publicaciones/diccionario/def/terapia-neoadyuvante>

²⁴ Quimioterapia neoadyuvante: Quimioterapia administrada antes del procedimiento quirúrgico. La quimioterapia neoadyuvante puede administrarse para intentar reducir el tamaño del cáncer, de manera que el procedimiento quirúrgico no tenga que ser tan extenso. Ver página <http://chemocare.com/es/chemotherapy/what-is-chemotherapy/teacutermos-de-quimioterapia.aspx>

²⁵ 27 de mayo de 2013.

Proceder que riñe con principios de índole constitucional, máxime tratándose de una menor de edad quien goza de doble protección ius fundamental y legal, específicamente cobijada por las disposiciones de la ley 1388 de 2010, cuyo mandato es un modelo integral de atención (Artículo 4º) y de garantía de la atención (Artículo 3º), donde claramente se indica que *“No se requerirá autorización para acceder a los procedimientos, elementos y servicios que se requieran para la atención integral de los beneficiarios de la ley.*

Las Administradoras de Planes de Beneficios no podrán solicitar autorización alguna para la atención integral de los menores con cáncer”.

Por tanto, al tornarse innecesaria la autorización el procedimiento quirúrgico debía adelantarse con premura dado el mandato legal de protección a los menores de 18 años de edad aquejados por el cáncer. Es más, cualquier prescripción médica emitida por el profesional sanitario para curar, morigerar o paliar el mal estado de salud de cualquier persona residente en Colombia debe ser acatada por la Entidad Promotora de Salud, salvo las excepciones decantadas por la jurisprudencia constitucional en ese sentido.

Y es que la complejidad de las enfermedades muchas veces se traduce en errores o eventos adversos no culposos, pero no hacer nada para evitar su continuación o por el contrario contribuya a un deterioro mayor o precipitado teniendo el deber legal de evitarlas, es constitutivo de culpa, pues el reproche civil radica en no actuar conforme al estándar de prudencia exigible, habiendo tenido la posibilidad de hacerlo.

Entonces, muy a pesar de lo esgrimido por la parte pasiva, el Despacho sí encuentra negligencia en la atención que recibió la niña Natalia Serna Gómez a partir de que el médico tratante dispuso la práctica de una cirugía con el objetivo de controlar la lesión primaria, con lo que se privó de un porcentaje de mejoría o supervivencia de la paciente porque al momento de la orden médica la patología

no había progresado de manera voraz, lo que de ninguna manera puede encontrar excusa en la agresividad de la enfermedad de la paciente, pues precisamente dadas esas condiciones de salud era obligación de la EPS e IPS prodigarle un trato ágil y expedito al trámite de autorización o en el mejor de los casos permitir de manera inmediata la intervención; de lo contrario, solamente quedará rebatido el juicio de reproche cuando se demuestre una debida diligencia y cuidado en la atención prestada al usuario.

Así, podemos concluir que la demora en trámites administrativos especialmente en la autorización de la cirugía prescrita difiere de las disposiciones legales en la materia cuando líneas atrás quedó claro que por ser la paciente menor de 18 años la Entidad aseguradora no debe someter a autorización los servicios de salud que requiera para atender su enfermedad, no obstante, se incumplió el mandato legal sin excusa válida demostrable dentro del plenario, configurándose la conducta culposa como presupuesto de la responsabilidad civil demandada y por ende el nexo causal, toda vez que, se insiste, la falta de oportunidad en la realización del procedimiento quirúrgico de manera expedita y que era una primera opción para controlar la lesión primaria y de contera otorgarle un porcentaje de sobrevivencia, derivó en una intervención paliativa, e incluso exponiendo a la menor a una quimioterapia de alto riesgo debido a su toxicidad que de igual modo también resultó paliativa entre tanto se autorizaba la cirugía.

