

**Ref. Apelación y Sustentación-Radicación: 190013103-004-2019-00171-02-Proceso:
Verbal de responsabilidad civil contractual y extracontractual**

abogados ceron medina <abogadoscm518@hotmail.com>

Jue 16/02/2023 11:09

Para: clinicasantagracia@dumianmedical.net
<clinicasantagracia@dumianmedical.net>;notificacionesjudiciales@previsora.gov.co
<notificacionesjudiciales@previsora.gov.co>;co-notificacionesjudiciales@libertycolombia.com <co-
notificacionesjudiciales@libertycolombia.com>;Sala Civil Familia Tribunal Superior - Popayan
<sacftribsupayan@cendoj.ramajudicial.gov.co>
CC: Rodrigo CG <rodrigocuervo76@outlook.com>

Popayán, febrero de 2023

Doctor

**JAIME LEONARDO CHAPARRO
MAGISTRADO SUSTANCIADOR
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL-FAMILIA
E.S.D.**

Ref. Apelación y Sustentación

**Radicación: 19001-31-03-004-2019-00171-02
Demandante: LUZ MILA VASQUEZ Y OTROS
Demandado: CLINICA SANTA GRACIA Y OTRO
Proceso: VERBAL RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL
Y EXTRA CONTRACTUAL**

Cordial saludo.

ANDRÉS JOSÉ CERÓN MEDINA, identificado como aparece al pie de mi firma., en forma respetuosa me permito presentar y **SUSTENTAR** el recurso de apelación contra la Providencia **del 4 de marzo de 2022**, en el proceso de la referencia, la cual resolvió negar las pretensiones de la demanda, de la siguiente manera:

Planteó el despacho que el problema jurídico se centraba en determinar si hay responsabilidad civil de la demandada **Clínica Santa Gracias Dumian**, de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, que se generaron a consecuencia de la muerte de **Julián Andrés**, por la presunta negligencia médica en la prestación del servicio médico prestada el **15 de marzo de 2018 al 28 de marzo**, con las consecuencias respectivas si con fundamento de dicha responsabilidad, la demandada debe cancelar a los demandantes, los valores solicitados en la demanda, o si prosperan las excepciones planteadas por la parte demandada.

Tesis del Despacho para el despacho no hay lugar a declarar la responsabilidad de la entidad demandada, en tanto con la premisa normativa que va a citarse en este caso, la parte demandante no ha probado la negligencia de la clínica demandada, en relación a la atención médica prestada que presuntamente generó su muerte, ni la relación de causalidad entre la conducta de la demandada y el daño causado, lo anterior conlleva a que prospere las excepciones planteadas por la parte demandada, conforme a los presentes argumentos.

Premisa normativa del código civil Art. 2341^[1] Art. 167. CGP^[2] Ley 1438 de 2011 art 104^[3], Sentencia de Casación Civil N° 6878 de 26 de septiembre de 2002^[4], SC 3847-2020 Radicación: 05001-31-03-012-2013-00092-01 LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA Magistrado Ponente Aprobado en Sala virtual de veinticinco de junio de dos mil veinte Bogotá, D. C., trece (13) de octubre de dos mil veinte (2020)^[5]

En el presente proceso conforme a la premisa normativa citada, se puede establecer, como primera medida y la forma palmaria, que la obligación que ostentaba la Clínica Dumian, respecto al señor Julián Andrés, **era una relación de medio, no de resultado**, toda vez que las pruebas documentales, no indican que entre el paciente y ella se celebró algún tipo de contrato, donde se comprometiera, de manera clara y expresa, a garantizar un resultado específico y concreto sobre su humanidad, sino por el contrario, que las circunstancias fácticas, llevaron a que el paciente fuera ingresado a la clínica Santa Gracia, con accidente de tránsito con politraumatismo y fractura de fémur derecho, posterior a su atención se observa que se torna somnoliento y se programa para cirugía para la mañana siguiente, con el objetivo de corregir la fractura, después de la cirugía el paciente sale hacia UCI, donde hace un desgaste progresivo severo, no recupera la conciencia, sufre muerte encefálica y luego fallece.

Frente a la causa de la muerte, se indica a la vez que se produce por embolia grasa, que desemboca en una falla multiorgánica sin que se pueda encontrar en la tesis de la parte demandante, cuál era la conducta idónea o que se reclama de la parte demandada para conjurar dicho diagnóstico.

Lo anterior permite al despacho concluir: Que el señor Julián Andrés hizo una evolución tórpida a raíz de su embolia grasa, generada principalmente por la fractura por él presentada, que a pesar de su atención que ha sido clasificada como temprana la misma no pudo ser conjurada encontrando que los médicos actuaron en pro de su recuperación sin que se haya demostrado que conducta negligente de ellos pudo haber contribuido al resultado fatal evidenciado en este orden de ideas, podemos concluir como improbable que el equipo médico de la clínica Santa Gracia que atendió al señor Julián Andrés no faltó a los principios de benevolencia y no maledicencia en cuanto a su actuar intentaron el bienestar del paciente, sin que en realidad se haya de establecer la causa de su deterioro, explicando que el mismo tuvo su génesis en la embolia que fue generando la falla multisistémica que conllevó a su muerte.

Por lo anterior se niegan las pretensiones de la demanda, pues se configuran las excepciones de exoneración por cumplimiento de la obligación e medio brindada, por el equipo de salud de Dumian Medical, exoneración por estar probada que el equipo de salud de Dumian Medical, empleo la debida diligencia y cuidado inexistencia de los presupuestos que configuran la responsabilidad civil médica, Inexistencia de la obligación de indemnizar por ausencia de los elementos estructurales de la responsabilidad civil extracontractual, Inexistencia de responsabilidad patrimonial en virtud del cumplimiento total y oportuno de sus obligaciones frente al paciente planteadas por la entidad demandada.

