

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE IBAGUÉ

SALA CIVIL – FAMILIA

Ibagué, cinco (05) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Proceso: Declarativo de Responsabilidad Civil Médica

Demandantes: William Olaya Ñustes y otros.

Demandados: Cafesalud Eps-s SA

Radicación: 73001-31-03-002-2017-00061-02

Procede la sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte accionante contra el fallo proferido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ibagué el 19 de febrero de 2020 dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

A través de apoderado judicial William Olaya Ñustes en nombre propio y en representación de Jireth Lorena Olaya Pérez, Josep Emmanuel Olaya y Zahir Andrés Olaya; William Olaya Pérez; Andrea Lizeth Olaya Pérez; y Eulises Olaya Ñustes en nombre propio y en representación de Chaira Lizeth Olaya Tapiero y Alison Julieth Olaya Tapiero promovieron demanda de responsabilidad civil médica de naturaleza contractual contra Cafesalud Eps-s SA solicitando se acceda a las siguientes pretensiones:

“1º Declarar civilmente responsable a Cafesalud E.P.S S S.A de la apurada y abrupta muerte de la señora Adelaida Ñustes ocurrida el 20 de agosto de 2016, dada su negligencia para la práctica del “examen por oncología” y “cirugía cabeza y cuello” dispuestos por sus dependientes médicos, en razón a la grave patología cáncer papilar de tiroides metastasico (sic) que de vieja data había sido evidenciada padecía.

2º Como consecuencia pagar por perjuicios morales a quienes se detallará y en los montos allí descritos, o en el máximo que la jurisprudencia de la corte tenga tasado como pauta al momento de la condena, así:

2.1. Para la sucesión de la señora Adelaida Ñustes la suma de \$100.000.000,00 por concepto del perjuicio moral que ella padeció antes de su deceso.

2.2. Para cada uno de los demandantes:

Nombre	Parentesco	Monto
WILLIAM OLAYA ÑUSTES	HIJO	\$100.000.000,00
EULISES OLAYA ÑUSTES	HIJO	\$100.000.000,00
JIRETH LORENA OLAYA OBANDO	NIETA	\$100.000.000,00
JOSETP EMMANUEL OLAYA OBANDO	NIETO	\$100.000.000,00
ZAHIR ANDRÉS PÉREZ OLAYA	NIETO	\$100.000.000,00
ANDREA LIZETH OLAYA PÉREZ	NIETA	\$100.000.000,00
WILLIAM OLAYA PÉREZ	NIETO	\$100.000.000,00
CHAIRA LIZETH OLAYA TAPIERO	NIETA	\$100.000.000,00
ALISON JULIETH OLAYA TAPIERO	NIETA	\$100.000.000,00

3º En caso de oposición condénese en costas a la demandada.”

HECHOS

Como fundamento de las pretensiones se señalaron los hechos que a continuación se compendian:

Relatan los accionantes que Adelaida Ñustes desde el año 2014 fue diagnosticada con un tumor cancerígeno en la tiroides, y ante la gravedad de dicha patología, el 28 de abril de 2016 el galeno Sergio Sanz, adscrito a Cafesalud Eps-s, ordenó su remisión al Centro de Investigaciones Oncológicas San Diego, ubicado en la ciudad de Bogotá, a lo que no se dio cumplimiento por falta de convenio con la señalada Institución.

Ante la persistencia de los síntomas y el riesgo existente, el 8 de junio de ese mismo año la médico Silvana Orozco Araújo, especialista igualmente adscrita a Cafesalud Eps-s, dictaminó que Adelaida Ñustes debía ser remitida por consulta prioritaria a la Fundación Saint, ubicada en Bogotá, no obstante, nuevamente la Eps puso de presente que carecía de convenio para atender dicha orden.

Como consecuencia del actuar negligente y omisivo de la entidad promotora de la salud, el 21 de junio siguiente interpusieron una acción de tutela que fue decidida favorablemente por el Juzgado Quinto laboral de esta ciudad mediante sentencia

del 5 de julio posterior, decisión en la que se ordenó que en un término no mayor a 48 horas Cafesalud Eps-s debía librar las autorizaciones correspondientes para valoración por medicina nuclear y cirugía de cabeza y cuello requeridas por Adelaida Ñustes Zabala, prescritas por los médicos tratantes a través de fórmulas médicas de fecha 28 de abril y 8 de junio de 2016.

Debido al incumplimiento de la orden de tutela *“el 14 de julio y 3 de agosto de 2016”* se solicitó dar apertura a un incidente de desacato, el cual, debido al silencio de la encartada y el incumplimiento de la orden constitucional, fue fallado el 30 de agosto de ese mismo año ordenando sancionar a los directivos de Cafesalud, determinación que a su vez fue confirmada el 5 de septiembre subsiguiente por la Sala Laboral de este Tribunal.

Desde el 22 de julio de esa calenda Adelaida Ñustes, por su delicado estado de salud y ante la falta de atención por parte de Cafesalud Eps-s, tuvo que acudir al servicio de urgencias del Hospital Federico Lleras Acosta, donde permaneció hospitalizada a la espera de que se le realizara la cirugía de cabeza y cuello y la valoración por medicina nuclear que le habían sido ordenadas, hasta el 20 de agosto, fecha en la que falleció producto del actuar negligente de la primera entidad mencionada.

Con tal comportamiento, Cafesalud Eps-s le causó perjuicios morales a Adelaida Ñustes Zabala, quien tuvo que padecer todos los dolores y malestares generados por el cáncer tan agresivo que padecía sin contar con una atención adecuada, y a quien se le cercenó la oportunidad de seguir viviendo, con lo que además se le causaron perjuicios morales a sus hijos y nietos.

