



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

Magistrado: Jaime Alberto Saraza Naranjo
Pereira: Marzo quince de dos mil veintitrés
Proceso: Verbal – responsabilidad civil
Demandante: MA y otros
Demandado: EPS Humana Vivir y otro
Radicado: 66001310300520130016501
Tema: Responsabilidad médica – nexos causal – pérdida de oportunidad
Acta: 046 del 8 de marzo de 2023
Sentencia: SC-0009-2023

Se procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia del 17 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Quinchía, Risaralda, en este proceso verbal de responsabilidad civil médica que **MA, AE, JE, A, LA, y Al** iniciaron frente a la **EPSS Humana Vivir S.A.**¹ y la **Clínica Risaralda S.A.**²

Como quiera que en el caso de ahora se adentra la Sala en datos sensibles extraídos de la historia clínica de la víctima directa, para garantizar el derecho a la intimidad suyo y de quienes demandan, de esta providencia habrá dos ejemplares. Uno que contendrá los nombres y que irá al expediente, y este, con la supresión de los mismos y de otros datos que puedan revelar su identidad, que será publicado.

1. ANTECEDENTES

¹ 01CuadernoPrincipal...Folio 1-244, arch. 02, p. 18 a 25

² Ib., p. 114 a 120

1.1. Hechos

Narraron los demandantes³ que la señora ME, estaba afiliada a la EPS Humana Vivir en calidad de beneficiaria; convivía en unión libre con MA y la relación se basaba en el amor, respeto, fidelidad, solidaridad, comprensión y apoyo mutuo. Ese lazo familiar se extendió a AE, hija del señor S, con quien se creó un fuerte vínculo maternal, a pesar de no ser la madre biológica.

ME tuvo una urgencia vital por sangrado digestivo gástrico, para lo cual el médico tratante dispuso ligadura con trompas elásticas de várices sangrantes en esófago, pero se le negó por estar excluido del POS; así que el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento, el 14 de agosto de 2007, emitió una sentencia de tutela, confirmada el 18 de septiembre de 2007 por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Pereira, en la que se ordenó ese procedimiento y el tratamiento integral, para que recibiera todos los servicios de salud, así se encontraran por fuera del POS.

El 21 de diciembre de 2008, nuevamente acudió a urgencias de la Clínica Risaralda, IPS que le prestaba los servicios a la EPS Humana Vivir; de su historia clínica se resalta, entre otras cosas, que la paciente consultó por cefalea, cirrosis y vómito con sangre, continuó hospitalizada con diagnósticos de hemorragia digestiva alta y varices esofágicas; como tratamiento se dispuso kit para ligadura de varices esofágicas; el 23 siguiente ingresó a UCI y el 24 de diciembre falleció.

³ Ib., arch. 01, p. 8 a 20.

Sostienen que, por las patologías y los síntomas de la paciente resultaba más apropiado el uso de acetaminofén, en vez de AINES, porque éste puede generar sangrado digestivo alto; y arguyen que hubo manejo incompleto por falta de valoración por gastroenterología desde el ingreso a la clínica; razón por la cual, consideran que la IPS y la EPS faltaron a su deber de atención.

Aseguran que la paciente requería de manera urgente un kit para ligadura de varices esofágicas y que la falta de suministro generó su muerte, lo que los lleva a pensar que las demandadas se encontraban frente a una urgencia que no fue atendida de manera integral y continuada, no obraron con diligencia y cuidado, violando su derecho a la vida y pérdida de la oportunidad de sanar, que les produjo perjuicios morales y económicos a los demandantes.

1.2. Pretensiones⁴.

Con base en lo relatado, pidieron que se declarara que los padecimientos, agravación y posterior muerte de la señora ME fueron causados por negligencia y omisión administrativa en el cumplimiento de las obligaciones reglamentarias de la seguridad social en salud por parte de la EPS-S Humana Vivir y la Clínica Risaralda.

En consecuencia, que se les condenara a pagar a los demandantes los perjuicios derivados del daño material (lucro cesante pasado y futuro), y extrapatrimonial (daño moral y a la vida de relación), que discriminaron. Además, que se hiciera publicidad de la parte resolutive de la sentencia y se ofrecieran disculpas públicas, incluyendo el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidad. Finalmente, pidieron que se

⁴ Ib., p. 3 a 6.

actualizaran las sumas reconocidas y se les impusieran las costas a las demandadas.

1.3. Trámite.

La demanda fue admitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, con auto del 12 de junio de 2011⁵.

Notificadas las entidades demandadas⁶, el libelo se tuvo por no contestado, porque la respuesta de la Clínica Risaralda se inadmitió y no fue corregida⁷ y la de EPSS Humana Vivir se presentó extemporáneamente⁸.

El 24 de enero de 2012 se celebró la audiencia prevista en el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social. Se dejó constancia de la asistencia del liquidador de la Clínica Risaralda, y de la inasistencia de los demandantes y el representante legal de Humana Vivir EPS⁹.

Mediante providencia del 2 de marzo de 2012, el Juzgado Laboral Adjunto No. 1, ante la inasistencia injustificada de los demandados en vista pública anterior, tuvo por cierto unos hechos contenidos en la demanda y fijó nueva fecha para llevar a cabo la tercera audiencia de trámite¹⁰, en la que fueron recibidos unos testimonios¹¹.

El 30 de julio de 2012, por cuenta del tránsito de legislación ante la entrada en vigencia del Código General del Proceso, el Juzgado Laboral

⁵ Ib., arch. 07

⁶ Ib., arch. 09 y 15

⁷ Ib., arch. 14

⁸ Ib., arch. 16

⁹ 01CuadernoPrincipal...Folios245-446, arch. 04

¹⁰ Ib., arch. 16

¹¹ Ib., arch. 17

remitió la actuación por competencia¹². Atendiendo el Acuerdo CSJRIA17-738 del 2 de noviembre de 2017, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira asumió el conocimiento¹³; posteriormente, por Acuerdo CSJRIA19-21 del 29 de marzo de 2019, el proceso fue redistribuido nuevamente y su conocimiento continuó a cargo del Juzgado Promiscuo del Circuito de Quinchía, Risaralda¹⁴.

La audiencia señalada, que tuvo lugar el 17 de septiembre de 2020, terminó con sentencia desfavorable a las pretensiones¹⁵. Apelada, se remitió el expediente a esta sede y con providencia del 13 de abril de 2021 la alzada se declaró desierta¹⁶. Posteriormente, esta Sala fue notificada de la sentencia STC17217-2021, fechada del 15 de diciembre de 2021, proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia¹⁷, en la que ordenó resolver nuevamente la reposición presentada contra el auto citado.

Con fundamento en esa decisión, por auto del 9 de febrero del presente año, se repuso la decisión tutelada y se continuó con el trámite de la apelación¹⁸.

1.4. La sentencia de primera instancia¹⁹

Desestimó las súplicas, por cuanto la parte actora no cumplió con la carga de demostrar la negligencia o impericia imputados a la EPSS

¹² Ib., arch. 27

¹³ 01PrimeraInstancia... Folios447-619, arch. 60

¹⁴ Ib., arch. 65

¹⁵ Ib., arch. 74

¹⁶ 02SegundaInstancia, arch. 10

¹⁷ Ib., arch. 22

¹⁸ Ib., arch. 28

¹⁹ 01.PrimeraInstancia... Folios 447-619, arch. 73, 74

Humana Vivir S.A. y la Clínica Risaralda, ni el nexo de causalidad entre la presunta falta de atención médica y el deceso de la señora ME.