Dadas las anteriores condiciones se tiene que la responsabilidad de la EPS, IPS y sus agentes deviene de los problemas administrativos y de comunicación entre los proveedores de atención médica, entre ellos y los pacientes, pues *“la atención de calidad, oportuna, humanizada, continua, integral y personalizada hace parte de lo que la literatura médica denomina “cultura de seguridad del paciente”, que por estar suficientemente admitida como factor asociado a la salud del usuario y por ser un mandato impuesto por la Ley 100 de 1993, es de imperiosa observancia y acatamiento por parte de las empresas promotoras e instituciones prestadoras del servicio de salud, por lo que su infracción lleva implícita la culpa de la organización cuando tal omisión tiene la*

virtualidad de repercutir en los eventos adversos”²⁶.

Desde luego, “el hecho de que la medicina sea, aún en nuestros días de gran progreso tecnológico, más un arte que una ciencia dura como, por ejemplo, la matemática, la física, la química y que, debido al factor reaccional propio de cada enfermo no pueda predecirse un resultado exacto del tratamiento prescrito para curar una enfermedad o dolencia, NO significa que el “error”, dentro del contexto sanitario en que nos movemos, sea permisible ni tolerable. Muy al contrario, la propia inexactitud e impredecibilidad de las ciencias médicas actuales exigen el agotamiento, la extenuación de la diligencia, de la actividad personal y de la prestación de todos los medios de diagnóstico y tratamiento disponibles, precisamente con el fin de reducir al mínimo posible y tolerable ese margen de inseguridad sobre los resultados”²⁷ (Subrayado y negrillas por el Despacho).

Conforme con lo anterior, no es de recibo para este Despacho Judicial el argumento del extremo pasivo atinente a la impertinencia de la cirugía prescrita por el médico tratante de la menor Natalia Serna puesto que tal circunstancia debió debatirse seria y oportunamente al momento de la prescripción del galeno Jorge Navia y no dentro de este proceso judicial, pues ese basamento no deviene en un eximente de responsabilidad para los demandados. Además, del documental clínico se desprende que la niña fue diagnosticada paciente terminal con inminencia de fallecer en el mes de julio de 2013, momento en el cual puede entenderse la posición de los demandados, pero no antes, pues lo que se busca con el servicio de salud es disponer de todas las herramientas y tratamientos con el fin de buscar el mejoramiento del paciente, máxime siendo un menor de edad que goza de la prevalente protección constitucional. En consecuencia, no pueden aducir una prestación oportuna y eficiente de los servicios médicos a la paciente, pues de los interrogatorios de parte a los señores Jhon Jairo Serna y Luz Alejandra Gómez, los cuales resultan responsivos y contestes, que en diversas

²⁶ Sentencia SC13925 de 30 de septiembre de 2016.

²⁷ Ibídem.

ocasiones debieron acudir a las instituciones demandadas a fin de tramitar con rapidez las autorizaciones necesarias para la realización de las quimioterapias y sobretodo la cirugía prescrita a su pequeña hija, de lo contrario el sistema se tornaba paquidérmico, que en últimas dejó a la suerte y a la deriva la situación patológica de la niña Natalia Serna. Lo anterior, resulta ser así, porque en la declaración rendida por el Representante Legal de Recuperar S.A. IPS adujo que la entidad servía de *“puente”*, ya que el Centro Médico Imbanaco les remitía las órdenes médicas y la IPS se encargaba de tramitar su autorización ante Coosalud EPS.

De ahí que a este operador judicial no le causa extrañeza lo manifestado por los demandantes respecto a la *“tramitología”* o barreras administrativas que en múltiples ocasiones imponen las entidades prestadoras del servicio de salud para la atención de sus pacientes, no en vano y basado en las máximas de la experiencia, en los últimos años ha habido un incremento en las acciones de tutela interpuestas por los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud quienes buscan el amparo de los derechos de estirpe fundamental como son la vida, la salud y el acceso a la seguridad social debido a la negación de los servicios médicos prescritos por los galenos.