TRÁMITE PROCESAL

Luego de subsanada la demanda, fue admitida por auto del 23 de marzo de 2017 en el que se ordenó correr traslado a la parte accionada.¹

Notificada por aviso el 27 de julio siguiente, a través de apoderado Cafesalud Eps-s se pronunció frente al libelo genitor el 29 de agosto de ese mismo año oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo las excepciones de mérito denominadas: *“RUPTURA DEL NEXO CAUSAL COMO EXIMENTE DE*

¹ Folios 66-67 cuaderno principal.

RESPONSABILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL; FALTA DE RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EJECUTADOS POR CAFEDALUD EPS Y EL DAÑO ALEGADO POR LA DEMANDANTE; HECHO DE LA VÍCTIMA; DUDA RAZONABLE DE LA EXISTENCIA DEL DAÑO; EXCEPCIÓN GENÉRICA.”²

El 31 de octubre de 2017 se llevó a cabo la audiencia inicial³, en la que no fue posible agotar la etapa de la conciliación por cuanto los accionantes ni su apoderado judicial se hicieron presentes, luego de lo cual el Juez procedió a recepcionar el interrogatorio de la parte demandada, fijó los hechos y las pretensiones y decretó las pruebas pedidas por los litigantes.

Acto seguido, el Juez le concedió el uso de la palabra al apoderado de la parte accionada para presentar sus alegatos de conclusión, y luego de dejar constancia sobre la inexistencia de irregularidades procesales que pudieran invalidar lo actuado, dictó sentencia declarando probada la excepción de mérito denominada *“ruptura del nexo causal como eximente de responsabilidad civil”* formulada por Cafesalud Eps y denegando las pretensiones incoadas en el libelo genitor.

El 2 de noviembre el apoderado judicial de los accionantes alegó excusas por su inasistencia y la de sus representados a la audiencia inicial⁴. Al día siguiente aportó escrito solicitando la nulidad de lo actuado y por separado apeló la sentencia.⁵

En proveído del 20 de noviembre subsiguiente el Juez de conocimiento resolvió no aceptar las excusas presentadas, rechazar de plano la solicitud de nulidad y negar la concesión de la alzada.⁶

Frente a esa determinación los accionantes interpusieron reposición y en subsidio apelación, remedio que se decidió negativamente por el *a-quo*, pero que prosperó en segunda instancia, ya que a través de auto del 31 de julio de 2018⁷ este Tribunal

² Folios 87-94 cuaderno principal.

³ Folios 120-122 cuaderno principal.

⁴ Folios 123-128 cuaderno principal.

⁵ Folios 129-140 cuaderno principal.

⁶ 141-143 cuaderno principal.

⁷ Folios 4-8 cuaderno 2.

revocó la decisión calendada el 20 de noviembre de 2017 y ordenó dar trámite a la solicitud de nulidad impetrada por aquellos.

En cumplimiento de lo ordenado por el Superior, el 8 de noviembre siguiente el *a-quo* decretó la nulidad de todo lo actuado a partir de la audiencia inicial y señaló nueva fecha y hora para su realización, advirtiendo que de ser posible ese mismo día se efectuaría también la audiencia de trámite y juzgamiento prevista en el artículo 373 del C.G.P., para lo cual, allí mismo procedió a decretar las pruebas del proceso.⁸

El 12 de diciembre se llevó a cabo la audiencia, esta vez sin la presencia del apoderado de la parte demandada lo que imposibilitó la conciliación, luego de lo cual se fijaron los hechos y las pretensiones, se advirtió que se hacía necesaria la práctica de un dictamen pericial en el que se determinara cuál fue la causa del deceso de Adelaida Ñustes y procedió a decretarlo de oficio, manifestándole a las partes que una vez practicada dicha prueba se fijaría fecha y hora para continuar con la audiencia de instrucción.⁹

Rendida la experticia, el 14 de febrero de 2020 se dio inicio a la audiencia de instrucción y juzgamiento. No obstante, como quiera que el perito no fue citado en debida forma el juez la suspendió.¹⁰

El 19 de febrero siguiente, se dio continuidad a la audiencia, se practicó el interrogatorio al auxiliar de la justicia, se recepcionaron los alegatos de conclusión y se dictó sentencia, decisión en la que se declaró probada la excepción de mérito denominada *“ruptura del nexo causal como eximente de responsabilidad civil”*, se denegaron las pretensiones de la demanda y se condenó en costas a la parte demandante, la cual, oportunamente interpuso recurso de apelación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez de conocimiento sostuvo que, de acuerdo con las pruebas aportadas al proceso, específicamente la historia clínica y el dictamen pericial practicado, se pudo establecer que la causa de la muerte de Adelaida Ñustes fue una infección intrahospitalaria que le generó una *“asepsis gastronómica”*.

⁸ Folios 165-167 cuaderno principal.

⁹ Folios 175-176 cuaderno principal.

¹⁰ Folios 296-297 cuaderno principal.

Por tanto, al haberse demostrado que la paciente no falleció por la ausencia de la cirugía de cabeza y cuello, como se dijo en la demanda, sino por la referida infección, en la que además tuvo incidencia su avanzada edad, concluyó que no se podía emitir una condena de responsabilidad en contra de Cafesalud Eps-s. Ello, teniendo en cuenta el principio de congruencia, toda vez que lo pedido en la demanda fue la responsabilidad derivada de la no prestación de unos servicios médicos relacionados con la enfermedad de base, cáncer *“metastásico”*, que ninguna relación tuvieron con el proceso infeccioso causante de la muerte.

A continuación, con soporte en jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, puntualizó que en este litigio no se configuró una pérdida de la oportunidad por no estar reunidos los requisitos para su estructuración.

Adicionó que de acuerdo con la historia clínica la causante se negó a recibir tratamiento de Yodoterapia.