1.5. Reparos y sustentación²⁰

Apelaron los demandantes, porque, a su juicio, estaban demostrados todos los elementos de la responsabilidad. Sus reparos fueron formulados y desarrollados en primera instancia y a ellos se aludirá más adelante²¹.

2. CONSIDERACIONES

2.1. Concurren los presupuestos procesales y no se advierte irregularidad alguna que pueda invalidar la actuación.

2.2. Como lo señaló el Juez de primer grado, el asunto comporta una responsabilidad extracontractual, puesto que el vínculo contractual lo tenía la señora ME con la EPSS Humana Vivir S.A., lo cual se encuentra debidamente soportado en el expediente con el carné de afiliación²², y ante su deceso²³, quienes dicen ser sus familiares, como víctimas de rebote, reclaman la indemnización de los perjuicios causados.

Lo primero por analizar, entonces, es la legitimación en la causa, aspecto que es revisable de oficio. Por activa, concurren MA²⁴, como compañero permanente y para acreditarlo se trajeron declaraciones extra proceso de GJ y HF, que dieron cuenta de esa relación, no discutida por las demandadas; además, el primero de ellos rindió declaración dentro del

²⁰ Se tuvo sustentada de acuerdo con lo manifestado en el escrito de reparos.

²¹ O1PrimeraInstancia, C. ppal., Tomo III, archivo 75.

²² O1PrimeraInstancia, C. ppal., Tomo I, archivo 02, página 1.

²³ O1CuadernoPrincipal...Folio 1-244, arch. 02, p. 5

²⁴ O1Primera Instancia... Folio 1-244, arch. 02, p. 2.

proceso²⁵ y reiteró la aludida convivencia, junto con AE, hija de MA, según el registro respectivo²⁶ e hijastra de ME.

Hasta allí no surge inconveniente con la legitimación. Pero, sí lo hay en lo que atañe a JE, A, LA y Al, porque es claro que acuden a reclamar en calidad de hermanos de ME los dos primeros, y de sobrinas las últimas. Y para acreditar tales condiciones aportaron sendos registros civiles de nacimiento de cada uno de ellos²⁷⁻²⁸⁻²⁹⁻³⁰. Mas ese medio demostrativo quedó a medias, porque del conjunto de tales registros surge que JE y A son hermanos; y que LA y Al son hijas de A, por tanto, sobrinas de J. Pero ninguno apunta a demostrar el parentesco con la víctima directa. Para establecerlo, era menester allegar también su registro civil de nacimiento, que brilla por su ausencia.

Tal falencia, se dirá, podría haberse remediado, incluso en esta instancia, con el decreto de una prueba de oficio. Sin embargo, por el resultado final que, de una vez, se anuncia que será acorde con lo resuelto en primera instancia, se torna intrascendente el acopio de ese documento.

Así que, como no se logró establecer el parentesco del cual se deriva la indemnización reclamada, por falta de legitimación en la causa de estos demandantes tendría que absolverse. Y, en todo caso, se reitera, por las razones aducidas en primera instancia.

Por pasiva, la legitimación no se remite a duda. Concurren las sociedades Humana Vivir S.A. EPS-S, como afiliadora³¹ y la Clínica Risaralda S.A.

²⁵ 01Primera Instancia... Folio 1-244., arch. 74, 00:06´58" a 00:18´58

²⁶ Pág. 14 ibidem, registro civil de nacimiento, indicativo serial 29332435, NUIP 991108.

²⁷ Pág. 13 ídem, registro civil de nacimiento, nro. 531.

²⁸ Pág. 9 ibidem, registro civil de nacimiento, nro. 338.

²⁹ Pág. 7 ibidem, registro civil de nacimiento.

³⁰ Pág. 11 ibidem, registro civil de nacimiento.

³¹ 01Primera Instancia... Folio 1-244., arch. 02, p. 1

en liquidación, donde fue atendida la paciente y ocurrió su deceso, según consta en historia clínica que reposa en el libelo³².

2.3. Se contrae el asunto a definir si las demandadas son civilmente responsables frente a los demandantes y, en consecuencia, deben resarcirles los daños impetrados por causa de las deficiencias en la atención en salud a la señora ME, que ocasionaron su muerte, como aducen los recurrentes, o si la decisión del Juzgado debe confirmarse, ante la ausencia de los elementos propios de este tipo de responsabilidad.

2.5. Antes de abordar lo que es motivo de disenso, se recuerda, previamente, que producto de la redacción del artículo 328 del CGP, el sendero que traza la competencia del superior está dado por aquellos aspectos que fueron objeto de impugnación, sin perjuicio de algunas situaciones que permiten decidir de oficio (legitimación en la causa, prestaciones mutuas, asuntos relacionados con la familia, las costas procesales, por ejemplo). Es lo que se ha dado en denominar la pretensión impugnaticia, como ha sido reconocido por esta Sala de tiempo atrás³³ y lo han reiterado otras³⁴, con soporte en decisiones de la Corte, unas de tutela³⁵, que se acogen como criterio auxiliar, y otras de casación³⁶.

2.6. Para acometer el análisis de estas reclamaciones, brevemente se memora que esta Corporación ha sostenido³⁷ que la responsabilidad civil médica comporta la concurrencia de varios elementos: la acción o la

³² *Ib.*, p. 30 a 99

³³ Sentencia del 19 de junio de 2018, radicado 2011-00193-01.

³⁴ Sentencia del 19 de junio de 2020, radicado 2019-00046-01, M.P. Duberney Grisales Herrera.

³⁵ STC9587-2017, STC15273-2019, STC11328-2019 y STC100-2019

³⁶ SC2351-2019.

³⁷ Sentencias de 01-09-2015, radicado 2012-00278-01; 19-04-2016, radicado 2012-00298-02; 20-09-2017, radicado 2012-00320-01; 17-05-18, radicado 2012-00294-02; 18-09-18, radicado 2015-00689-01; 18-12-2020, radicado 2012-00241-04; TSP.SC-0029-2021, 11-08-2021, radicado 2013-00180-01, entre otras.

omisión por parte del galeno en el ejercicio de su profesión; el daño padecido por el paciente o, en general, por las víctimas, la culpa o el dolo y la relación causal entre el hecho y el daño; y si ella es contractual, por supuesto, es menester acreditar su fuente.

Y que, por regla general, al médico se le atribuye un compromiso frente a la comunidad y a sus pacientes, en tanto se le confían derechos personalísimos como la salud y la vida, por lo que su quehacer debe cumplirlo con esmero y cuidado, ya que *“La medicina es una profesión que tiene como fin cuidar la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distinciones de nacionalidad, no de orden económico-social, racial, político y religioso. El respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes”*. (art. 1º, Ley 23 de 1981). En virtud de ello, un compromiso esencial del galeno es poner al servicio del paciente todos sus conocimientos con el fin de preservar esos elementales derechos.

Como lo que se adquiere es un compromiso de actuar dentro de los postulados legales y de la ciencia propia, de antaño se admite que la actividad médica involucra obligaciones de medio y no de resultado, a pesar de que, excepcionalmente, el galeno se pueda comprometer con este. Más claro es esto desde la vigencia de la Ley 1438 de 2011 que expresamente así lo consagra en su artículo 104. Por tanto, lo normal es que quien demanda el resarcimiento de unos perjuicios derivados de una actividad de este tipo, deba probar su culpa.