Por tanto, llama poderosamente la atención del Despacho lo informado por la Representante Legal de Coosalud EPS quien adujo en su declaración que para el año 2012 y 2013 tenían un contrato de *“modelo de atención integral”* con Recuperar SA IPS a fin de que prestara los servicios médicos requeridos por los pacientes oncológicos como Natalia Serna Gómez recayendo en esa IPS la obligación de garantizar y sufragar los costos derivados de los servicios que necesitare la usuaria, sin embargo, en contraste con lo referido por la Representante Legal, el demandado Nicolás Eduardo Tafur quien para la época fungía como Director Médico de la IPS aseveró que la entidad no estaba habilitada para atender pacientes pediátricos, su función era servir de *“puente con Imbanaco”* para prodigar una atención a este tipo de usuarios, es decir, su labor se centraba en

adelantar los trámites administrativos para la atención de la niña en esa entidad clínica respecto a los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, los no incluidos le correspondía a la EPS autorizarlos.

A la anterior declaración se suma la del Representante Legal de la IPS quien adujo que en efecto no se encontraban habilitados para asumir la prestación del servicio de salud para los pacientes pediátricos oncológicos por lo que debió “subcontratar” con el Centro Médico Imbanaco la atención de la menor, siendo intermediarios entre esa entidad y Coosalud EPS, que sufragó los costos del servicio médico, declaración divergente con lo manifestado por la Representante Legal de Coosalud quien adujo todo lo contrario, es decir, Recuperar IPS asumía el costo de las atenciones conforme el contrato suscrito.

En suma, tanto EPS como IPS resultaban ser las responsables de dispensar las atenciones médicas POS y No POS de la niña Natalia Serna conforme a la prescripción del profesional sanitario sin oponer barreras de índole administrativo, porque si bien, existen dos contratos de “prestación de servicios de salud, mediante la modalidad de costo fijo mensual” para los años 2012 y 2013²⁸ lo cierto es que la relación contractual no debe minar o desdeñar la obligación de la EPS e IPS en prodigar una atención oportuna, integral y eficiente.

Y de haberse tratado de una subcontratación de parte de la IPS Recuperar S.A. esta es una práctica no autorizada legalmente en el SGSSS, ya que el Prestador tan solo podrá ofertar y brindar los servicios que este tenga habilitados; mientras que, la forma de participación del prestador de servicios de salud que realiza asociaciones o alianzas estratégicas con otros prestadores de servicios habilitados, o con terceros operadores de servicios de salud no habilitados, se entiende como autorizada y como práctica legal en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, conforme lo indicado en la Circular Externa N° 067 de 2010 expedida por la Superintendencia Nacional de Salud.

²⁸ Folios 368 a 415.

En todo caso, Recuperar SA IPS -según lo atestiguado por la Representante legal de Coosalud-, era la encargada de asumir el pago de la intervención quirúrgica de la paciente en virtud al contrato de prestación de servicios de salud suscrito entre ellos, y por ende se encontraban garantizados los recursos para la atención de la menor de edad, no obstante, aclaró que la EPS asumió el costo de la cirugía por mediar una orden constitucional derivada de la acción de tutela interpuesta por la madre de la niña Natalia.

Aún así, independientemente a cuál de las dos entidades le correspondía sufragar los costos del servicio POS o No POS, ya que esa discusión no la soporta este litigio, lo cierto es que su prestación debía atender los principios de eficiencia, oportunidad, universalidad, solidaridad e integralidad que rigen para el Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia, pues en últimas la carga administrativa no puede ser trasladada al paciente o a su familia.

En conclusión, la EPS e IPS demandadas debían actuar de manera armónica y coordinada a fin de suministrar el procedimiento prescrito por el médico tratante de la menor de edad para salvaguardar su vida en cumplimiento de los claros principios legales y constitucionales que revisten el SGSSS, además preservar los derechos fundamentales de la infancia que gozan de una amplia y especial protección tanto en el orden jurídico interno como en el ámbito internacional, imponiendo no sólo a la familia, sino a la sociedad y al Estado la obligación de asistir y proteger al niño, con la finalidad de permitir el pleno ejercicio y la eficacia de sus derechos.

4.2. Responsabilidad de los agentes.

Ahora bien, en tratándose del acto por parte del demandado Tafur Daza quien adujo en su interrogatorio que para la época de los hechos ostentaba el cargo de Director Médico de la entidad, para imputarle responsabilidad en calidad de agente singular de la organización, *“debe tenerse en cuenta las acciones, omisiones o*

procesos individuales que según su marco valorativo incidieron de manera preponderante en el daño sufrido por el usuario y cargarlos a la cuenta de aquellos sujetos que tuvieron control o dominio en la producción del mismo. De este modo se atribuye el hecho dañoso a un agente determinado, quien responderá en forma solidaria con la EPS y la IPS, siempre que confluyan en ellos todos los elementos de la responsabilidad civil”²⁹.