Considera el despacho que las pruebas valoradas de manera conjunta con las anotaciones respectivas de la historia clínica, dan fe de la atención y los procedimientos realizados al paciente, su atención inicial la cirugía y su paso a UCI, se puede afirmar que desde esos momento se informó a la familia de su estado crítico, tal y como consta en su historia clínica y fue informada por el Dr. Wilder, que se habló claramente del riesgo de muerte del paciente.

Encuentra el despacho no existe en el plenario elementos de juicio suficientes para derivar responsabilidad civil a la demandada, debido a que se acredita que cumplió con la obligación de medio

que la ataba con el señor Julián Andrés, por lo que es una obligación el despacho denegar las pretensiones de la demanda.

De conformidad con el art 365 del CGP, se impondrá condena en costas conforme a lo que se ha decidido en esta sentencia.

Se impondrá condena en costas a los demandantes, quienes deberán correr con los gastos que se generaron en el trámite del proceso para la parte demandada conforme lo dispone el artículo mencionado.

En lo que se refiere a las agencias en derecho con base en el Art. 5 el acuerdo BSAA1610554 de 2016, expedido por la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se imponen las mismas a cargo de los mencionados demandantes y en favor de Clínica Santa Gracia, por valor de TREINTA MILLONES DE PESOS MCTE \$30.000.000.00 correspondientes a TRES MILLONES DE PESOS MCTE \$3.000.000 por C/U de los demandantes.

Inconformidad frente al Fallo

Frente a la decisión del a-quo debo señalar inicialmente que me encuentro inconforme con la tesis asumida por el a quo por cuanto el retardo en su diagnóstico certero de su enfermedad, **no era un asunto de carácter particular y exclusivo del médico tratante**, sino de todo un equipo médico que recauda la información de la atención y que para su efectiva comunicación cada uno de los profesionales de la salud plasman en la historia clínica todos los hallazgos por ellos encontrados, constituyéndose en una unidad, y que en este caso debe responder por la indebida comunicación de los resultados de un galeno a otro, nótese desde un principio cuando en la misma historia clínica el motivo de consulta y enfermedad actual, trauma contuso a nivel de pierna y tobillo izquierdo (**errado**) cuando su traslado en la ambulancia de bomberos señalaba que se trataba del miembro derecho, según historia clínica del **15 de marzo de 2018** así mismo ya pasados 6 días **su motivo de consulta databa de un trauma craneoencefálico severo**.

Respecto de la atención médica brindada que consideró adecuada el aquo, se evidencia que no se tuvo una comunicación correcta con el equipo médico, lo que seguramente hizo ver interrumpida la consignación de un resultado que sugería la existencia de una fractura abierta, con una embolia grasa y un trauma craneoencefálico, **así mismo ninguno de los tratantes le dio relevancia a ese hallazgo**, pues no confirmaron el mismo con un nuevo examen diagnóstico, aunque el solo examen físico hubiera bastado para hacerlo y en consecuencia implementar el protocolo para embolia grasa y trauma craneoencefálico severo.

Que de las notas de la historia clínica de los días 16, 17, 18, 19, 20 y 21 de abril, se tiene que el afectado se encontraba en todo momento estable hemodinámicamente, pues no se activó el protocolo de trauma craneoencefálico sino hasta el 21 de marzo de 2018, **y por ende, las consecuencias de dicha tardanza** fueron las que posiblemente conllevaron a su muerte, y **no de una complicación inherente como se interpreta en el fallo**.

Que además, si bien el juzgador de instancia aceptó la existencia de una embolia grasa generada por la fractura por él presentada, esta no pudo ser clasificada como temprana, por parte del equipo médico pues se estaría justificado la negligencia, al señalar, ya que tan ni siquiera en historia clínica de ingreso se vio un **diagnostico presuntivo de embolia**, no obstante ello echó de menos la prueba científica, que la actuación de la clínica fue la que generó la poca evolución favorable que presentó el paciente.

La Clínica Santa Gracia, incurrió en falla en la prestación del servicio médico al demorar sin justificación científica la reducción quirúrgica de la fractura de fémur que aquejaba al paciente, falla que determinó el deceso del paciente, **por cuanto lo sometió por un término excesivo al riesgo de embolia**, que terminó por ocurrir y que derivó en la hipoxia que mantuvo al paciente en estado de coma.

Dicha inconformidad de la decisión radica en que el ad-quo hace un análisis muy superficial del caso en estudio, justificado el actuar médico y por ende negando así las pretensiones de la demanda por no encontrarse probados los elementos de la responsabilidad en particular, la imputación jurídica del daño a la Clínica Santa Gracia-Dumian Medical S.A.S.

Cabe destacar que las obligaciones del médico, frente al derecho, provienen de su actividad consciente y por lo tanto, son la contrapartida de los derechos del enfermo que ha acudido en busca de ayuda o atención, derecho y obligaciones que están establecida en la Ley; pues todo acto médico desde esta perspectiva, es un acto jurídico del que se derivan consecuencias en el ámbito del derecho, no obstante, tratándose de una obligación de medio y no de resultado, el acto jurídico se cumple a cabalidad siempre que el médico haga lo correcto, sin importar si alcanza el resultado.

No se le dio el manejo integral al paciente, que hubiere permitido evidenciar el daño a su salud y que conllevara a tomar oportunamente las medidas de diagnóstico y tratamiento oportuno, razón por la cual se le restó el chance o posibilidad de haber recibido la atención necesaria para estabilizar su salud al omitir las actuaciones propias del protocolo médico exigido para el evento presentado.