Finalizó diciendo que contrario de lo manifestado por la pasiva de la acción, en caso de haber salido avante el reclamo incoado por los gestores, la Eps sí estaba llamada a responder por los perjuicios eventualmente causados, ya que al respecto la jurisprudencia de la Corte Suprema ha recalcado que las Eps y las Ips tienen una *“responsabilidad compartida”* en esta clase de eventos.

RECURSOS DE APELACIÓN

Como reparos concretos contra la decisión el apoderado judicial de los promotores señaló que la responsabilidad contractual tiene un tratamiento especial que el Juez no le dio al desatar la instancia.

Resaltó que se demandó a una entidad promotora de salud que es una profesional del ramo.

Sostuvo que el juzgador estaba obligado a realizar una interpretación sistemática de la demanda y de las pruebas allegadas al expediente, lo que echa de menos.

Dijo que el Juez supuso que la cirugía de tiroides que le fue practicada a la paciente fue detenida *“porque hubo una circunstancia”* sin tener los conocimientos técnicos para realizar esa clase de conclusiones.

Adujo que a pesar de que con la demanda no se presentó ningún dictamen pericial, el Juez de oficio decretó uno, el cual hace parte de las pruebas del proceso junto con la historia clínica de la paciente, luego, como las pruebas son del proceso y no de las partes, dichas probanzas eran suficiente para estructurar el juicio de responsabilidad.

Refirió que la cirugía de cabeza y cuello que según el Juez no incidió en la muerte de Adelaida Ñustes, sí fue determinante en el deceso de ésta.

Indicó que el principio de congruencia se edifica a partir de los hechos, las pretensiones y las pruebas, no realizando un análisis aislado de tales tópicos como lo hizo el juzgado.

Afirmó que existió una inadecuada valoración probatoria, ya que el Juez no atisbó que a partir de la historia clínica y el dictamen pericial era posible concluir el indebido proceder de los médicos y por tanto la responsabilidad de la demandada.

Puso de presente que la infección padecida por Adelaida Ñustes fue producida por la gastrostomía que se le practicó por no habersele realizado a tiempo la cirugía de cabeza y cuello para extirparle el resto de la tiroides que le había hecho metástasis.

Sostuvo que no se demostró que ésta o alguno de sus familiares hubiera rechazado la Yodoterapia que le fue ordenada por los galenos.

Manifestó que al ser una responsabilidad civil contractual, la Eps tenía a su cargo obligaciones de seguridad frente a la paciente.

Recriminó que los profesionales dependientes de la Eps nada hicieron para corregir la disfuncionalidad de la gastrostomía que le fue realizada a pesar de haberla advertido oportunamente.

Adujo que durante la hospitalización, Adelaida Ñustes fue atendida, primero en la unidad de cuidados intermedios y después en piso, a pesar de lo grave de la infección y en compañía de todos los demás enfermos.

Indicó que la infección nosocomial que el perito refirió como causa de muerte era suficiente para irrogar responsabilidad a la demandada, ya que con ella se truncó la posibilidad de que la causante viviera más tiempo al lado de sus familiares.

Dijo que en este caso deben aplicarse las consecuencias procesales derivadas de la no asistencia de la demandada a la audiencia inicial y por no atender los requerimientos efectuados por el despacho para que allegara la historia clínica integral de Adelaida Ñustes.

Dentro del término de traslado para sustentar el recurso el togado refirió que la accionada reconoció como ciertos los hechos 4 y 5 de la demanda, los cuales la incriminan; como asimismo que ésta mantuvo siempre una actitud elusiva frente a las pruebas que tenía el deber de aportar; y que el perito no mencionó que Adelaida Ñustes fuera la culpable de su propio deceso.

Sostuvo que los médicos adscritos a Cafesalud prescribieron exámenes y procedimientos a la paciente Adelaida Ñustes, los cuales no se practicaron por negligencia de la Eps. Si se hubiera cumplido con ese deber se habría podido prolongar la vida de aquella, situación que permite concluir que Cafesalud Eps no obró conforme lo ordena la ley y que con su actuar le cercenó la posibilidad de prolongar su existencia.

Adujo que no es cierto que no haya demostración del nexo causal, pues la Eps tenía la obligación de prestar los servicios médicos requeridos por la causante y no porque ésta sufriera una enfermedad catastrófica se podía afirmar que estaba destinada a morir, reiterando una vez más la configuración de la pérdida de la oportunidad.

Manifestó que no es cierto que la paciente se hubiera negado a recibir tratamiento de Yodoterapia, y que por el contrario ella siempre estuvo presta a recibir todos los tratamientos que le fueron recetados por los galenos.

PRONUNCIAMIENTO DE LA PARTE NO APELANTE

Durante el término de traslado de la sustentación del recurso Cafesalud Eps-s, a través de su representante judicial solicitó se confirme la decisión apelada, argumentando, en términos generales, que los razonamientos expuestos por el censor no tienen asidero jurídico; ya que no es cierto que existiera una actitud elusiva de parte de la entidad frente a las pruebas; que en cambio se ordenaron todos los servicios médicos requeridos por la paciente y no hubo negligencia; y por el contrario, fue la parte actora la que no desplegó actividad probatoria tendiente a demostrar sus asertos.

Precisó que no se configuran en este caso los requisitos de la pérdida de oportunidad alegada ni tampoco el elemento del nexo causal.

Relievó además, que fue la propia Adelaida Ñustes la que se rehusó a recibir el tratamiento de Yodoterapia, que de acuerdo con la literatura médica es el más empleado con posterioridad a una cirugía de tiroides, y su no aplicación reduce considerablemente la expectativa de vida del paciente.

CONSIDERACIONES

Como quiera que los denominados presupuestos procesales no merecen reparo alguno; así como tampoco se advierte irregularidad que tipifique una causa de nulidad procesal que imponga la invalidez de lo actuado, es procedente resolver el recurso impetrado por los accionantes.