Así lo tiene señalado de tiempo atrás el órgano de cierre de la

jurisdicción ordinaria (sentencia de 17 de noviembre de 2011, Referencia: 11001-3103-018-1999-00533-01, M.P. William Namén Vargas), y lo ha reiterado recientemente (sentencia SC917-2020, del 14 de septiembre de 2020, radicado 76001-31-03-010-2012-00509-01, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona), providencias en las que se ha dicho que:

“La atención sistémica e integral de la salud, sin embargo, no es ajena a los errores, sean excusables e inexcusables. En el ámbito de estos últimos, con repercusiones jurídicas, aparecen los groseros, los culposos, los faltos de diligencia y cuidado, ergo, al ser injustificados, son susceptibles de ser reparados integralmente “in natura” o por equivalente, no así los primeros.

Por esto, causada una lesión o menoscabo en la salud, con ese propósito, el afectado debe demostrar como elementos axiológicos integradores de la responsabilidad médica la conducta antijurídica, el daño y la relación de causalidad entre éste y aquella, así como la culpabilidad, según la naturaleza de la responsabilidad (subjettiva u objetiva) o de la modalidad de las obligaciones de que se trata (de medio o de resultado). En el campo dicho, porque el artículo 26 de la Ley 1164 de 2007, alusiva al talento humano en salud, con la modificación introducida por el canon 104 de la Ley 1438 de 2011, establece que la relación médico-paciente “genera una obligación de medio” sobre la base de una competencia profesional, en clara distinción con las de resultado, estas últimas, en virtud de “estipulaciones especiales de las partes” (artículo 1604, in fine, del Código Civil).”

En síntesis, trátase de responsabilidad médica contractual o extracontractual, las obligaciones son de medio, salvo, claro está, que ocurran casos excepcionales.

En este punto es preciso hacer memoria, como de tiempo atrás se hizo por esta misma Sala y lo ha seguido reiterando, que se han ensayado tesis como las de la carga dinámica de la prueba, o de la distribución de la prueba, cuestión analizada en varias ocasiones por la Corte Suprema; en

alguna de sus decisiones se refirió más precisamente, a una regla de aportación o suministro de pruebas, a la luz del artículo 167 del CGP, y señaló que *“Aunque en algunas oportunidades esta Sala ha aludido tangencialmente a una supuesta “distribución judicial de la carga de la prueba”, lo cierto es que tal conjetura jamás ha sido aplicada para la solución de un caso concreto; y, finalmente, las sentencias en las que se la ha mencionado se han resuelto –como todas las demás–, dependiendo de si en el proceso quedaron o no demostrados todos los supuestos de hecho que exigen las normas sustanciales en que se sustentaron los respectivos litigios... La distinción funcional de los institutos de ‘la carga de la prueba’ y del ‘deber-obligación de aportar pruebas’ permite comprender la razón de ser de cada uno de ellos en el proceso, evitando confusiones innecesarias; y, sobre todo, cumpliendo el objetivo deseado de imponer deberes probatorios a la parte que está en mejores posibilidades materiales de hacerlo, sin afectar en lo más mínimo el principio de legalidad al que sirve la regla inamovible de la carga de la prueba”*. (Sentencia SC9193-2017, de junio 28 de 2017, M.P. Ariel Salazar Ramírez).

Flexibilización que, para el caso, se torna irrelevante, porque no ocurrió en el momento de decretar las pruebas, ni en otro estadio del proceso, como manda la norma en cita, sino que cada parte arrimó las pruebas sobre las que quiso edificar la teoría del caso que propuso, bien para el reconocimiento de las pretensiones, por activa, ya para su denegación por pasiva, y es sobre ellas que la Sala construirá la argumentación para definir la alzada, en apoyo de las decretadas de oficio por el A quo, pues, como lo recordó también la alta Corporación en la última providencia anunciada, *“Para la aplicación de la regla de cierre de la carga de la prueba no importa que el interesado haya sido diligente en el suministro de las pruebas o que haya estado inactivo; o que el juez haya*

impuesto a una u otra parte el deber de aportar pruebas, dado que la única posibilidad que la ley ofrece al sentenciador al momento de proferir su decisión, se enmarca en una lógica bivalente según la cual una vez probados los supuestos de hecho tiene que declarar la consecuencia jurídica, y ante la ausencia de tal prueba tiene que negar dichos efectos de manera necesaria, sin que pueda darse una tercera opción o término medio entre los argumentos de esa alternativa: tertium non datur.”

2.9. También se reliva que, en casos como el de ahora, en los que se debate una responsabilidad médica o institucional por la deficiente prestación de un servicio, la prueba técnica, sin ser única y determinante, le permite al juez aproximarse al conocimiento que requiere para definir la litis, pues con ella se puede descubrir el comportamiento, tanto del galeno, como de las instituciones que contribuyen a la prestación de un servicio de salud y concluir si se cumplieron las reglas que aconseja la ciencia médica.

Así se ha dicho por esta Corporación, por ejemplo, en sentencia del 30 de julio de 2018³⁸, en la que se citó la sentencia SC-2506-16 de la Sala de Casación Civil de la Corte. Incluso desde antes, la propia Corte, en sentencia del 14 de diciembre de 2012, radicado 2002-00188-01, con ponencia del Magistrado Ariel Salazar Ramírez, en la que abordó otra providencia del 26 de septiembre de 2002, expediente 6878, señaló que:

“Sin embargo –ha sostenido esta Corte– “cuando de asuntos técnicos se trata, no es el sentido común o las reglas de la vida los criterios que exclusivamente deben orientar la labor de búsqueda de la causa jurídica adecuada, dado que no proporcionan elementos de juicio en vista del conocimiento especial que se

³⁸ Radicado 2016-00149-01. M.P. Duberney Grisales Herrera. También se señaló así en la sentencia del 18 de diciembre de 2020, radicado 2012-00241-04 y en la TSP-SC0029-2021, para citar las más recientes.

necesita, por lo que a no dudarlo cobra especial importancia la dilucidación técnica que brinde al proceso esos elementos propios de la ciencia –no conocidos por el común de las personas y de suyo sólo familiar en menor o mayor medida a aquéllos que la practican– y que a fin de cuentas dan, con carácter general las pautas que ha de tener en cuenta el juez para atribuir a un antecedente la categoría jurídica de causa. En otras palabras, un dictamen pericial, un documento técnico científico o un testimonio de la misma índole, entre otras pruebas, podrán ilustrar al juez sobre las reglas técnicas 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. Así, con base en la información suministrada, podrá el juez, ahora sí aplicando las reglas de la experiencia común y las propias de la ciencia, dilucidar con mayor margen de certeza si uno o varios antecedentes son causas o, como decían los escolásticos, meras condiciones que coadyuvan pero no ocasionan...”.

2.10. De igual manera, se ha sostenido de tiempo atrás³⁹ que ni siquiera, por regla general, la historia clínica es suficiente para acreditar la mala praxis del médico o la institución; se necesita más que eso para establecer que lo que allí se consigna es contrario a lo que aconseja el devenir clínico para un caso concreto. Por ello, retomando la importancia de la prueba técnica, y haciendo alusión a la historia clínica, dijo también la máxima Corporación, en la sentencia SCo03-2018, del 12 de enero de ese año, con ponencia del Magistrado Luis Armando Tolosa Villabona, que:

“No obstante, denunciándose mal apreciada la prueba documental, únicamente, contentiva de las historias clínicas, de las fórmulas médicas y de la guía de manejo de eventos de cefalea, debe seguirse, a tono con lo señalado por el ad-quem, que en el proceso efectivamente no existía ningún medio distinto, dirigido a determinar si la atención médica brindada a la señora Blanca Margarita Rojas Carreño, durante su paso por las entidades demandadas, el 21 y 22 de mayo de 2003, estuvo conforme a la *lex artis*.