Frente a las declaraciones de los médicos aportadas por la parte demanda, insisto en no tenerlas en cuenta por cuanto son médicos que trabajan en la misma Clínica demandada de quien reciben sus sueldos y también órdenes, a mas de que están vinculados por anotaciones en la historia clínica, y es de entender que no les convenía un fallo adverso para la demandada por lo que se insiste en la tacha de estas.

Por lo anterior, considero que se deberá revocar y declarar la responsabilidad de la Clínica Santa Gracia-Dumian Medical., pues la muerte del señor Julián Andrés no se debió a una falla del servicio médico como tal, sino a una pérdida de la oportunidad que le restó chance de sobrevivir, sin que pueda afirmarse que de haber sido atendido en debida forma, ésta hubiere salvado su vida, máxime si se tiene en cuenta la gravedad y agresividad de la patología que presentaba (*trauma craneoencefálico severo, Politraumatismo severo de alta energía y velocidad, fractura expuesta tibia derecha y otras en Epicrisis del 21 de marzo de 2018*). **Dada la importancia del concepto del diagnóstico, aparece acreditado que existió una omisión por parte del personal médico de la Clínica Santa Gracia**, consistente en la no realización de las medidas necesarias para un diagnóstico adecuado y efectivo, mediante la realización de los exámenes especializados para establecer la gravedad de la enfermedad que padecía desde el 15 de marzo del 2018 el señor Julián Andrés, fecha en la cual acudió por primera vez al servicio de urgencias, o por lo menos la observación a el paciente para verificar su evolución y real estado de salud.

Ahora bien, por el contrario, se encuentra que la omisión de la entidad demandada en la no realización oportuna de exámenes (TAC) a su ingreso, frustró la posibilidad de que Julián pudiera recuperar su salud o preservar su vida, constituyéndose un daño autónomo denominado **"pérdida de oportunidad"** que resulta indemnizable e imputable a la entidad demandada, veamos:

Como fundamento jurídico la Jurisprudencia del Consejo de Estado respecto de la pérdida o chance de la oportunidad de los pacientes sobre los cuales "si bien es cierto que no existe certeza en cuanto a que de haberse realizado un tratamiento oportuno el paciente hubiera muerto pues nunca se tuvo

diagnóstico definitivo de la enfermedad que padecía, si lo es en cuanto a que el retardo de la entidad le restó oportunidades de sobrevivir...”.^[6]

Ahora, la responsabilidad por falla en la prestación del servicio médico también se puede derivar, justamente, de la omisión de prestar el servicio médico a la persona que acuda al centro asistencial y la responsabilidad se deriva entonces de esa omisión, cuando la misma incide en el resultado adverso a la salud, la integridad física o la muerte de quien requiera ese servicio.

De lo anterior se colige que el proceso no se limita exclusivamente a obtener la indemnización por la muerte de Julián sino que también funda su petitum indemnizatorio en la ausencia de un diagnóstico adecuado y certero que privó al paciente de la oportunidad de recuperación de su salud ante la falta de realización de exámenes médicos que determinarían la magnitud de su enfermedad.

“(…) - *Enfoques de la pérdida de oportunidad*

a. ***El daño autónomo:*** Según esta corriente la pérdida de la oportunidad es un perjuicio con identidad propia diferente del perjuicio final. Desde esta perspectiva, la oportunidad en sí misma representa un interés digno de protección. Se trata de un bien distinto a la ventaja final esperada o el perjuicio que se quería evitar, y por eso se le distingue de daños materiales, en sus modalidades de daño emergente y lucro cesante. Esta concepción parte de la base que esa chance u oportunidad puede ser valorada económicamente. Respecto a la naturaleza de ese perjuicio autónomo, asimismo, se han trazado tres entendimientos diferentes. De un lado se sostiene que la oportunidad es una pérdida de carácter patrimonial, que no obstante se trate de un bien que está destinado a desaparecer, su naturaleza económica siempre justifica la necesidad resarcitoria. De otro lado, existe una perspectiva que trata a la oportunidad como un bien personal, como algo que está inserto en el patrimonio de la persona y sólo pertenece a ella, lo que lo convierte en un bien intransferible. Y finalmente, un tercer enfoque afirma que el carácter de la oportunidad tiene que ver con la ventaja esperada o el perjuicio que se buscaba evitar^[7].

Con todo, de acuerdo con este entendimiento la pérdida de oportunidad se indemniza como un perjuicio independiente, esto es, se concede como un rubro diferente a los que tradicionalmente se reconocen en un proceso judicial de responsabilidad patrimonial (morales; materiales: daño emergente, lucro cesante; daño a la salud, etc.).

b. ***Factor de imputación o instrumento de facilitación probatoria:*** De acuerdo con este enfoque, la pérdida de oportunidad tiene aplicación cuando no fue posible demostrar un nexo causal directo entre una falla del servicio médico y el daño final que sufrió el paciente, sin embargo, existía una probabilidad significativa de que el resultado dañoso no se hubiera presentado de haber mediado una atención médica oportuna y adecuada.