Introductoriamente debe precisarse que el caso que ahora ocupa la atención de la Sala se sitúa dentro de la órbita de la responsabilidad civil contractual derivada del acto médico, que tuvo origen según los accionantes, porque Cafesalud Eps-s como empresa promotora de la salud, se sustrajo de manera injustificada de autorizar los servicios, exámenes y procedimientos prescritos por los galenos tratantes de Adelaida Ñustes Zabala, quien desde el año 2014 fue diagnosticada con un tumor cancerígeno en la tiroides, anomalías que a la postre le cercenaron la oportunidad de seguir viviendo.

Como sustento de sus pretensiones resarcitorias, los accionantes arguyen que el médico Sergio Sanz el 28 de abril de 2016 ordenó la remisión de la paciente al Centro de Investigaciones Oncológicas San Diego de la ciudad de Bogotá; como asimismo, el 8 de junio siguiente la profesional Silvana Orozco Araújo, especialista en hemato oncología, la remitió por consulta prioritaria de Medicina Nuclear a la Fundación Saint de la misma localidad. No obstante, tales órdenes médicas no fueron autorizadas por Cafesalud Eps-s con el argumento de no tener convenio con ninguna de tales entidades.

Relataron los promotores que ante el incumplimiento reiterado de la institución, se vieron obligados a interponer en su contra una acción de tutela que fue fallada favorablemente el 5 de julio de ese mismo año por el Juzgado Quinto Laboral de esta ciudad, al igual que un incidente de desacato respecto de dicha determinación judicial, que finiquitó con la interposición de una sanción al representante legal de

Cafesalud Eps-s, providencia que a su vez fue confirmada por este Tribunal en su Sala de Decisión Laboral.

Sin embargo, al no tener una atención oportuna, debido a su grave estado de salud, la paciente estuvo internada por más de un mes en el Hospital Federico Lleras Acosta, a donde falleció el día 20 de agosto de 2016.

Con el recurso de alzada, en términos generales se reprocha la valoración probatoria realizada por el juez de instancia, así como el análisis efectuado por él en torno a los elementos estructurales de la responsabilidad civil invocada, la conducta de la entidad de salud encartada y la incidencia del comportamiento de la paciente en la producción del daño.

De cara a esos argumentos, conviene precisar inicialmente que en tratándose de la responsabilidad civil médica la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia tiene dicho que *“[C]ausada 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 aquélla, 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).”*¹¹

Con el propósito de determinar la existencia de responsabilidad, se partirá por estudiar la ocurrencia del daño, según la demanda, concretado en la muerte de la señora Adelaida Ñustes Zabala el 20 de agosto de 2016 por las razones que ocuparán análisis posterior, hecho cuya demostración no ofrece dificultad, pues se colige de la copia del folio del registro civil de defunción visible a folio 10, en armonía con el certificado médico como documento antecedente y la anotación en la historia clínica¹², últimos dos documentos que si bien no son necesarios como prueba del deceso, sí devienen obligatorios para el cumplimiento de esta tarea, por cuanto *“El daño jurídicamente relevante depende de una concepción relacional entre quien lo sufre y quien lo produce; jamás se determina “en sí mismo”*¹³.

Superado el anterior estudio, se abordará seguidamente el estudio de la culpa, y es así que para lograr determinar si la conducta de la entidad demandada puede ser objeto de reproche, la Sala en primer lugar se ocupará de analizar si los actos

¹¹ CSJ. SC4786-2020 del 7 de diciembre de 2020.

¹² Cuaderno principal folio 14.

¹³ CSJ. SC562-2020 del 27 de febrero de 2020.

desplegados por los facultativos del Hospital Federico Lleras Acosta se advierten ajustados a los mandatos de la *lex artis*, o si por el contrario, en el evento de advertirse alguna negligencia o mala praxis médica de su parte, éstas pueden servir de bastión para edificar un juicio negativo de valor en contra de la Cafesalud Eps-s. Superado tal escollo la Corporación pasará a verificar si ésta última a su vez obró de acuerdo con los deberes que la ley le impone, o si en cambio, de su actuar se puede desgajar alguna clase de descuido o negligencia que permita atribuirle culpabilidad.

Siguiendo los derroteros trazados, nótese que el perito Norbey Darío Ibáñez Robayo de acuerdo con la historia clínica¹⁴, sostuvo que la causa de la muerte de Adelaida Ñustes fue una infección o sepsis generada en el área donde los facultativos adscritos al Hospital Federico Lleras Acosta le realizaron un procedimiento quirúrgico denominado gastrostomía, consistente en la colocación de un tubo a través de la pared abdominal hasta el estómago, con el propósito de facilitar la nutrición, la administración de líquidos y medicamentos directamente en el saco estomacal, sin necesidad de pasarlos por la boca y el esófago.

Dicho proceso infeccioso, según el Auxiliar de la Justicia, se originó durante su estancia en las instalaciones de la entidad prestadora de salud, deducción que hizo teniendo en cuenta la agresividad del agente patógeno, el hecho de ser resistente a los antibióticos y la época de su aparición, ello, con soporte en los lineamientos trazados por la Organización Mundial de la Salud sobre las infecciones intrahospitalarias, que no, en prueba practicada que diera cuenta de ello.

Así lo relató el profesional de la medicina:

“El otro hallazgo que resalto al despacho es que tuvo -refiriéndose a Adelaida Ñustes- una infección en el sitio operatorio de la gastrostomía, que de entrada fue un proceso infeccioso que no se pudo controlar, entró el 6 de agosto, falleció el 20 de agosto, durante toda la hospitalización no se pudo controlar el proceso infeccioso tal como lo registra la historia clínica y siempre se dice que había secreción purulenta y que había antibiótico de amplio espectro, lo que uno de entrada dice, el germen que estaba allí no es un germen común sino probablemente es un germen que puede ser de habitación intrahospitalaria, y máxime cuando ese procedimiento lo habían hecho en esa misma institución 8 días antes tal como quedó en la historia de ingreso.”¹⁵

¹⁴ Audiencia de instrucción y juzgamiento 22'00" al 22'19".