Para el presente caso, el demandado Nicolás Eduardo Tafur Daza manifestó en su declaración que *“era el encargado de garantizar la atención de los pacientes que están dentro de la clínica y coordinar la atención de los pediátricos en la IPS Imbanaco”* y que *“es autónomo en las decisiones médicas y de prestación del servicio”*, tal manifestación es responsiva con lo aducido por el Representante Legal de la IPS quien aseveró que el Dr Tafur Daza era el encargado de emitir las autorizaciones de los servicios de salud; además, del plexo probatorio se avizora que tanto la primera cotización como la segunda emitida por el Centro Médico Imbanaco para la práctica de la cirugía prescrita por el médico Jorge Enrique Navia está dirigida al demandado, pero que en últimas, no acreditó haber actuado con diligencia, prontitud y eficiencia para lograr la realización de la intervención quirúrgica requerida por Natalia Serna Gómez. Por el contrario, de las declaraciones rendidas por los padres se desprende que la labor del Dr. Tafur Daza se enfocó a declinar el procedimiento ordenado por el especialista, trasladándolos al consultorio del Dr. Germán Salcedo, quien emitió una opinión diferente.

Es aceptable que se acuda a otros criterios médicos cuando el concepto provenga de un galeno ajeno a la EPS, pero en este caso cuando trató de imponerse la opinión del profesional de salud distinto al tratante de la niña Natalia sin mediar formalidad alguna, pues no se demostró por el demandado las gestiones o diligencias atinentes a una verdadera junta o consulta médica o valoración por grupo multidisciplinario o el denominado Comité Técnico Científico que descartara con base en criterios médicos, serios, técnicos y científicos el procedimiento ordenado y a su vez lo exonerara de responsabilidad, emerge

²⁹ Sentencia SC13925 de 30 de septiembre de 2016.

entonces el juicio de reproche, porque, se reitera, no demostró algún eximente como por ejemplo que su intervención, gestión o diligencia no fuese jurídicamente relevante o estuvo amparada en una causal de justificación de su conducta, pero nada de eso se vislumbra en el plenario, por el contrario, su manifestación es clara al indicar que era el encargado de garantizar la atención de los pacientes, facultad que da al traste con lo acontecido con la menor de edad Natalia Serna Gómez.

Así pues, el demandado deberá responder de manera solidaria junto con la EPS y la IPS por su actuar negligente, omisivo y desidioso en brindar una atención oportuna, eficiente y de calidad a la menor Natalia Serna Gómez para tratar su enfermedad catastrófica.

5.- DE LOS PERJUICIOS RECLAMADOS

Como medios persuasivos útiles para la constatación de lo pretendido y para la legitimación en la causa por activa, obran en el expediente prueba de la calidad de madre, padre y hermano de la víctima fatal³⁰.

La parte actora reclama indemnización de índole extrapatrimonial –daño moral– y patrimonial –daño emergente y lucro cesante, así:

5.1. Perjuicios extrapatrimoniales y simbólicos:

- Instalación en todos los establecimientos de la EPS Coosalud y Recuperar IPS una placa metálica conmemorativa de 20x30 centímetros, donde se inscriba con letras doradas *“El derecho a la salud de los niños, es nuestra principal prioridad. En memoria de Natalia Serna Gómez”*.

³⁰ Folios 9 y 14.

- **PERJUICIO MORAL**, la suma equivalente a 250 smlmv a cada uno de los demandantes.

En relación con esta clase de perjuicios, como el daño moral, la Corte Suprema de Justicia señaló en providencia de 18 de septiembre de 2009, radicación N° 2005-00406-01, que *“corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo”* (cas.civ. sentencia 13 de mayo de 2008, SC-035-2008, exp. 11001-3103-006-1997-09327-01), de ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, perturbación anímica, desolación, impotencia u otros signos expresivos...”