Este enfoque busca dar una garantía de reparación a la víctima quien se encuentra en una posición de dificultad probatoria, en especial en los eventos médicos, al carecer de los conocimientos de la ciencia médica para demostrar que la negligencia ha sido la causa del daño^[8] (...). (Subraya fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior y por considerar de que se ha dado los requisitos existentes para la pérdida de oportunidad como daño indemnizable, debe revocarse la decisión, toda vez que se expuso, como configurativo del mismo, la omisión o la abstención del personal médico y de enfermería que se

encontraban en la obligación legal de otorgarle al paciente un procedimiento eficaz e integral para su diagnóstico, precisamente a lo que equivale a la negación de la oportunidad que se ha venido destacando, de lo cual se infiere sin dificultad alguna que sobre esa base fáctica se encuentran edificadas las pretensiones de la demanda.

Jurisprudencia

PERDIDA DE CHANCE U OPORTUNIDAD - Recurso de estadística / RECURSO DE ESTADISTICA - Cálculo de probabilidades / PROBABILIDAD MATEMATICA - Noción. Aplicación / PROBABILIDAD ESTADÍSTICA, FRECUENCIAL O A POSTERIORI - Noción. Aplicación / PROBABILIDAD BAYESIANA - Noción. Aplicación / PROBABILIDAD LÓGICA - Noción.

Aplicación

Para la cuantificación de la indemnización a reconocer por concepto de pérdida de oportunidad, entonces, será fundamental e ineludible el recurso a la estadística como herramienta que posibilita construir inferencias sobre la base del cálculo de las probabilidades que realmente tenía la víctima de conseguir el provecho esperado o de evitar la lesión a la postre padecida. Así pues, podrá recurrirse a reglas o elementos como la probabilidad matemática –a partir de la denominada Ley de Laplace, en virtud de la cual la probabilidad de un suceso puede calcularse dividiendo el número de casos favorables entre el total de los posibles–, la probabilidad estadística, frecuencial o a posteriori –la cual postula que la probabilidad de ocurrencia de un específico acontecimiento equivale a la proporción de ocasiones en las cuales el mismo sucedería según lo refleje la observación de lo acontecido en un número grande de eventos de características y condiciones similares–, la probabilidad bayesiana –alternativa a la matemática y a la estadística tradicional en la medida en que permite interiorizar, en el cálculo de probabilidades, informaciones propias del caso concreto, de suerte que permite un resultado singularizado frente a una hipótesis aislada–, la probabilidad lógica –que permite conjuntar el examen de resultados estadísticos o matemáticos con el análisis de otras pruebas a partir de leyes, reglas, criterios o máximas de experiencia–, entre otras. Ya la jurisprudencia de esta Corporación ha hecho alusión a la exigencia de que para la reparación de la pérdida de una oportunidad se demuestre, de manera clara, cuál era la probabilidad que tenía el perjudicado de alcanzar el beneficio que anhelaba o de evitar el detrimento que le fue irrogado.

NOTA DE RELATORIA: Respecto a la determinación de la pérdida de oportunidad, consultar sentencia del 31 de agosto de 2006; expediente número 15772, Consejera Ponente doctora Ruth Stella Correa Palacio

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS - Pérdida de oportunidad / INDEMNIZACION DE PERJUICIOS – Criterio de la equidad / REPARACION INTEGRAL DEL DAÑO - Principio pro damnato / DERECHO DE DAÑOS - Principio pro damnato / PRINCIPIO PRO DAMNATO - Derecho de daños

Toda vez que no obran en el expediente más elementos probatorios que puedan ser valorados con miras a establecer, con fundamento en criterios técnicos, estadísticos y apoyándose en información objetiva y contrastada, la cuantía del daño que por concepto de pérdida de oportunidad le fue irrogado a la parte demandante, la Sala acudirá al criterio de la equidad como principio que el ordenamiento jurídico –artículo 16 de la Ley 446 de 1998– impone tener en cuenta para efectos de reparar de forma integral el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, a cuyo auxilio debe acudir, además, por virtud del denominado principio pro damnato, propio del derecho de daños.

Por lo anterior, ruego a usted, Honorable Magistrado, conforme a los criterios impuestos por la jurisprudencia antes señalada, y lo manifestado anteriormente muy respetuosamente revoque la decisión tomada por el a-quo, atemperándose de manera consistente a los lineamientos

jurisprudenciales en esta materia so pena de no incurrir en prácticas discriminatorias por los hechos que fundamentan esta demanda.

De usted, Respetuosamente,



ANDRÉS JOSÉ CERÓN MEDINA
C.C#76.311.588 de Popayán
T.P. 83.461 Con. Sup. De la Jud.
RCG

Abogados Especializados Cerón Medina

Procesos Administrativos

Responsabilidad Civil Contractual-Extracontractual

Asesoría en accidentes de Tránsito

Cel 3108393058

Cra 7 # 1N-28 Edificio Edgar Negret

Oficina 518 Popayán

abogadoscm518@hotmail.com

[1] **ARTICULO 2341. <RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL>**. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

[2] **ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA.** Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

[3] Ley 1438 de 2011 art 104 (Enero 19) por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones Autorregulación profesional. Modificarse el artículo 26 de la Ley 1164 de 2007, el cual quedará así: "Artículo 26. Acto propio de los profesionales de la salud. Es el conjunto de acciones orientadas a la atención integral de salud, aplicadas por el profesional autorizado legalmente para ejercerlas. El acto profesional se caracteriza por la autonomía profesional y la relación entre el profesional de la salud y el usuario. Esta relación de asistencia en salud genera una obligación de medio, basada en la competencia profesional.

[4] 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.

[5] La prestación de los servicios de salud se halla atada a los principios de benevolencia y no maledicencia o primun non nocere. Al estar ligados con una obligación ética y jurídica, implica que los distintos agentes involucrados deben contribuir no solo al bienestar de los pacientes, sino a evitar que el daño físico o síquico se incremente.