³⁹ Tribunal Superior de Pereira, Sala Civil-Familia, sentencia del 13 de marzo de 2019, radicado 66001310300420170006301, M.P. Jaime Alberto Saraza Naranjo y en la citada TSP.SC-0029-2021,

En otras palabras, la historia clínica, en sí misma, no revela los errores médicos imputados a los demandados. Esto, desde luego, no significa la postulación de una tarifa probatoria en materia de responsabilidad médica o de cualquier otra disciplina objeto de juzgamiento. Tratándose de asuntos médicos, cuyos conocimientos son especializados, se requiere esencialmente que las pruebas de esa modalidad demuestren la mala *praxis*.

Existiendo en la materia libertad probatoria, al ser el juez ajeno al conocimiento médico, la Corte 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 (...)*” (CSJ. Civil. Sentencia 183 de 26 de septiembre de 2002, expediente 6878).

Las historias clínicas y las fórmulas médicas, por lo tanto, en línea de principio, por sí, se insiste, no serían bastantes para dejar sentado con certeza los elementos de la responsabilidad de que se trata, porque sin la ayuda de otros medios de convicción que las interpretara, andaría el juez a tientas en orden a determinar, según se explicó en el mismo antecedente inmediatamente citado, “(...) *si lo que se estaba haciendo en la clínica era o no un tratamiento adecuado y pertinente según las reglas del arte (...)*”

Así estaba sentado ya en otras ocasiones, como en las sentencias SC-2506-2016 y SC21828 de 2017.

2.11. Descendiendo al asunto que nos atañe, se recuerda brevemente que el Juzgado adujo, como eje central de su decisión, que “*no se probó la conducta culposa del personal médico de la Clínica Risaralda (...) cuando el asunto requiere de conocimientos científicos o técnicos hay que acudirse a las reglas particulares de la disciplina y en el caso de estudio no aparece prueba de que el procedimiento adelantado por el personal de la IPS Clínica Risaralda no fuera el protocolo que debía seguirse para este tipo de pacientes, pero el expediente adolece de testimonios técnicos, de dictámenes periciales y en materia científica esas son pruebas determinantes y se acuden a ella para que un tercero*

imparcial ilustre al juez sobre las condiciones y determine el procedimiento correcto que debió realizarse, que determine si la atención brindada a la paciente fue errada, negligente, inoportuna y descomedida y que por ello se desencadenó el fallecimiento de ME". Luego sostuvo que "con tan escaso material probatorio, que solo se cuente con historia clínica, prueba que resulta insuficiente para determinar la responsabilidad de los demandados, de ella se extrae que la paciente requería de un kit ligador de varices elásticas que al momento de su fallecimiento no le había sido suministrado, pero además se requiere el conocimiento del experto en tal materia que indique al suscrito juzgador si era vital el suministro del kit, si el mismo pudo ser remplazado por otro, cual ha debido ser su atención, si existió mora o negligencia, para así tener el juez el conocimiento necesario para determinar si el personal médico incurrió en una mala práctica, cual ha de haber sido el protocolo a seguir, si el no suministro del kit fue la causa del fallecimiento de ME (...) el fallador no tiene las bases técnicas ni científicas para dilucidar sin temor a equivocación la existencia o no de responsabilidad del personal médico que atendió a la señora HS"

2.12. Como puede observarse, comenzó hablando del elemento subjetivo (culpa) que no lo halló acreditado, para terminar diciendo que aunque la historia clínica enseña que la paciente requería un kit ligador, se requería de conocimientos técnicos para establecer si su suministro era vital, si se pudo reemplazar por otro elemento y, en últimas, si la falta de ese suministro fue la causa del fallecimiento de ME, es decir, que descendió al elemento causal.

A decir verdad, es por esto último que ha debido emprender su análisis, dado que la muerte de la paciente estaba acreditada y de ella es que se

hacen derivar los perjuicios reclamados. Establecido el daño, sigue el análisis del nexo causal entre la conducta y el daño, y solo si se halla esa relación, se valora la culpa.

Sobre este aspecto, y en vista de que también los reparos formulados al fallo, como se verá, refieren indistintamente a los dos elementos: la culpa y el nexo causal, bueno es reiterar lo dicho insistentemente por esta Sala, incluso en reciente providencia⁴⁰ en el sentido de que:

“...esta Colegiatura los ha diferenciado, al señalar⁴¹ con asiento en jurisprudencia patria, en doctrina y en sus propias decisiones, que:

... en torno al examen de los elementos axiales, importa señalar que la culpa⁴² es la valoración subjetiva de una conducta⁴³⁻⁴⁴, mientras que la causalidad no solo es la constatación objetiva de una relación natural o fenoménica de causa-efecto, en palabras del maestro Adriano De Cupis⁴⁵: “(...) es el nexo etiológico material (es decir, objetivo o externo) que liga un fenómeno a otro, que en cuanto concierne al daño, constituye el factor de su imputación material al sujeto humano (...)”, sino también un juicio jurídico o normativo.

La causalidad ha sido de los temas más complejos de estudiar en la responsabilidad patrimonial, como enseña la literatura especializada (2020)⁴⁶, tanto en los sistemas del *common law* y como de *civil law* (2021)⁴⁷.

El elemento causal no admite presunciones y siempre debe probarse⁶⁸, sea en el régimen contractual o extracontractual, de culpa probada o presunta; por su parte la culpabilidad sí las tiene y

⁴⁰ TSP-SC0004-2023

⁴¹ TSP-SC-0022-2022

⁴² PRÉVOT, Juan M. La obligación de seguridad, 2ª edición, Bogotá DC, Temis, 2012, p.84.

⁴³ SANTOS B., Jorge. Ob. cit. p.423.

⁴⁴ PATIÑO, Héctor. Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual, Revista de la Universidad Externado de Colombia, No.20, Colombia [En línea]. 2011 [Visitado el 2019-05-28]. Disponible en internet: www.revistas.uexternado.edu.co > Inicio > Núm. 20 (2011) > Patiño

⁴⁵ DE CUPIS, Adriano. El daño, teoría general de la responsabilidad civil, casa editorial Bosh, Barcelona, España, 2ª traducción del italiano, 1970, p.247.

⁴⁶ KEMELMAJER de C. Aida y JARAMILLO J. Carlos E. El criterio de la razonabilidad en el derecho privado, editorial Ibáñez y otras, 2020, p.470.

⁴⁷ BAENA A., Felisa. La causalidad en la responsabilidad civil, Tirant lo blanch, Bogotá DC, 2021, p.11.

desde luego relevan de su acreditación (Art.2353 y 2356, CC, 982 y 1003, CCo, entre otras).

Mal pueden refundirse en un solo concepto estos factores, para estructurar la responsabilidad, o derivar el uno del otro. Afirma el citado tratadista italiano⁴⁸: “(...) *la relación de causalidad no puede confundirse con la culpa. (...)*”. Y, en el escenario patrio, acota Velásquez G.: “*Hemos de partir de que el vínculo de causalidad constituye un elemento de la responsabilidad civil, completamente distinto de la culpa.*”. Colofón: son distintos y se revisan en estadios diferentes.

Y este proceder fue precisado por la misma CSJ en 2009⁴⁹ en los siguientes términos: “*Establecida ex ante la realidad o certeza del daño, debe determinarse su causa e imputarse al sujeto, de donde, la relación, nexo o vínculo de causalidad, es el segundo elemento constante de la responsabilidad y consiste en precisar al autor del detrimento, mediante la imputación fáctica, física, material o causal del menoscabo a su conducta, sea por acción, sea por omisión. (...)*”. Y ha sido reiterado (2021)⁵⁰.