Y más adelante en la misma sentencia sostuvo: *“El daño moral se ubica en lo más íntimo del ser humano y por lo mismo resulta inestimable en términos económicos, sin embargo, la sala ha sostenido que, solo a manera de relativa satisfacción, es factible establecer su quantum “en el marco fáctico de circunstancias, condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, situación o posición de la víctima y de los perjudicados, intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre y demás factores incidentes conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador”.*

En providencia más reciente esa corporación incursionó en el estudio de un caso donde se produjo el fallecimiento de la víctima directa exponiendo que *“Atendiendo las pautas jurisprudenciales establecidas por esta Corporación³¹, de cara a las trágicas e inesperadas circunstancias en que aconteció la muerte del señor Ramírez Zuluaga, se fija en la suma de sesenta millones de pesos (\$60.000.000) el monto de los perjuicios morales que deberán ser resarcidos a la demandante en su calidad de cónyuge de la víctima”³².*

³¹ Sentencias SC15996- 2016 y SC13925-2016.

³² Sentencia SC665-2019 de 7 de marzo de 2019.

En claro las pautas jurisprudenciales referente a la tasación de los perjuicios morales en los eventos donde se ha presentado el fallecimiento de la víctima y de cara al presente asunto donde en efecto hubo un deceso, este operador debe acoger el precedente jurisprudencial vertical planteado por la Corte Suprema de Justicia estableciendo al arbitrio iudicis la indemnización para cada uno de los demandantes sin apartarse de los parámetros fijados por esa corporación, es decir, se condenará a la parte demandada a pagar a cada uno de los padres la suma de \$60.000.000 y al hermano la suma de \$40.000.000, teniendo en cuenta que también se le ordenará al extremo pasivo satisfacer la pretensión simbólica y conmemorativa que en últimas también es parte del resarcimiento moral pretendido por los familiares, de allí que en atención a las reglas de la experiencia, se presume que entre padres e hijos y hermanos existe un cariño especial, se profesan afecto y que el daño causado a alguno aflige a los otros.

No hay duda entonces, que la muerte de la niña Natalia Serna Gómez les debió causar a ellos una aflicción, un dolor, intranquilidad y zozobra, además resulta innegable que aquellos sufrieron un perjuicio moral al unirlos un vínculo muy cercano pues todos convivían bajo el mismo techo, aunado de tratarse de familiares en primera línea de consanguinidad, es decir, se cierne entre ellos estrechos lazos de afecto.

5.2. Perjuicios patrimoniales:

- **DAÑO EMERGENTE A FAVOR DE JHON JAIRO SERNA y LUZ ALEJANDRA GÓMEZ** la suma de \$5.797.000, valor basado en las facturas aportadas ³³.
- **LUCRO CESANTE CONSOLIDADO A FAVOR DE JHON JAIRO SERNA** consistente en el dinero dejado de percibir por la prestación del servicio de reparación de máquinas de coser a diversas empresas y por la

³³ Folios 37, 38, 41, 42, 44, 188 y 189.

imposibilidad de comercializar los productos Amway, la suma de \$38.980.000 ³⁴.

En relación con el daño emergente, salta a la vista que si bien reposan en el plenario diversas facturas que soportan la mayoría de rubros deprecados en este acápite lo cierto es que la Resonancia Magnética Inicial, la Biopsia practicada, el estudio de la biopsia efectuado por Ramelli Lab Patología y el copago de la primera sesión de quimioterapia no devienen atribuibles a los demandados por cuanto quedó acreditado en el sub judice que Coosalud EPS asumió la afiliación y la obligación de prestar los servicios de salud a la menor Natalia a partir del 22 de octubre de 2012 y no antes, conforme la certificación visible a folio 10 del expediente.

Ahora bien, en lo atañadero a gastos por concepto de cámara hiperbárica, primeramente, el extremo activo debió acudir directamente a la EPS a fin de obtener el reembolso de la suma pagada, tal mecanismo se encuentra regulado en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994 proferida por el entonces Ministerio de Salud hoy Ministerio de Salud y Protección Social, en donde han sido precisados los eventos concretos en los que opera el reembolso, así como el trámite para su obtención. Situación que no da cuenta el plexo probatorio y que no corresponden a la responsabilidad endilgada a los demandados.