¹⁵ 26'05" al 27'04" de la audiencia de instrucción y juzgamiento.

Dijo además el perito que le llamó de manera importante la atención que la gastrostomía practicada a la causante fue completamente disfuncional, razón por la cual, durante el periodo de hospitalización la paciente no se pudo alimentar por ese medio, precisando que *“el otro hallazgo fue que nunca se pudo corregir, nunca se pudo llegar a una alimentación por vía gastrointestinal o al menos a nivel del estómago no se pudo alimentar la paciente durante toda la instancia. Porque un día antes se dice pendiente endoscopia para alimentación, procedimiento que no se encontró que se hubiese realizado por lo cual no se pudo en los 14 días poder alimentar la paciente porque siempre se manifestó que la gastrostomía era disfuncional.”*¹⁶

Analizado de manera aislada el aparte traído a cita, en principio podría afirmarse que de lo dicho se colige una mala praxis, en razón a la conclusión acerca de la infección de tipo intrahospitalario, y la práctica de una gastrostomía disfuncional que nunca se logró corregir y que pudo ser determinante en el deterioro de la salud de la paciente Ñustes Zabala, pues a raíz de ello, no pudo ser alimentada durante todo el periodo de la hospitalización, no obstante ello pronto se diluye, si se analiza en su totalidad la señalada pericia.

En efecto, cuando al perito se le interrogó acerca de la pertinencia de los procedimientos y las atenciones en salud brindadas por tales facultativos, respondió:

“Su señoría, durante los 14 días hospitalizada en el Federico Lleras Acosta el manejo que se le dio fue el que requería la paciente. Pero lo único es que entre las conclusiones si me llamó fue la atención y lo pongo de presente a su señoría es que el tratamiento previo a esa hospitalización, lo que es la tiroidectomía, sí hago referencia al mismo porque en la literatura dice, tiroidectomía total para el cáncer papilar de tiroides y a la paciente le hicieron tiroidectomía parcial. Pero en los 14 días los profesionales de la salud si tienen un germen multi resistente es imposible poderlo corregir, porque eso se desborda de su capacidad de poder un antibiótico fuerte, y lo otro es que la gastrostomía nunca se pudo corregir pero sí se encuentra que al día siguiente al que ingresó se intentó corregir, situación que no se pudo y que estaba pendiente hacerle una endoscopia muy probablemente para revisar por qué no funcionaba o al menos alimentarla por una vía, entonces de la hospitalización del 6 de agosto al 20 de agosto de 2016 no encuentro, por eso no hice hincapié en mis conclusiones, de que en esa hospitalización hubiese alguna trasgresión a lo que se encuentra, o lo que uno podría evidenciar en la literatura médica su señoría.”

Y más adelante refirió:

¹⁶ 27'09'' al 27'49'' de la audiencia de instrucción y juzgamiento.

“Con respecto a que si en esa atención de esos 14 días estuvo ajustada con la condición clínica de la paciente, no tengo ninguna duda, o sea, no se pudo controlar la infección pero no se le podía pedir que la controlaran, se hizo todo porque ahí dice que se utilizó un antibiótico de amplio espectro situación que al resultado era lo que tenía indicado, porque el germen si nunca se controló.”

Con esto último se logran despejar las dudas originadas en lo afirmado inicialmente por el perito, de manera que, dando alcance a tales señalamientos, bien puede afirmarse que la conducta desplegada por los profesionales de la salud adscritos al Hospital Federico Lleras Acosta no fue errada, como también que las situaciones adversas acaecidas a la paciente tuvieron su fuente en aspectos ajenos, tanto a la voluntad de éstos, como a los servicios médicos prestados en dicha entidad.

Adicionalmente es menester precisar en este punto, que en relación con las atenciones recibidas por la causante en el Hospital Federico Lleras Acosta durante su hospitalización en el mes de agosto de 2016, la parte accionante no aportó ninguna prueba de la que se pueda decantar la existencia de irregularidades ocurridas en el obrar de los médicos.

Ahora bien, además de lo afirmado por el perito, igualmente puede concluirse que a los demandantes no les bastaba con afirmar que, si la paciente falleció como consecuencia de un proceso infeccioso, ello se debió a que hubo culpa médica, pues, es lo cierto, que una conclusión de ese talante no puede construirse o edificarse sin evidencia, y mucho menos en contravía de las conclusiones expuestas por tal profesional. Para ello, era necesario entonces que la parte interesada aportara pruebas encaminadas a demostrar tal aserto, pues sabido es que lo relativo a la prestación de servicios médicos es una cuestión que trasciende la órbita del conocimiento de fallador y por consiguiente, no existiendo pruebas adicionales sobre el aludido tópico, capaces de derruir la prueba pericial, no es posible emitir un juicio de reproche frente a la conducta de los facultativos.