Ahora, frente al nexo causal, en ocasiones anteriores, esta Sala⁵¹ recordó lo dicho por la Sala de Casación Civil de la Corte⁵², acerca de que:

Como de un tiempo a esta parte lo viene predicando la Corte, el nexo causal, distinguido coma uno de las elementos estructurales de la responsabilidad civil, cualquiera sea su naturaleza, no puede reducirse al concepto de la “*causalidad natural*” sino, más bien, ubicarse en el de la “*causalidad adecuada*” o “*imputación jurídica*”, entendiéndose por tal “*el razonamiento por medio del cual se atribuye un resultado dañoso a un agente a partir de un marco de sentido jurídico*” (CSJ, SC 13925 del 30 de septiembre de 2016, Rad. n.º 2005- 00174-01)

Es que como en ese mismo fallo se analizó, “*el objeto de la imputación -el hecho que se atribuye a un agente generalmente no se prueba directamente[,] sino que requiere la elaboración de hipótesis inferenciales con base en probabilidades. De ahí que con cierta frecuencia se nieguen demandas de responsabilidad civil por no acreditarse en el proceso un 'nexo causal' que es difícil de demostrar porque no existe como hecho de la naturaleza, dado que la atribución de un hecho a un agente se determina a partir de la identificación de las funciones sociales y profesionales que el*

⁴⁸ DE CUPIS, Adriano. Ob. cit., p.247.

⁴⁹ CSJ. Sentencia del 24-08-2009; MP: Namén V., No.2001-01054-01.

⁵⁰ CSJ. SC-3604-2021.

⁵¹ TSP.SC-0063-2021, ver también TPS-SC-0005-2022...

⁵² Sentencia SC2348-2021

ordenamiento impone a las personas, sobre todo cuando se trata de probar omisiones o 'causación por medio de otro'; lo que a menudo se traduce en una exigencia de prueba diabólica que no logra solucionarse con la imposición a una de las partes de la obligación de aportación de pruebas, pues el problema no es solo de aducción de pruebas sino, principalmente, de falta de comprensión sobre cómo se debe probar la imputación y la culpabilidad" (ibidem, se subraya).

No se trata, pues, de prescindir por completo de la causalidad física o natural, sino de no reducir a ella la atribución de un resultado a su autor, en tanto que la apreciación del elemento que se comenta es mucho más compleja. Como de forma muy reciente tuvo oportunidad de explicarlo la Sala:

Al respecto, conviene precisar que el vínculo causal es una condición necesaria para la configuración de la responsabilidad, el cual solo puede ser develado a partir de las reglas de la vida, el sentido común y la lógica de lo razonable, pues estos criterios permiten particularizar, de los antecedentes y condiciones que confluyen en la producción de un resultado, cuál de ellos tiene la categoría de causa.

Para tal fin, 'debe realizarse una prognosis que dé cuenta de los varios antecedentes que hipotéticamente son causas, de modo que con la aplicación de las reglas de la experiencia y del sentido de razonabilidad a que se aludió, se excluyan aquellos antecedentes que solo coadyuvan al resultado porque no son idóneos per se para producirlo, y se detecte aquél o aquellos que tienen esa aptitud' (SC, 15 en. 2008, rad. 2000-673-00-01; en el mismo sentido SC, 6 de sep. 2011, rad. 2002-00445-01).

Así las cosas, en el establecimiento del nexo causal concurren elementos facticos y jurídicos, siendo indispensable la prueba - directa o inferencial- del primero de ellos, para lograr una condena indemnizatoria.

El aspecto material se conoce como el juicio sine qua non y su objetivo es determinar los hechos o actuaciones que probablemente tuvieron injerencia en la producción del daño, por cuanto de faltar no sería posible su materialización. Para estos fines, se revisa el contexto material del suceso, analizado de forma retrospectiva, para establecer las causas y excluir aquellos que no guardan conexión, en términos de razonabilidad. Con posterioridad se hace la evaluación jurídica, con el fin de atribuir sentido legal a cada gestión, a partir de un actuar propio o ajeno, donde se hará la ponderación del tipo de conexión y su cercanía (CSJ, SC 3348 del 14 de septiembre de 2020, Rad. 2008-00337-01).

2.13. Los reparos a la resolución son de variada índole⁵³. Primero, presentan los recurrentes un elenco de seis réplicas, que dicen que:

(i) Estando probados todos los elementos de la responsabilidad civil, no se dieron por establecidos.

(ii) Las pruebas del proceso demuestran la falla institucional y la relación de causalidad entre el fallecimiento de la paciente y los perjuicios irrogados a los demandantes.

(iii) Se desconoció que trata la demanda de una responsabilidad institucional.

(iv) Se omitió que el presente asunto se regula por lo establecido en el inciso 3° del artículo 1604 del Código Civil, es decir, “La prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”.

(v) Se prescindió de los efectos que produce frente a los demandados el hecho de que no hayan contestado la demanda y no haber asistido a la audiencia de conciliación.

(vi) Se descartó por parte del fallador decretar prueba de oficio para establecer la imputación en cabeza de los demandados.

Pero, enseguida, emprenden su desarrollo y tras insistir en la responsabilidad institucional, en la aplicación del artículo 1604 del C.

⁵³ 01Primera Instancia... Folios447-619, arch. 75, 01. Primera Instancia, c. ppal., tomo III, los reparos se tuvieron sustentados con los argumentos plasmados el mismo escrito de censura, según sentencia de tutela STC17217-2021 de la Sala Civil de la CSJ.

Civil, y en las consecuencias de las omisiones procesales de las demandadas, agregan otra serie de situaciones que se refieren a que:

(vii) Se probó el nexo causal, pero del juzgado lo dio por no establecido, a pesar de que la historia clínica, los testimonios y los indicios graves y la confesión que pesan contra las demandadas daban cuenta de ello. En efecto, dicen, quedó probado con la prueba documental que a la paciente se le negó una atención integral y continuada, producto de lo cual hubo de presentarse acciones de tutela;

(viii) Presentaba una urgencia vital por sangrado digestivo que pretendió controlarse con unas ligaduras de trompas elástica, dispositivo que no se le suministró por estar excluido del POS;

(ix) Era más adecuado para su tratamiento el uso de Acetaminofén que de AINES, que podían generarle sangrado alto;

(x) No fue valorada por gastroenterólogo;

(xi) El bien jurídicamente protegido es el derecho al goce de la vida, configurado en la pérdida del chance o la oportunidad de recuperarse de la paciente.

2.14. Ninguno de tales embates sale avante.

2.14.1. Para arribar a esta conclusión bastaría decir que ellos guardan relación con la causalidad fáctica mencionada, pero nada refieren de la causalidad jurídica. Todo el disentimiento gira en torno a la omisión de las instituciones demandadas de suministrar un kit de ligaduras, la impericia de los médicos tratantes por dejar de utilizar Acetaminofén, y

de las demandadas por la falta de valoración de un especialista en gastroenterología.