En lo atinente a gastos de *transporte en taxi* y *gastos de colegio* del menor hijo Jhon Alejandro Serna Gómez, no se avizora el sustento probatorio de las referidas pretensiones, incumpliendo el principio general consagrado en el artículo 177 del entonces Código de Procedimiento Civil vigente para la presentación del libelo, ya que si bien esta se hizo ante la jurisdicción contencioso administrativa, cierto es que las normas que rigen esa especialidad se remiten en lo no consagrado a las correspondientes a la especialidad civil. Por lo tanto, tales emolumentos no podrán concederse por falta de acreditación.

³⁴ Folio 209.

Frente a la pretensión de lucro cesante, entendido como aquel que deja de percibir el actor como consecuencia del daño ocasionado y que impide o disminuye la expectativa de lograr ingresos para atender sus necesidades propias y de los suyos; en sustento de la aludida pretensión se arrimó al plenario las certificaciones de empresas a las cuales el señor Jhon Jairo Serna prestaba sus servicios para la reparación de máquinas de coser y la comercialización de productos de la compañía Amway³⁵, de los cuales se acredita plenamente la labor u oficio ejercido por el padre de la niña Natalia Serna durante el curso de su enfermedad.

Ante ello, sobreviene la imposibilidad evidente de acceder al perjuicio deprecado al no encontrar demostrado su fulminación como consecuencia cierta de la negligencia y displicencia de los demandados, ya que la solidaridad y atención a un hijo deviene en obligación legal para los padres³⁶; dada que la custodia y cuidado personal hace parte integral de los derechos fundamentales del niño, consagrados en el artículo 44 de la Constitución Política. Por tal razón en principio, esos derechos, en especial el del cuidado personal, no pueden delegarse en terceros, ya que ellos nacen de la especialísima relación que surge entre padres e hijos.

La Convención Americana de los Derechos del Niño, dispone en su orden en los artículos 7, 8, y 9 que los menores tienen derecho desde su nacimiento a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos, con el objeto de conservar el interés superior del menor. Es por esto, que si bien el Despacho Judicial entiende que posiblemente los ingresos del padre de la menor Natalia Serna disminuyeron debido a la angustia, intranquilidad, atención y cuidado que le prodigó a su hija durante el curso de la enfermedad ello no constituye una *patente de corso* para derivar responsabilidad en el extremo pasivo y que de suyo revele el derecho a indemnizar por este concepto de lucro cesante.

³⁵ Folios 202 a 211.

³⁶ Artículo 253 del Código Civil.

6-. LOS ALEGATOS:

En atención a los alegatos presentados por el extremo activo, estos quedaron absueltos en las consideraciones de la sentencia, máxime que convergieron con lo decidido por este operador judicial.

De igual modo, las alegaciones de los demandados fueron verificados y analizados en el cuerpo de la providencia siendo respondidos cada uno de ellos, aclarando que la carga probatoria es una regla de juicio dirigida al sentenciador al momento de motivar la decisión de fondo del litigio, por lo que no es posible que en el escrito introductor existan elementos de conocimiento suficientes para sustentar los hechos probados en el proceso.

En el presente asunto, el análisis individual y en conjunto de las pruebas de conformidad con las reglas de la sana crítica, demostró la presencia de todos los supuestos de hecho que exige la norma sustancial que consagra la declaración de responsabilidad civil, tal como se explicó líneas arriba.

Por otra parte y para finalizar en virtud de disposición normativa del Código General del Proceso es un deber del Juez calificar la conducta procesal de las partes a fin de establecer si hay lugar a deducir indicios de ella, encuentra este operador judicial que en el presente asunto los extremos en litigio actuaron dentro de los términos procesales haciendo sus esfuerzos probatorios, sin que se pueda deducir algún indicio en su contra; pues en lo atinente a las inasistencias del Representante Legal de Recuperar IPS estas se encontraron justificadas y fueron decididas en el momento procesal oportuno y conforme lo dispuesto en el artículo 372 del Código General del Proceso.