[6] Consejo de Estado - Sección tercera - demandante María Elena Giraldo, proceso 12.548, sentencia del 15 de junio de 2000.

[7] Orgaz, Alfredo, *el daño resarcible*, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1982, 9. 47 y ss; Mosset Iturraspe, Jorge, *Frustración de una chance por error en el diagnóstico*, LL, 1982- D-475.

[8] LUNA Yerga, Álvaro "Oportunidades Perdidas", artículo publicado en Revista para el análisis del Derecho "INDRET", mayo de 2005, No. 288.



ANDRÉS JOSÉ CERÓN MEDINA

Abogado

Popayán, febrero de 2023

Doctor

JAIME LEONARDO CHAPARRO

MAGISTRADO SUSTANCIADOR

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA CIVIL-FAMILIA

E.S.D.

Ref. Apelación y Sustentación

Radicación: 19001310300420190017102

Demandante: LUZ MILA VASQUEZ Y OTROS

Demandado: CLINICA SANTA GRACIA Y OTRO

**Proceso: VERBAL RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL
Y EXTRACONTRACTUAL**

**REFERENCIA: RECURSO DE APELACIÓN Y SUSTENTACIÓN DEL
MISMO**

ANDRÉS JOSÉ CERÓN MEDINA, identificado como aparece al pie de mi firma., en forma respetuosa me permito presentar y **SUSTENTAR** el recurso de apelación contra la Providencia **del 4 de marzo de 2022**, en el proceso de la referencia, la cual resolvió negar las pretensiones de la demanda, de la siguiente manera:

Planteó el despacho que el problema jurídico se centraba en determinar si hay responsabilidad civil de la demandada **Clínica Santa Gracias Dumian**, de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, que se generaron a consecuencia de la muerte de **Julián Andrés**, por la presunta negligencia médica en la prestación del servicio médico prestada el **15 de marzo de 2018 al 28 de marzo**, con las consecuencias respectivas si con fundamento de dicha responsabilidad, la demandada debe cancelar a los demandantes, los valores solicitados en la demanda, o si prosperan las excepciones planteadas por la parte demandada.

Tesis del Despacho para el despacho no hay lugar a declarar la responsabilidad de la entidad demandada, en tanto con la premisa normativa que va a citarse en este caso, la parte demandante no ha probado la negligencia de la clínica



demandada, en relación a la atención médica prestada que presuntamente generó su muerte, ni la relación de causalidad entre la conducta de la demandada y el daño causado, lo anterior conlleva a que prospere las excepciones planteadas por la parte demandada, conforme a los presentes argumentos.

Premisa normativa del código civil Art. 2341¹ Art. 167. CGP² Ley 1438 de 2011 art 104³, Sentencia de Casación Civil N° 6878 de 26 de septiembre de 2002⁴, SC 3847-2020 Radicación: 05001-31-03-012-2013-00092-01 LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA Magistrado Ponente Aprobado en Sala virtual de veinticinco de junio de dos mil veinte Bogotá, D. C., trece (13) de octubre de dos mil veinte (2020)⁵

En el presente proceso conforme a la premisa normativa citada, se puede establecer, como primera medida y la forma palmaria, que la obligación que ostentaba la Clínica Dumian, respecto al señor Julián Andrés, **era una relación de medio, no de resultado**, toda vez que las pruebas documentales, no indican que entre el paciente y ella se celebró algún tipo de contrato, donde se comprometiera, de manera clara y expresa, a garantizar un resultado específico y concreto sobre su humanidad, sino por el contrario, que las circunstancias fácticas, llevaron a que el paciente fuera ingresado a la clínica Santa Gracia, con accidente de tránsito con politraumatismo y fractura de fémur derecho, posterior a su atención se observa que se torna somnoliento y se programa para cirugía para la mañana siguiente, con el objetivo de corregir la fractura, después de la cirugía el paciente sale hacia UCI, donde hace un desgaste progresivo severo, no recupera la conciencia, sufre muerte encefálica y luego fallece.

Frente a la causa de la muerte, se indica a la vez que se

1 **ARTICULO 2341. <RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL>**. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

2 **ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA**. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

3 Ley 1438 de 2011 art 104 (Enero 19) por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones Autorregulación profesional. Modificarse el artículo 26 de la Ley 1164 de 2007, el cual quedará así: "Artículo 26. Acto propio de los profesionales de la salud. Es el conjunto de acciones orientadas a la atención integral de salud, aplicadas por el profesional autorizado legalmente para ejercerlas. El acto profesional se caracteriza por la autonomía profesional y la relación entre el profesional de la salud y el usuario. Esta relación de asistencia en salud genera una obligación de medio, basada en la competencia profesional.

⁴ 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.

⁵La prestación de los servicios de salud se halla atada a los principios de benevolencia y no maledicencia o primun non nocere. Al estar ligados con una obligación ética y jurídica, implica que los distintos agentes involucrados deben contribuir no solo al bienestar de los pacientes, sino a evitar que el daño físico o síquico se incremente.



produce por embolia grasa, que desemboca en una falla multiorgánica sin que se pueda encontrar en la tesis de la parte demandante, cuál era la conducta idónea o que se reclama de la parte demandada para conjurar dicho diagnóstico.

Lo anterior permite al despacho concluir: Que el señor Julián Andrés hizo una evolución tórpida a raíz de su embolia grasa, generada principalmente por la fractura por él presentada, que a pesar de su atención que ha sido clasificada como temprana la misma no pudo ser conjurada encontrando que los médicos actuaron en pro de su recuperación sin que se haya demostrado que conducta negligente de ellos pudo haber contribuido al resultado fatal evidenciado en este orden de ideas, podemos concluir como improbadamente que el equipo médico de la clínica Santa Gracia que atendió al señor Julián Andrés no faltó a los principios de benevolencia y no maledicencia en cuanto a su actuar intentaron el bienestar del paciente, sin que en realidad se haya de establecer la causa de su deterioro, explicando que el mismo tuvo su génesis en la embolia que fue generando la falla multisistémica que conllevó a su muerte.