Estas últimas afirmaciones no pasan de ser una simple apreciación de los demandantes sin ningún respaldo científico en el proceso, en cuanto señalan que indicado era el uso de Acetaminofén; aquí no se citó siquiera a los médicos tratantes, y como se verá, el dictamen pericial, en el que tanto insistió el juzgado, a la postre se frustró, porque ninguna de las partes contribuyó eficazmente a su realización. O una falacia, como cuando se afirma que la paciente no fue atendida por gastroenterólogo, pues, contrario a ello, el 23-12-2008, se verificó que la paciente continuaba con hemorragia digestiva y melenas abundantes y fétidas, como plan de tratamiento se indicó la necesidad de valoración por gastroenterología para definir escleroterapia y continuar con hemotransfusión⁵⁴. Para esa fecha, a las 17:30 horas, la paciente fue vista por el especialista en gastroenterología quien indicó el suministro LEV (líquidos endovenosos), transfundir GR (glóbulos rojos), iniciar octeotride (sic) y dejó pendiente endoscopia para ligadura de varices esofágicas y conseguir kit ligadura de bandas elásticas⁵⁵.

Ahora, sobre la primera de estas manifestaciones, en cuanto concierne a la falta de suministro de un dispositivo, hecha la distinción entre la causalidad fáctica y la jurídica, es claro para la Sala que los recurrentes se quedan en la primera fase, pues reiteran la grave patología que presentaba la paciente, de la que da cuenta clara la historia clínica mencionada, la orden del médico tratante de un kit de ligaduras para controlar su hemorragia, y la negación de este servicio por parte de la EPS demandada. Esos son aspectos que no se discuten, por lo que inane

⁵⁴ Pág. 37 ib.

⁵⁵ Pág. 38 y 39 ib.

resulta volver sobre las pruebas para establecer hechos que surgen palmarios de la misma historia.

Pero de allí no se sigue que el nexo causal esté demostrado, porque faltaría para ello la valoración de la causalidad jurídica, es decir, establecer si, dicha omisión fue la que condujo inexorablemente a la muerte de la paciente. Es decir, para un caso como este, era menester acreditar también si la muerte tuvo génesis en la ausencia del kit ordenado, o si pudo haber otras causas para ello, sobre todo porque la historia clínica enseña el estado crítico en que se hallaba ella de tiempo atrás.

Y era ahí donde la prueba técnica hubiera podido contribuir a darle claridad al juez acerca de si el deceso fue producto de la tórpida evolución de su enfermedad, o si lo fue por la hemorragia que presentaba y si la única manera de poderla controlar era el kit de ligadura, o si, a pesar de la negación del mismo, lo que venían haciendo los médicos correspondía con el protocolo debido a la cirrosis padecida.

Mas, como destacó el funcionario de primer grado, después de mucho insistir en la práctica del dictamen ordenado desde los albores del proceso, las partes omitieron la carga que se les impuso y prefirieron dejar que el proceso llegara al final sin el estudio de un experto. A lo que se suma que tampoco se trajeron testigos técnicos, ni otros medios de prueba, distintos a la historia que pudieran dar luces acerca de cuál fue, al final de todo, la real causa de la muerte de ME. Y como está dicho, la historia clínica, por sí sola, es insuficiente, en general, para deducir un nexo causal.

Por lo demás, los testimonios recaudados de LMVL⁵⁶, GGE⁵⁷, MJGE⁵⁸, MLGO⁵⁹ y GJLT⁶⁰, son de personas allegadas a las víctimas, que dieron cuenta de situaciones diversas al nexo causal que se echa de menos, por lo que nada aportan para definir la responsabilidad misma.

2.14.2. Emerge de lo anterior que la primera réplica no tiene solidez, en cuanto dice que se probaron todos los elementos de la responsabilidad civil, cuando es claro que el nexo causal no se alcanza a vislumbrar.

2.14.3. La segunda se viene a menos, porque, a pesar de que se acreditó una omisión por parte de la EPS, relacionada en la misma historia clínica, por la falta el suministro del kit, de esa sola circunstancia, como viene de decirse, no emerge la causalidad jurídica necesaria para establecer que la muerte provino de esa específica circunstancia, que pudo haberlo sido de la evolución normal de su grave enfermedad, o de otras circunstancias que, por falta de una prueba científica, se quedaron sin dilucidar.

2.14.4. La tercera y la cuarta tampoco tienen visos de prosperidad, porque, a pesar de que el juzgado hizo énfasis en que los galenos se comportaron adecuadamente durante la atención que le brindaron a la paciente, también señaló que lo que faltó probar fue si la omisión de la EPS o de la IPS en el suministro del kit fue la causa adecuada del suceso final, que fue la muerte. Pero, adicionalmente, lo que advierte la Sala es que ello va ligado a la cuarta crítica que alude a la aplicación para estos casos del inciso 3° del artículo 1604 del C. Civil, según el cual, la prueba

⁵⁶ 01CuadernoPrincipal, ...Folio 245-446, Arch. 17, p. 1

⁵⁷ Ib., p. 3

⁵⁸ Ib., p. 4

⁵⁹ Ib., p. 5

⁶⁰ 01PrimeraInstancia,... Folio447-616, arch. 74, audiencia 373 CGP, 00:07:00

de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, y la del caso fortuito a quien la alega.

También en ese aspecto carecen de razón. Recuérdese que se dijo al comienzo que esta causa es de responsabilidad médica civil extracontractual, en cuanto reclaman unas víctimas de rebote; y que, sea contractual o extracontractual, es de medio y no de resultado, por regla general, así que incumbe a los demandantes probar los elementos que le son propios, incluida la culpa. Eso se traduce, a diferencia de lo que dicen lo impugnantes, en que no se trata de una responsabilidad con culpa presunta.

Sobre el particular, ya esta Colegiatura se ha pronunciado y, en respecto por ese precedente, ya que ningún motivo hay para apartarse de él, se recuerda lo dicho en la sentencia SC-0030-2022 de este Tribunal, acerca de que:

El artículo 1604, inciso 3º, CC, es inaplicable para esta responsabilidad, la regla general es que la asistencia médica es una obligación de medio, de forma excepcional se catalogan algunas de resultado; para las primeras la culpa es probada, mientras que es presunta para las segundas. Este criterio, es doctrina probable (Art.4º, L 169/1896 y C-537-2010) de nuestra CSJ, órgano de cierre de la especialidad, como se expuso con profusión en el acápite 6.4.4. de esta decisión, vigente para estos días y aceptado pacíficamente por la doctrina nacional especializada⁶¹.

Específicamente la CSJ en la decisión de 2001⁶², hito para el asunto, refutó la aplicación del citado canon, de esta manera:

Aunque la Corte en otras ocasiones, tal como se observa en la reseña jurisprudencial, ha partido de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, para definir la distribución de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual del médico, lo cierto es

⁶¹ FERNÁNDEZ M., Mónica L. Ob. cit., pág.41.

⁶² CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001, MP: Ramírez G., No.5507.

que sin desconocer la importancia de la sistematización y denominación de las obligaciones "de *moyens*" y "de *résultat*", atribuida a René Demogue, que sin duda alguna juegan rol importante para efectos de determinar el comportamiento que debe asumirse, lo fundamental está en identificar el contenido y alcance del contrato de prestación de servicios médicos celebrado en el caso concreto, porque es este contrato específico el que va a indicar los deberes jurídicos que hubo de asumir el médico, y por contera el comportamiento de la carga de la prueba en torno a los elementos que configuran su responsabilidad y particularmente de la culpa, porque bien puede suceder, como en efecto ocurre, que el régimen jurídico específico excepcione el general de los primeros incisos del artículo 1604 del Código Civil, conforme lo autoriza el inciso final de la norma.

Lo dicho hasta aquí sirve igualmente para responder a los reparos séptimo a décimo, de los que se enlistaron, que recaen en la atención brindada a la paciente.