Esta Sala no desconoce, que la jurisprudencia ha señalado que *“En el ámbito hospitalario, además de la prestación de los servicios médicos, paramédicos y asistenciales, y además del suministro de medicamentos y tratamientos pertinentes, de hospedaje especial, etc., que debe prestar la entidad nosocomial, tiene ésta a su cargo la obligación de seguridad “de tomar todas las medidas necesarias para que no sufra ningún accidente en el curso o con ocasión del cumplimiento de las prestaciones esenciales que por razón del contrato dicho centro asume” (GJ. T.CLXXX, pág. 421, citada en SC-003 de 1º de febrero de 1993, rad. n°. 3532).*

Tal obligación supone la implementación y mantenimiento de medidas dirigidas a prevenir accidentes e infecciones, sobre la base de un control estricto acorde con protocolos contentivos de normas técnicas, adoptados por el propio centro de salud o exigidos por las autoridades que tienen a su cargo su inspección, vigilancia y control, y que se extienden pero no se limitan a la señalización, transporte adecuado de enfermos, dotación infraestructural apropiada, métodos de limpieza y esterilización, procedimientos de seguridad, desinfección, control de visitas, identificación, idoneidad e inspección en materia de salud del personal, coordinación de tareas con el fin de aminorar errores en procesos, disposición de residuos orgánicos, recintos especializados, entre muchas otras variables. Deberes todos positivos que coadyuvan en el logro de un non facere: que el paciente no sufra ningún accidente.”¹⁷

Tales deberes, según lo tiene explicado ese alto Tribunal, en línea de principio están catalogados como obligaciones de medios y no de resultado, lo cual implica que quien alegue su incumplimiento por la existencia de una infección intrahospitalaria, tiene la carga de demostrar de qué manera la institución acusada desatendió los deberes legales o reglamentarios encaminados a evitar la aparición de ese tipo de enfermedades.

Al respecto, la jurisprudencia ha indicado que *“Sin desconocerse que el examen de la responsabilidad civil de instituciones prestadoras de salud, derivada de las infecciones asociadas a la asistencia sanitaria, es un asunto problemático que ha venido recibiendo diferentes soluciones judiciales en otras latitudes (responsabilidad objetiva en aplicación de la teoría del riesgo creado, o responsabilidad con culpa presunta para aligerar la carga probatoria al demandante o culpa probada), opta la Corte por entender que como cada parte debe demostrar el supuesto de hecho de la regla cuya consecuencia persigue, el demandante que le achaca negligencia, imprudencia, impericia o violación de reglamentos a la entidad hospitalaria deberá establecer los elementos fácticos que dan pie para dicha aserción; y ésta, si alega que, por el contrario, fue diligente, deberá asimismo probarlo.*

Dicho esto en los términos de una jurisprudencia de vieja data: como el centro hospitalario debe desplegar su comportamiento esperado acompasado, entre otros deberes y obligaciones profesionales, a la buena praxis y el cumplimiento de protocolos y normas técnicas según lo anotado, para atribuirle un incumplimiento generador de daños deberá el acreedor insatisfecho, no sólo acreditar la existencia del contrato sino “cuáles fueron los actos de inejecución, porque el demandado no podría de otra manera contrarrestar los ataques que le dirige el actor, debido precisamente a la naturaleza de su prestación que es de lineamientos esfumados. Afirmado el acto de inejecución, incumbe al demandado la prueba de su diligencia y cuidado, conforme al inciso 3° del art. 1604, prueba suficiente

¹⁷ Sentencia SC2202-2019 del 20 de junio de 2019.

para liberarlo, porque en esta clase de obligaciones basta para exonerar al deudor de su responsabilidad acreditando cualquiera de esos dos elementos (...).¹⁸

Confrontados estos postulados con el caso concreto, puede colegirse que aun cuando el perito afirmó categóricamente que la infección que resultó ser determinante en la muerte de Adelaida Ñustes Zabala era tipo intrahospitalaria, no puede olvidarse que tal afirmación la extrajo al contrastar lo acontecido con la literatura médica sobre el particular, y no de prueba que lo sustentara. En todo caso, no sería admisible estructurar un juicio negativo de valor en contra de la Eps accionada por cuanto los promotores no cumplieron con la carga procesal anteriormente anotada, en tanto que no demostraron cuáles obligaciones asociadas a la prestación de la asistencia sanitaria se dejaron de honrar por parte de la entidad.

Otra razón de peso que impide que se le enrostre a la Ips la ejecución de una conducta antijurídica por tales hechos, es que ni en la demanda ni durante el proceso se ventiló lo relacionado con las infecciones intrahospitalarias, por tanto, aunque en reiterados pronunciamientos la jurisprudencia ha indicado que el juez está obligado a interpretar la demanda en busca de su sentido genuino para no sacrificar el derecho sustancial en aras de hacer un culto vano a la formalidad¹⁹, en el *sub lite*, interpretar la demanda con el propósito de adecuar la causa jurídica del daño hacia la existencia de una infección nosocomial no se avizora precedente, ya que como atrás se apuntaló, al no haber sido objeto del debate procesal, es un tema del que la Eps demandada no tuvo la posibilidad de defenderse, y, por tanto, si se encaminaran las pretensiones por esa nueva ruta, se estaría sorprendiendo a la pasiva con temas que no estuvo en capacidad refutar.

De tal suerte que, en lo que respecta a la atención médica brindada a Adelaida Ñustes Zabala durante su hospitalización en el mes de agosto de 2016 en el recinto hospitalario Federico Lleras Acosta, no es posible detectar, un comportamiento irregular que pueda ser atribuido, directa o indirectamente, a la Eps cuestionada.

Siguiendo con el sendero inicialmente demarcado, cabe entonces preguntar, si el comportamiento desplegado por la susodicha entidad antes del memorado periodo de hospitalización fue negligente.

¹⁸ Sentencia SC2202-2019 del 20 de junio de 2019.

¹⁹ Ver sentencia del 17 de noviembre de 2011 - Referencia: 11001-3103-018-1999-00533-01- y sentencia SC9184-2017 del 28 de junio de 2017 entre otras.