Por lo anterior se niegan las pretensiones de la demanda, pues se configuran las excepciones de exoneración por cumplimiento de la obligación e medio brindada, por el equipo de salud de Dumian Medical, exoneración por estar probada que el equipo de salud de Dumian Medical, empleo la debida diligencia y cuidado inexistencia de los presupuestos que configuran la responsabilidad civil médica, Inexistencia de la obligación de indemnizar por ausencia de los elementos estructurales de la responsabilidad civil extracontractual, Inexistencia de responsabilidad patrimonial en virtud del cumplimiento total y oportuno de sus obligaciones frente al paciente planteadas por la entidad demandada.

Considera el despacho que las pruebas valoradas de manera conjunta con las anotaciones respectivas de la historia clínica, dan fe de la atención y los procedimientos realizados al paciente, su atención inicial la cirugía y su paso a UCI, se puede afirmar que desde esos momentos se informó a la familia de su estado crítico, tal y como consta en su historia clínica y fue informada por el Dr. Wilder, que se habló claramente del riesgo de muerte del paciente.

Encuentra el despacho no existe en el plenario elementos de juicio suficientes para derivar responsabilidad civil a la demandada, debido a que se acreditó que cumplió con la



obligación de medio que la ataba con el señor Julián Andrés, por lo que es una obligación el despacho denegar las pretensiones de la demanda.

De conformidad con el art 365 del CGP, se impondrá condena en costas conforme a lo que se ha decidido en esta sentencia.

Se impondrá condena en costas a los demandantes, quienes deberán correr con los gastos que se generaron en el trámite del proceso para la parte demandada conforme lo dispone el artículo mencionado.

En lo que se refiere a las agencias en derecho con base en el Art. 5 el acuerdo BSAA1610554 de 2016, expedido por la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se imponen las mismas a cargo de los mencionados demandantes y en favor de Clínica Santa Gracia, por valor de TREINTA MILLONES DE PESOS MCTE \$30.000.000.00 correspondientes a TRES MILLONES DE PESOS MCTE \$3.000.000 por C/U de los demandantes.

Inconformidad frente al Fallo

Frente a la decisión del a-quo debo señalar inicialmente que me encuentro inconforme con la tesis asumida por el a quo por cuanto el retardo en su diagnóstico certero de su enfermedad, **no era un asunto de carácter particular y exclusivo del médico tratante**, sino de todo un equipo médico que recauda la información de la atención y que para su efectiva comunicación cada uno de los profesionales de la salud plasman en la historia clínica todos los hallazgos por ellos encontrados, constituyéndose en una unidad, y que en este caso debe responder por la indebida comunicación de los resultados de un galeno a otro, nótese desde un principio cuando en la misma historia clínica el motivo de consulta y enfermedad actual, trauma contuso a nivel de pierna y tobillo izquierdo (**errado**) cuando su traslado en la ambulancia de bomberos señalaba que se trataba del miembro derecho, según historia clínica del **15 de marzo de 2018** así mismo ya pasados 6 días **su motivo de consulta databa de un trauma craneoencefálico severo**.

Respecto de la atención médica brindada que considero adecuada el a quo, se evidencia que no se tuvo una comunicación correcta con el equipo médico, lo que seguramente hizo ver interrumpida la consignación de un resultado que sugería la existencia de una fractura abierta, con



una embolia grasa y un trauma craneoencefálico, **así mismo ninguno de los tratantes le dio relevancia a ese hallazgo**, pues no confirmaron el mismo con un nuevo examen diagnóstico, aunque el solo examen físico hubiera bastado para hacerlo y en consecuencia implementar el protocolo para embolia grasa y trauma craneoencefálico severo.

Que de las notas de la historia clínica de los días 16, 17, 18, 19, 20 y 21 de abril, se tiene que el afectado se encontraba en todo momento estable hemodinámicamente, pues no se activó el protocolo de trauma craneoencefálico sino hasta el 21 de marzo de 2018, **y por ende, las consecuencias de dicha tardanza** fueron las que posiblemente conllevaron a su muerte, **y no de una complicación inherente como se interpreta en el fallo.**

Que además, si bien el juzgador de instancia aceptó la existencia de una embolia grasa generada por la fractura por él presentada, esta no pudo ser clasificada como temprana, por parte del equipo médico pues se estaría justificando la negligencia, al señalar, ya que tan ni siquiera en historia clínica de ingreso se vio un **diagnostico presuntivo de embolia**, no obstante ello echó de menos la prueba científica, que la actuación de la clínica fue la que generó la poca evolución favorable que presentó el paciente.

La Clínica Santa Gracia, incurrió en falla en la prestación del servicio médico al demorar sin justificación científica la reducción quirúrgica de la fractura de fémur que aquejaba al paciente, falla que determinó el deceso del paciente, **por cuanto lo sometió por un término excesivo al riesgo de embolia**, que terminó por ocurrir y que derivó en la hipoxia que mantuvo al paciente en estado de coma.

Dicha inconformidad de la decisión radica en que el ad-quo hace un análisis muy superficial del caso en estudio, justificado el actuar médico y por ende negando así las pretensiones de la demanda por no encontrarse probados los elementos de la responsabilidad en particular, la imputación jurídica del daño a la Clínica Santa Gracia-Dumian Medical S.A.S.