2.14.5. La quinta protesta, relacionada con los efectos de la falta de contestación de la demanda y la inasistencia de los representantes legales a la audiencia de interrogatorios, tampoco trasciende. Por una parte, el Juzgado definió con antelación las consecuencias de esas conductas. Respecto de la Clínica Risaralda, dijo que se tendría en cuenta como un indicio grave el no subsanar la contestación⁶³; y sobre Humana Vivir EPS, señaló que se tendrían como ciertos los hechos 4, 6 y 9, relacionados con la vinculación de la víctima directa con la entidad y de esta con la IPS, pero, de manera concreta, dijo que los demás hechos no admitían prueba de confesión⁶⁴. Ninguna de esas providencias fue recurrida por las partes, de manera que es desafortunado proponer un dislate de esa naturaleza en las postrimerías del proceso, cuando se había estado conforme con lo resuelto.

⁶³ 01CuadernoPrincipal... Folios 1-244. arch14 y 01CuadernoPrincipal... Folios 245-446 Arch. 16

⁶⁴ 01CuadernoPrincipal... Folios 245-446 Arch. 16

Más aún. En la audiencia del artículo 373, el juzgado reiteró que el debate estaría centrado en establecer la culpa de las demandadas, luego el nexo causal entre su conducta y el daño y, si ello salía avante, el resarcimiento de los perjuicios. Con ello estuvo de acuerdo el apoderado de los demandantes, lo que indica que el nexo causal no estaba probado hasta ese momento, ni lo fue después.

Y es que, en cualquier caso, aun si se le diera la razón, la confesión no podría ir más allá de lo que dicen los hechos de la demanda, esto es, que a la paciente se le negó el suministro de un kit de ligadura. Sin embargo, se insiste en ello, el problema es otro, el de la causalidad que, por supuesto, no se desprende de esa inasistencia de los representantes legales de las demandadas a la audiencia en la que se les iba a interrogar.

2.14.6. Sobre la sexta réplica, poco hay por decir. Basta revisar la actuación de los jueces que conocieron de la causa para ver cómo insistieron en la práctica del dictamen pericial, que era la prueba técnica que hubiera podido despejar las inquietudes en este asunto. Pero al final, el silencio de las partes, a quienes se les requirió el pago de los gastos solicitados, impidió su práctica. Venir ahora con el argumento de que ha debido decretarse de oficio, no hace más que poner al descubierto la incuria de los litigantes en este proceso.

2.14.7. Queda por elucidar la última queja, que centran los demandantes en que el bien jurídicamente protegido es el derecho al goce de la vida, configurado en la pérdida del chance o la oportunidad de recuperarse de la paciente. Así mismo lo plantearon en la demanda⁶⁵. Luego de apoyar esa tesis en jurisprudencia del Consejo de Estado, sostienen que en ninguna de las actuaciones realizadas por las

⁶⁵ 01PrimeraInstancia... Folios 1-244, arch. 01, p. 23

instituciones demandadas “*se dejó ver el mínimo asomo de diligencia y cuidado por parte de sus representantes legales, es más, no obra absolutamente ninguna actuación de estos, violando flagrantemente la posición de garantes que les asistía respecto a la paciente, vulnerándole clara y directamente su derecho a la vida -pérdida de la oportunidad de sanar- pues eran los encargados funcional y materialmente de dar las autorizaciones respectivas*”.

La teoría de la pérdida del chace o de una oportunidad ha sido expuesta desde diversas perspectivas. Unos la ven como daño autónomo; otros la analizan como un tipo de perjuicio material; unos más la califican como uno de tipo extrapatrimonial; o la mantienen en el plano de la causalidad, según explica la doctrina⁶⁶⁻⁶⁷.

La cuestión es que, en el seno de la jurisdicción ordinaria, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia le ha dado, en general, el primer tratamiento, esto es, como un daño autónomo, en una serie de providencias que alcanzan a erigirse en doctrina probable, a la luz del artículo 4° de la Ley 169 de 1896, que incumbe al juez respetar, salvo que con fundamentos jurídicos claros y razonables se separe del mismo⁶⁸. Así ha sido acogido por este Tribunal⁶⁹.

Tal tesis viene siendo sostenida en sentencias como las del 24 de junio de 2008, radicado 2000-01141, M.P. Octavio Munar Cadena; del 9 de septiembre de 2010, radicado 2005-00103-10, M.P. William Namén Vargas; del 1 de noviembre de 2013, expediente 26639, M.P. Arturo

⁶⁶ Plata Prince, Luis Carlos. La pérdida de oportunidad en el derecho de daños. Ibáñez, Bogotá D.C., 2019, p. 166

⁶⁷ Tamayo Jaramillo, Javier, Tratado de responsabilidad civil, T. I, Legis, Bogotá, 2007, p. 287; y T. II, p. 357

⁶⁸ Sentencia C-836-2001, art. 7° CGP

⁶⁹ Tribunal Superior de Pereira, Sala Civil-Familia, sentencia del 22 de octubre de 2019, radicado 05001-31-03-017-2011-00496-01, M.P. Duberney Grisales Herrera.

Solarte R.; y más recientes, la SC-10261-2014, SC-7220-2015; SC-7824-2016; SC-5474-2017; SC-5686-2018; AC520-2020; y SC-3375-2021. Solo, de manera aislada y sin desarrollo posterior, en la sentencia SC562-2020 se le dio el alcance de un método “*de valoración probatoria*”.

Sentado por la alta Corporación que se trata de un daño autónomo, es como tal que debe reclamarse en la demanda, pues una cosa es invocar el resarcimiento de perjuicios derivados de la muerte, como en este caso, que es un daño cierto, conocido, probado, y otra, diferente, pedir por la mera probabilidad de un hecho favorable, de obtener una ganancia o beneficio, o de evitar un evento adverso⁷⁰.

Por ello, resulta relevante resaltar unos apartes de las últimas providencias citadas. En la sentencia SC3375-2021, dijo la Corte que:

Sin embargo, la lectura del libelo genitor del litigio deja al descubierto que, contrariamente a lo argüido por el juzgador *a-quo*, la promotora sí deprecó el pago de las ganancias que dejó de percibir a consecuencia de la terminación de los contratos que había celebrado con sus clientes, mas no de los que podría celebrar.

En efecto, en los hechos 36 y 37 de la demanda, pilares de las pretensiones de condena incoadas, la reclamante anotó que «36. Como secuela de las violaciones contractuales relatadas, los clientes de P..., cancelaron los dieciséis (16) contratos referidos en el hecho 20. Tampoco se pudieron renovar los contratos anteriores. Como corolario surgió la paralización total y permanente de la sociedad demandante. 37. Con base en el número de contratos a que se refiere el hecho número 20; al igual que al valor de cada uno de ellos, lo mismo que su término; y el valor de las ventas indicado en el hecho 21; mediante *experiticio* (sic) obtenido en virtud del empleo de las correspondientes proyecciones; se puede deducir técnicamente, el valor de las ventas que podían producirse en los diecisiete (17) años de vida jurídica de P...» (Folio 7,

⁷⁰ Así se analizó en la citada sentencia del 9 de septiembre de 2010, en la que se mencionó aquella del 24 de junio de 2008, S-055-2008, radicado 2000-01141

cuaderno 1).