Para resolver tal cuestionamiento se partirá por traer a cita el artículo 177 de la ley 100 de 1993 según el cual:

“Las Entidades Promotoras de Salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el título III de la presente Ley.”²⁰ (Subrayas de la sala)

Con soporte en dicha norma, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha precisado lo siguiente:

“Independientemente del vínculo que une a las Entidades Promotoras de Salud con sus afiliados y beneficiarios lo relevante es determinar el alcance de las obligaciones adquiridas por aquellas, según los lineamientos de los artículos 177 al 179 y 183 de la Ley 100 de 1993, consistentes en organizar y garantizar la prestación de los servicios de salud del plan obligatorio de salud, lo que implica «disponer y preparar un conjunto de personas calificadas (Instituciones prestadoras de servicios de salud y profesionales en áreas relacionadas), incluidos los medios adecuados» con ese fin, fuera de que se presten de acuerdo con los criterios científicos de las instituciones y médicos tratantes, así como establecer procedimientos de control en pos de que la atención brindada por las IPS sea integral, eficiente, oportuna y de calidad.

Aunque pareciera que se trata de una actividad netamente administrativa de consecución o recaudo de los recursos humanos, físicos y técnicos para la prestación del plan obligatorio de salud, tal labor también conlleva emitir autorizaciones para que las consultas médicas y los procedimientos terapéuticos puedan llevarse a cabo, a más de contratar con una red de servicios especializada en diferentes patologías, por lo que al ponerlos a disposición responden cuando «el paciente, sea afiliado o beneficiario, recurre a aquellos para la recuperación de su salud, es decir, cuando la prestación del servicio de salud o relación paciente-médico, tiene como soporte o explicación el vínculo contractual ora legal subyacente entre la EPS y el afiliado o sus beneficiarios», como se dijo en CSJ SC rad. 1999-00533-01.”²¹

En este litigio, los accionantes mediante las pruebas documentales que militan a folios 16 a 20 del cuaderno principal, acreditaron que los médicos tratantes de

²⁰ Sentencia SC2769-2020 del 31 de agosto del 2020.

²¹ Sentencia SC2769-2020 del 31 de agosto del 2020.

Adelaida Ñustes Zabala en consultas del 28 de abril y 8 de junio de 2016, ordenaron su valoración con el especialista en cirugía de cabeza y cuello y con el especialista en medicina nuclear respectivamente.

Los accionantes afirmaron que la Eps fue renuente en autorizar la prestación de dichos servicios, al paso que ésta, teniendo sobre sus hombros la carga de demostrar lo contrario por ser aquella una afirmación indefinida²², no allegó ningún medio de prueba encaminado a desvirtuar tal aseveración.

Así se probó entonces la omisión endilgada a la entidad promotora de salud, la que a su vez motivó a que los actores interpusieran una acción de tutela en contra de ella, la que se falló favorablemente por el Juzgado Quinto Laboral de esta ciudad el 5 de julio de ese mismo año;²³ y posteriormente promovieron un incidente de desacato que se decidió el 30 de agosto siguiente sancionando al representante legal de la entidad²⁴ y que fue confirmado por este Tribunal en la Sala Laboral mediante proveído del 5 de septiembre, por cuanto la accionada hizo caso omiso a la orden constitucional, en la que se le mandaba que dentro del término de cuarenta y ocho horas siguientes debía expedir las autorizaciones pertinentes para la práctica de los exámenes ordenados a la paciente.²⁵

Las anotadas circunstancias permiten evidenciar con cierto grado de facilidad que Cafesalud Eps-s incumplió con sus obligaciones legales y contractuales al sustraerse de manera injustificada de expedir las órdenes necesarias para la prestación oportuna de los servicios médicos dictaminados por los profesionales de la salud que atendieron a la causante Adelaida Ñustes Zabala.

Esta situación, sin duda constituye una conducta anómala y defectuosa que se aparta de los postulados legales, y que por tanto resulta jurídicamente reprochable.

Otra circunstancia que también puede calificarse como irregular, es que la entidad en su momento no allegó la totalidad de la historia clínica de la paciente, puesto que no puede olvidarse que por *"mandato normativo, la historia clínica consigna de manera cronológica, clara, precisa, fidedigna, completa, expresa y legible todo el cuadro clínico en las distintas fases del acto médico desde su iniciación hasta su*

²² CGP Art. 167.

²³ Folios 31 a 42 del cuaderno principal.

²⁴ Folios 45 al 46 del cuaderno principal.

²⁵ Folios 47 al 49 del cuaderno principal.

culminación (...). Trátase de un documento probatorio sujeto a reserva o confidencialidad legal cuyo titular es el paciente y cuya custodia corresponde al profesional o prestador de salud, al cual puede acceder aquél, el usuario, las personas autorizadas por éstos, el equipo de salud y las autoridades competentes en los casos legales, ostenta una particular relevancia probatoria para valorar los deberes de conducta del médico, la atención médica al paciente, su elaboración en forma es una obligación imperativa del profesional e instituciones prestadoras del servicio, y su omisión u observancia defectuosa, irregular e incompleta, entraña importantes consecuencias, no sólo en el ámbito disciplinario sino en los procesos judiciales, en especial, de responsabilidad civil, por constituir incumplimiento de una obligación legal integrante de la respectiva relación jurídica.”²⁶

No obstante, pese a las anotadas irregularidades, en este caso en particular, no encuentra la Colegiatura de qué manera la demora en la prestación de tales servicios y el incumplimiento de esos puntuales deberes pudo incidir causalmente en el posterior deceso de la paciente, que como se vio, tuvo motivo diferente.