Cabe destacar que las obligaciones del médico, frente al derecho, provienen de su actividad consciente y por lo tanto, son la contrapartida de los derechos del enfermo que ha acudido en busca de ayuda o atención, derecho y obligaciones que están establecida en la Ley; pues todo acto médico desde esta perspectiva, es un acto jurídico del que se



derivan consecuencias en el ámbito del derecho, no obstante, tratándose de una obligación de medio y no de resultado, el acto jurídico se cumple a cabalidad siempre que el médico haga lo correcto, sin importar si alcanza el resultado.

No se le dio el manejo integral al paciente, que hubiere permitido evidenciar el daño a su salud y que conllevara a tomar oportunamente las medidas de diagnóstico y tratamiento oportuno, razón por la cual se le restó el chance o posibilidad de haber recibido la atención necesaria para estabilizar su salud al omitir las actuaciones propias del protocolo médico exigido para el evento presentado.

Frente a las declaraciones de los médicos aportadas por la parte demanda, insisto en no tenerlas en cuenta por cuanto son médicos que trabajan en la misma Clínica demandada de quien reciben sus sueldos y también órdenes, a más de que están vinculados por anotaciones en la historia clínica, y es de entender que no les convenía un fallo adverso para la demandada por lo que se insiste en la tacha de estas.

Por lo anterior, considero que se deberá revocar y declarar la responsabilidad de la Clínica Santa Gracia-Dumian Medical., pues la muerte del señor Julián Andrés no se debió a una falla del servicio médico como tal, sino a una pérdida de la oportunidad que le restó chance de sobrevivir, sin que pueda afirmarse que de haber sido atendido en debida forma, ésta hubiere salvado su vida, máxime si se tiene en cuenta la gravedad y agresividad de la patología que presentaba (*trauma craneoencefálico severo, Politraumatismo severo de alta energía y velocidad, fractura expuesta **tibia derecha** y otras en Epicrisis del 21 de marzo de 2018*). **Dada la importancia del concepto del diagnóstico, aparece acreditado que existió una omisión por parte del personal médico de la Clínica Santa Gracia**, consistente en la no realización de las medidas necesarias para un diagnóstico adecuado y efectivo, mediante la realización de los exámenes especializados para establecer la gravedad de la enfermedad que padecía desde el 15 de marzo del 2018 el señor Julián Andrés, fecha en la cual acudió por primera vez al servicio de urgencias, o por lo menos la observación a el paciente para verificar su evolución y real estado de salud.

Ahora bien, por el contrario, se encuentra que la omisión de la entidad demandada en la no realización oportuna de exámenes (TAC) a su ingreso, frustró la posibilidad de que Julián pudiera recuperar su salud o preservar su vida, constituyéndose



un daño autónomo denominado "**pérdida de oportunidad**" que resulta indemnizable e imputable a la entidad demandada, veamos:

Como fundamento jurídico la Jurisprudencia del Consejo de Estado respecto de la pérdida o chance de la oportunidad de los pacientes sobre los cuales "si bien es cierto que no existe certeza en cuanto a que de haberse realizado un tratamiento oportuno el paciente hubiera muerto pues nunca se tuvo diagnóstico definitivo de la enfermedad que padecía, si lo es en cuanto a que el retardo de la entidad le restó oportunidades de sobrevivir...".⁶

Ahora, la responsabilidad por falla en la prestación del servicio médico también se puede derivar, justamente, de la omisión de prestar el servicio médico a la persona que acuda al centro asistencial y la responsabilidad se deriva entonces de esa omisión, cuando la misma incide en el resultado adverso a la salud, la integridad física o la muerte de quien requiera ese servicio.

De lo anterior se colige que el proceso no se limita exclusivamente a obtener la indemnización por la muerte de Julián sino que también funda su petitum indemnizatorio en la ausencia de un diagnóstico adecuado y certero que privó al paciente de la oportunidad de recuperación de su salud ante la falta de realización de exámenes médicos que determinarían la magnitud de su enfermedad.

"(...) - Enfoques de la pérdida de oportunidad

a. **El daño autónomo:** Según esta corriente la pérdida de la oportunidad es un perjuicio con identidad propia diferente del perjuicio final. Desde esta perspectiva, la oportunidad en sí misma representa un interés digno de protección. Se trata de un bien distinto a la ventaja final esperada o el perjuicio que se quería evitar, y por eso se le distingue de daños materiales, en sus modalidades de daño emergente y lucro cesante. Esta concepción parte de la base que esa chance u oportunidad puede ser valorada económicamente. Respecto a la naturaleza de ese perjuicio autónomo, asimismo, se han trazado tres entendimientos diferentes. De un lado se sostiene que la oportunidad es una pérdida de carácter patrimonial, que no obstante se trate de un bien que está destinado a

⁶ Consejo de Estado - Sección tercera - demandante María Elena Giraldo, proceso 12.548, sentencia del 15 de junio de 2000.



desaparecer, su naturaleza económica siempre justifica la necesidad resarcitoria. De otro lado, existe una perspectiva que trata a la oportunidad como un bien personal, como algo que está inserto en el patrimonio de la persona y sólo pertenece a ella, lo que lo convierte en un bien intransferible. Y finalmente, un tercer enfoque afirma que el carácter de la oportunidad tiene que ver con la ventaja esperada o el perjuicio que se buscaba evitar⁷.