Frente a las sanciones derivadas de los eventos dispuestos en el artículo 205 de la misma codificación, cierto es que la declaración del deponente fue analizada en el curso de esta sentencia y las consecuencias que se desencadenaron de la misma.

7. CONCLUSIÓN:

Por todo lo dicho, es claro que se acreditan en el presente asunto los presupuestos de la responsabilidad civil demandada, siendo del caso precisar que los hechos aducidos por los demandados para sustentar sus excepciones de mérito han quedado dilucidados al resolver los diversos aspectos del litigio. En efecto, ya se estableció que no existió una atención oportuna y adecuada de la paciente en el momento en que requirió la práctica de la cirugía a fin de agotar uno de los recursos médicos para afrontar el cáncer y que dicha omisión le restó las posibilidades que tenía de sobrevivir conforme al análisis que se hiciera en el texto de esta sentencia y que se tornaría reiterativo traerlo a colación, de ahí que deban declararse no probadas las excepciones de mérito alegadas.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO OCTAVO CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR no probadas las excepciones de mérito formuladas por los demandados, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- En consecuencia, **DECLARAR** que los demandados Centro de Medicina Física y Rehabilitación Recuperar S.A. IPS, Cooperativa Empresa Solidaria de Salud y Desarrollo Integral “Coosalud ESS” Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado EPSS y Nicolás Eduardo Tafur Daza son civil y solidariamente responsables de los perjuicios irrogados a los demandantes Luz Alejandra Gómez Cinales, Jhon Jairo Serna García y Jhon Alejandro Serna Gómez con ocasión del fallecimiento de la niña Natalia Serna Gómez.

TERCERO.- CONDENAR al Centro de Medicina Física y Rehabilitación Recuperar S.A. IPS, Cooperativa Empresa Solidaria de Salud y Desarrollo Integral

“Coosalud ESS” Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado EPSS y a Nicolás Eduardo Tafur Daza a pagar en forma solidaria las siguientes sumas de así:

POR PERJUICIOS MORALES:

- A Luz Alejandra Gómez Cinales, la suma de cincuenta millones de pesos (\$60.000.000).
- A Jhon Jairo Serna García, la suma de cincuenta millones de pesos (\$60.000.000).
- A Jhon Alejandro Serna Gómez, la suma de treinta y cinco millones de pesos (\$40.000.000).

Para una condena total de Ciento Treinta y Cinco Millones de pesos (\$160'000.000).

Las sumas anteriores se cancelarán en el término de cinco (5) días contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, de lo contrario generarán intereses a la tasa del 6% anual.

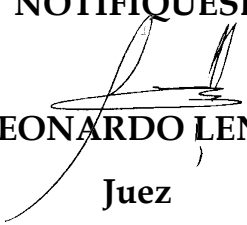
Igualmente se condena a los demandados Centro de Medicina Física y Rehabilitación Recuperar S.A. IPS y Cooperativa Empresa Solidaria de Salud y Desarrollo Integral “Coosalud ESS” Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado EPSS instalar una placa metálica conmemorativa de 20x30 centímetros, donde se inscriba *“El derecho a la salud de los niños, es nuestra principal prioridad. En memoria de Natalia Serna Gómez”*, en los establecimientos de comercio o sedes principales de esas entidades en lugar visible al público. Para la ejecución de esta condena, los demandados cuentan con el término de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO. – Condenar en costas de esta instancia a Centro de Medicina Física y Rehabilitación Recuperar S.A. IPS, Cooperativa Empresa Solidaria de Salud y

Desarrollo Integral “Coosalud ESS” Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado EPSS y Nicolás Eduardo Tafur Daza que deberán ser canceladas por partes iguales. LIQUIDENSE conforme lo dispone el artículo 366 del CGP. Se fijan como agencias en derecho la suma total de \$11.200.000.00 mcte.

QUINTO.- Concluida la presente actuación, archívese el expediente

NOTIFÍQUESE



LEONARDO LENIS

Juez

76001-31-03-008-2017-00330-00