Y con base en tal fundamento fáctico, la convocante deprecó se declare *«que P..., ha sufrido lucro cesante por las violaciones contractuales causadas por C... que en el experticio (sic) que se ha presentado como prueba se estima en la suma de ...suma que pidió fuera reconocida a su favor (folios 14 y 15, cuaderno 1, pretensiones 7ª y 10ª.)*

Así las cosas, abruptamente se evidencia el desacierto del juzgado de primer grado y que, como lo alegó la demandada, incurrió en el vicio de incongruencia, en razón a que interpretó que la demandante deprecó el pago de perjuicios a título de pérdida de oportunidad fincada en los contratos que a su alcance habría podido celebrar durante el término de existencia previsto en sus estatutos sociales, no obstante que esto no fue lo pedido por P..., pues demandó el pago del lucro cesante, esto es, las ganancias que dejó de percibir, como consecuencia de la imposibilidad de renovar los pactos que ya había celebrado con diversos clientes así como la terminación de otros que estaban en curso, culminación derivada de la imposibilidad de seguirles prestando el servicio acordado tras la infracción de C...

Tal situación denota, a simple vista, que en lo que respecta al perjuicio reconocido por concepto de pérdida de oportunidad el juzgador inicial expidió una sentencia de condena foránea al litigio, comoquiera que la accionante no solicitó dicho reconocimiento.

En el auto AC520-2020, ya había dicho la Colegiatura que:

Dicho de otro modo, en el desarrollo del cargo debió acreditarse la existencia de una oportunidad seria de recuperación del menor de edad, de haberse auscultado permanentemente por el médico especialista, o de haberse remitido con más prontitud a la UCI pediátrica, lo que no se hizo; ello en tanto que, en palabras de la Sala,

«la pérdida de cualquier oportunidad, expectativa o posibilidad no configura el daño que en el plano de la responsabilidad civil, ya sea contractual, ora extracontractual, es indemnizable. Cuando se trata de oportunidades débiles, incipientes, lejanas o frágiles, mal

*puede admitirse que, incluso, de continuar el normal desarrollo de los acontecimientos, su frustración necesariamente vaya a desembocar en la afectación negativa del patrimonio o de otro tipo de intereses lícitos de la persona que contó con ellas (...). La oportunidad debe existir para el momento en el que se realiza la conducta antijurídica que se imputa al demandado”, lo que explica que “**el demandante ‘deb[a], para obtener reparación del daño, demostrar que en dicho momento estaba en capacidad de aprovechar la oportunidad o estar a punto de poder lograrlo. Esta directiva permite excluir la reparación de esperanzas puramente eventuales que no están sustentadas en hechos acaecidos al momento de advenimiento del hecho dañino imputable al demandado (...). La exigencia del carácter real y serio de la oportunidad perdida constituye un correctivo eficaz contra los abusos eventuales de la teoría’** (Viney, Geneviève y Jourdain, Patrice. *Les conditions de la responsabilité, L.G.D.J., 3ª edición, París, 2006, ps. 101 y 102)*”» (CSJ SC, 1 nov. 2013, rad. 1994-26630-01).*

Y antes, en la sentencia SC7824-2016, había planteado que:

Fijados esos derroteros, emergen, de manera nítida, dos inferencias: de un lado, las pretensiones del impugnante respecto a la situación de la demandante y su reclamo por la reducción de ingresos ante un nuevo empleo, no pueden referir a la modalidad dañina de lucro cesante; de otro, de darse las circunstancias necesarias para estructurar un perjuicio, lo sería bajo la modalidad ‘pérdida de oportunidad’, empero, para ello, como se dejó visto, al damnificado le correspondía acreditar la presencia de los requisitos que la doctrina ha enlistado para tornar viable tal súplica, asunto que no aparece, siquiera, reclamado por esa senda.

En el caso de ahora, se repite, la indemnización que se reclama está fundada en el lucro cesante, el perjuicio por el daño moral y a la vida de relación que derivaron de la muerte de. Como bien dicen los recurrentes, su reclamación proviene de la lesión a un bien protegido, que es la vida, es decir, un resultado final. No se invocó, como interés protegido, la probabilidad que pudiera haber tenido ME de sobrevivir, caso en el cual

la valoración sería diferente, pues es eso, la ventaja esperada o la desventaja experimentada, al decir de la Corte⁷¹, y nada más que eso, lo que se resarce.

Como viene de verse en las decisiones de la Corte, de este Tribunal⁷² y lo considera también la doctrina que comulga con su tesis⁷³, proceder de manera diferente, es decir, reconociendo los perjuicios derivados de una pérdida de oportunidad (como daño autónomo), cuando lo que se invocó fue el daño derivado de la muerte del paciente, rompería la regla de la congruencia, prevista hoy en el artículo 281 del CGP, a la luz de la cual, la sentencia debe ser armónica con los hechos y las pretensiones de la demanda y las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

Esto sería suficiente para desechar los argumentos que blanden los recurrentes. Mas, si se quisiera ahondar, para llegar a un reconocimiento de esa naturaleza, siguiendo la misma línea de la Corte, en particular en la sentencia del 28 de junio de 2010, es imprescindible que:

...los elementos probatorios lleven al juzgador a la seria, fundada e íntima convicción a propósito de la razonable probabilidad de concreción futura del resultado útil, por lo cual, a diferencia del lucro cesante, o sea, la “*ganancia o provecho que deja de reportarse*” (artículo 1614 del Código Civil), en ella no se tiene la utilidad, tampoco se extingue, y el interés protegido es la razonable probabilidad de obtenerla o de evitar una pérdida (cas. civ. sentencia de 24 de junio de 2008 [S-055-2008], exp. 11001-3103-038-2000-01141-01).

⁷¹ También en la sentencia del 9 de septiembre de 2010.

⁷² En la sentencia del 22 de octubre de 2019 citada

⁷³ Giraldo Gómez, Luis Felipe. La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, p. 380

Por supuesto que la ausencia de pruebas técnicas, ya resaltada, impide llegar a una conclusión como la que se tendría que dar en el caso de la pérdida de una oportunidad, porque se desconoce a estas alturas la probabilidad de que, con el uso del kit de ligaduras, hubiera logrado la paciente su recuperación, máxime cuando, se insiste en ello, se trataba de una paciente con una patología severa y avanzada.

De manera que tampoco esta réplica puede prosperar.

2.15. Viene de lo dicho que la apelación presentada no tiene la virtud para quebrar el fallo de primer grado, con lo que será prohijado.

No habrá condena en costas en esta sede, por cuanto los demandantes fueron beneficiados con amparo de pobreza⁷⁴. Esto, de acuerdo con lo previsto por el artículo 154 del CGP.

3. **DECISIÓN**

En armonía con lo dicho, esta Sala de Decisión Civil-Familia del Tribunal Superior de Pereira, **CONFIRMA** la sentencia del 17 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Quinchía, Risaralda, en este proceso ordinario de responsabilidad civil que inició **MA, AE, JE, A, LA, y Al** iniciaron frente a la **E.P.S.S. Humana Vivir S.A. y la Clínica Risaralda S.A.**

Sin costas en esta sede.

Notifíquese.

⁷⁴ 01.PRIMERA INSTANCIA, 01CuadernoPriuncipal... Folios447-619, arch. 54

Los Magistrados

JAIIME ALBERTO SARAZA NARANJO

CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS

DUBERNEY GRISALES HERRERA

Firmado Por:

Jaime Alberto Zaraza Naranjo
Magistrado
Sala 004 Civil Familia
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Duberney Grisales Herrera
Magistrado
Sala 001 Civil Familia
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Carlos Mauricio Garcia Barajas
Magistrado
Sala 002 Civil Familia
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

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

Código de verificación: **485979fe59a06fe50aef5a7efd2ffc2373f60807c37396d43d00d8d04e4f4c03**

Documento generado en 15/03/2023 11:49:55 AM

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