Con todo, de acuerdo con este entendimiento la pérdida de oportunidad se indemniza como un perjuicio independiente, esto es, se concede como un rubro diferente a los que tradicionalmente se reconocen en un proceso judicial de responsabilidad patrimonial (morales; materiales: daño emergente, lucro cesante; daño a la salud, etc.).

b. Factor de imputación o instrumento de facilitación probatoria: De acuerdo con este enfoque, la pérdida de oportunidad tiene aplicación cuando no fue posible demostrar un nexo causal directo entre una falla del servicio médico y el daño final que sufrió el paciente, sin embargo, existía una probabilidad significativa de que el resultado dañoso no se hubiera presentado de haber mediado una atención médica oportuna y adecuada.

Este enfoque busca dar una garantía de reparación a la víctima quien se encuentra en una posición de dificultad probatoria, en especial en los eventos médicos, al carecer de los conocimientos de la ciencia médica para demostrar que la negligencia ha sido la causa del daño⁸ (...)"
(Subraya fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior y por considerar de que se ha dado los requisitos existentes para la pérdida de oportunidad como daño indemnizable, debe revocarse la decisión, toda vez que se expuso, como configurativo del mismo, la omisión o la abstención del personal médico y de enfermería que se encontraban en la obligación legal de otorgarle al paciente un procedimiento eficaz e integral para su diagnóstico, precisamente a lo que equivale a la negación de la oportunidad que se ha venido destacando, de lo cual se infiere sin dificultad alguna que sobre esa base fáctica se encuentran edificadas las pretensiones de la demanda.

⁷ Orgaz, Alfredo, *el daño resarcible*, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1982, 9. 47 y ss; Mosset Iturraspe, Jorge, *Frustración de una chance por error en el diagnóstico*, LL, 1982- D-475.

⁸ LUNA Yerga, Álvaro "Oportunidades Perdidas", artículo publicado en Revista para el análisis del Derecho "INDRET", mayo de 2005, No. 288.



Jurisprudencia

PERDIDA DE CHANCE U OPORTUNIDAD - Recurso de estadística / RECURSO DE ESTADISTICA - Cálculo de probabilidades / PROBABILIDAD MATEMATICA - Noción. Aplicación / PROBABILIDAD ESTADÍSTICA, FRECUENCIAL O A POSTERIORI - Noción. Aplicación / PROBABILIDAD BAYESIANA - Noción. Aplicación / PROBABILIDAD LÓGICA - Noción.

Aplicación

Para la cuantificación de la indemnización a reconocer por concepto de pérdida de oportunidad, entonces, será fundamental e ineludible el recurso a la estadística como herramienta que posibilita construir inferencias sobre la base del cálculo de las probabilidades que realmente tenía la víctima de conseguir el provecho esperado o de evitar la lesión a la postre padecida. Así pues, podrá recurrirse a reglas o elementos como la probabilidad matemática —a partir de la denominada Ley de Laplace, en virtud de la cual la probabilidad de un suceso puede calcularse dividiendo el número de casos favorables entre el total de los posibles—, la probabilidad estadística, frecuencial o a posteriori —la cual postula que la probabilidad de ocurrencia de un específico acontecimiento equivale a la proporción de ocasiones en las cuales el mismo sucedería según lo refleje la observación de lo acontecido en un número grande de eventos de características y condiciones similares—, la probabilidad bayesiana —alternativa a la matemática y a la estadística tradicional en la medida en que permite interiorizar, en el cálculo de probabilidades, informaciones propias del caso concreto, de suerte que permite un resultado singularizado frente a una hipótesis aislada—, la probabilidad lógica —que permite conjuntar el examen de resultados estadísticos o matemáticos con el análisis de otras pruebas a partir de leyes, reglas, criterios o máximas de experiencia—, entre otras. Ya la jurisprudencia de esta Corporación ha hecho alusión a la exigencia de que para la reparación de la pérdida de una oportunidad se demuestre, de manera clara, cuál era la probabilidad que tenía el perjudicado de alcanzar el beneficio que anhelaba o de evitar el detrimento que le fue irrogado.

NOTA DE RELATORIA: Respecto a la determinación de la pérdida de oportunidad, consultar sentencia del 31 de agosto de 2006; expediente número 15772, Consejera Ponente doctora Ruth Stella Correa Palacio



**INDEMNIZACION DE PERJUICIOS - Pérdida de oportunidad /
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS - Criterio de la equidad /
REPARACION INTEGRAL DEL DAÑO - Principio pro damnato /
DERECHO DE DAÑOS - Principio pro damnato / PRINCIPIO PRO
DAMNATO - Derecho de daños**

Toda vez que no obran en el expediente más elementos probatorios que puedan ser valorados con miras a establecer, con fundamento en criterios técnicos, estadísticos y apoyándose en información objetiva y contrastada, la cuantía del daño que por concepto de pérdida de oportunidad le fue irrogado a la parte demandante, la Sala acudirá al criterio de la equidad como principio que el ordenamiento jurídico —artículo 16 de la Ley 446 de 1998— impone tener en cuenta para efectos de reparar de forma integral el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, a cuyo auxilio debe acudir, además, por virtud del denominado principio pro damnato, propio del derecho de daños.

Por lo anterior, ruego a usted, Honorable Magistrado, conforme a los criterios impuestos por la jurisprudencia antes señalada, y lo manifestado anteriormente muy respetuosamente revoque la decisión tomada por el a-quo, atemperándose de manera consistente a los lineamientos jurisprudenciales en esta materia so pena de no incurrir en prácticas discriminatorias por los hechos que fundamentan esta demanda.

De usted, Respetuosamente,

ANDRÉS JOSÉ CERÓN MEDINA
C.C#76.311.588 de Popayán
T.P. 83.461 Con. Sup. De la Jud.

RCG