Ahora bien, pese a la ausencia de evidencias que pudieran dar cuenta de la correlación entre el fallecimiento y las anotadas negligencias, es deber de la Sala desplegar la argumentación con miras a la determinación de si desde un razonamiento probabilístico, el fatal evento y la omisión se encuentran ligados, trayendo de contera a estudio la pérdida de oportunidad, que en punto a su ubicación en los elementos de la responsabilidad, es *“El cercenamiento de la posibilidad de evitar un perjuicio o de no haber obtenido un beneficio es, en suma, la elaboración de una correlación lógica entre la conducta del demandado y la lesión que sufre la víctima cuando los vínculos causales son sensorialmente imperceptibles o indeterminables. La “pérdida de una oportunidad” es, de esa forma, un método de valoración probatoria sin ningún misterio; no es ninguna novedad, pues siempre ha estado disponible: es un indicio. Nada más y nada menos.”*²⁷

No sobra precisar que el tema no fue ajeno al debate emprendido en primera instancia, pues se planteó en la demanda, como se extrae de su hecho séptimo²⁸, y la parte demandada se pronunció de manera expresa según se evidencia en la contestación en el punto 7.5 del acápite denominado *“A LOS HECHOS”*.²⁹, lo que

²⁶ CSJ Sentencia del 17 de noviembre de 2011. Referencia: 11001-3103-018-1999-00533-01

²⁷ CSJ Sentencia del 27 de febrero de 2020. SC562-2020

²⁸ Cuaderno principal folio 56.

²⁹ Cuaderno principal folio 90.

resulta necesario mencionar en procura de conjurar la eventual acusación de incongruencia por abordar asuntos por fuera del litigio.

Frente a la anotada obligación precisó la alta Corporación en la misma providencia que *“la pérdida de las oportunidades de recuperación” no es un hecho susceptible de demostración mediante pruebas directas aducidas por las partes, sino un razonamiento probabilístico (indiciario) que forma parte de las cargas argumentativas que el juez tiene al momento de hacer su apreciación racional de las pruebas de conformidad con las reglas de la sana crítica, esto es en la sentencia; por lo que escapa a las posibilidades argumentativas de las partes en materia de pruebas.”*

Con tal norte se empezará por decir que si bien no se tiene certeza de la edad exacta de Adelaida Ñustes Zabala, dado que en algunos de los apartes de la historia clínica se consignó 62 años y en otros 82, de todas maneras se trataba de una persona de avanzada edad quien presentaba Cáncer *“DE TIROIDES ESTADIO IV, METASTÁSICO CON CARCINOMATOSOS PERITONEAL”*³⁰, enfermedad que, con ocasión a su gravedad, le venía generando múltiples afecciones, pues según se detalló en la historia clínica y en el dictamen pericial, como consecuencia de la metástasis cancerosa las vías respiratorias y las digestivas estaban comunicadas entre sí, lo cual le impedía alimentarse con normalidad.

Se puntualizó igualmente que a la paciente se le practicó una resección parcial de la glándula Tiroidea. No obstante, ésta se negó a recibir la totalidad de los tratamientos recetados por los médicos para el mejoramiento de su salud, conforme se advierte a folio 19 del cuaderno principal, en donde se hizo constar que *“se le ofreció Yodoterapia que paciente no aceptó”*, desconociéndose cuáles son las consecuencias negativas que tal proceder le pudo acarrear.

El perito también indicó que a pesar de que el cáncer papilar o de tiroides, de todos los cánceres es el de mejor pronóstico, *“efectivamente la edad, tenía más de 60 años – refiriéndose a Adelaida Ñustes-, y que ese tumor ya había invadido unos tejidos, disminuía sustancialmente la supervivencia de la paciente”*.³¹

³⁰ Cuaderno principal folio 13.

³¹ Audiencia de instrucción y juzgamiento 28'40''.

Lo señalado evidencia el adverso pronóstico de la paciente por todas las circunstancias anotadas, siendo razón que se opone a admitir como probabilidad lógica, que el cumplimiento de las atenciones que se echaron de menos hubieran variado el momento en que acaeció el fallecimiento, en otras palabras, que su práctica pudiera haber redundado en más días de vida para ella.

Es decir, que a pesar de que los accionantes reprocharon esmeradamente la conducta de la entidad, además de no hacer esfuerzo demostrativo alguno en procura de evidenciar relación causal existente entre ésta y el resultado fatal, el estudio efectuado con anterioridad, desde los indicios, tampoco permite dar cuenta del vínculo ni de la pérdida de oportunidad.

Las anteriores consideraciones impiden la estructuración de la acción de responsabilidad, incluso si aplicaran las consecuencias procesales por la inasistencia de la parte accionada a la audiencia inicial, pues aunque se aceptaran como ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, y por tanto se aceptara como cierta la negligencia alegada, como en efecto se hizo, ausente estuvo el nexo causal, lo que se opone al surgimiento de la obligación resarcitoria reclamada.

Esta situación adicionalmente tornaría inane el hecho de que se hubieran aceptado como ciertos los hechos 4º y 5º de la demanda, tal cual lo alega el apelante, pues no existiendo demostración de la relación causal necesaria entre el comportamiento omisivo de la encartada y el daño alegado, se repite, la responsabilidad reclamada se encuentra destinada a fracasar.

Lo discurrido es suficiente para despachar desfavorablemente el recurso de alzada, razón por la cual, se confirmará la sentencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Civil - Familia de decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia impugnada, proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ibagué el 19 de febrero de 2020, por las razones esbozadas en la parte considerativa de la presente decisión.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la parte apelante. Fíjese como agencias en derecho la suma de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

TERCERO: Devuélvase por secretaría el expediente al juzgado de origen.

Sentencia aprobada mediante acta No. 044 del 05 de agosto de 2021.

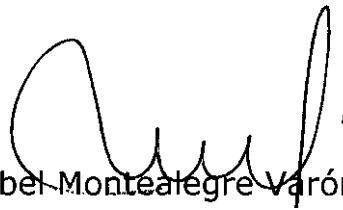
Notifíquese y cúmplase



JUAN FERNANDO RANGEL TORRES
Magistrado
Firma escaneada según Decreto 491 de 2020



MANUEL ANTONIO MEDINA VARON
Magistrado
Firma escaneada según Decreto 491 de 2020



Mabel Montealegre Varón
Magistrada
Firma escaneada según Decreto 491 de 2020