

*República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Jurisdicción Ordinaria*



*Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali
Sala Civil*

Referencia Completa:
Rad. Única Nal: 76001-31-03-014-2017-00175-01
Radicación interna: 4603
Proceso: Verbal de Responsabilidad Civil Médica
Demandante: María Edith Gutiérrez Pareja y otros
Demandados: Nueva EPS S.A.
Motivo: Sentencia de segunda instancia

Magistrado Sustanciador:

JULIÁN ALBERTO VILLEGAS PEREA

Santiago de Cali, diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)
Discutido y aprobado mediante Acta No. 1338 de Sala virtual del 16 de
noviembre de 2021.

1. INTROITO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia del 14 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Cali, que accedió a las pretensiones de la demanda, y condenó en costas a la parte demandada.

2. ESCENARIO DESCRIPTIVO

2.1. HECHOS RELEVANTES

2.1.1 En los Antecedentes

2.1.1.1 Mediante apoderado judicial, los señores MARÍA EDITH GUTIÉRREZ PAREJA, JHONATAN TRIANA GUTIÉRREZ, AMANDA

GUTIÉRREZ PAREJA, DAMARY GUTIÉRREZ PAREJA, LIZETH RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, Y FABIO DE JESÚS MARTÍNEZ ZÚÑIGA, formulan demandada declarativa de responsabilidad civil médica en contra de la NUEVA E.P.S. S.A, a través de la que pretenden que se declare civilmente responsable a la demandada de los daños extrapatrimoniales a ellos ocasionados como consecuencia de *“la negligencia y tardanza injustificadas”* que se presentaron frente al tratamiento médico quirúrgico de la neurofibromatosis que padecía el señor William Leonardo Triana Gutiérrez, *“que conllevaron a su muerte”*.

2.1.2 En la demanda.

2.1.2.1 Desde muy corta edad, según la historia clínica del señor William Leonardo Triana Gutiérrez, éste fue diagnosticado con NEUROFIBROMATOSIS tipo 1; patología congénita de carácter neurológico que *“le impedía realizar”* actividades físicas, entre ellas trabajar, *“razón por la que era ayudado y cuidado permanentemente por su madre, MARIA EDITH GUTIERREZ PAREJA y demás familiares”*.

2.1.2.2 Durante toda su vida *“estuvo sometido a controles permanentes por una serie de especialistas adscritos al antiguo ISS hoy en día Nueva EPS”*. Ello por cuanto, al ser la neurofibromatosis o enfermedad de von recklinghausen una patología *“bien conocida por la ciencia médica y por las entidades de salud”*, *“es fácil determinar y sobre todo autorizar y efectuar todas las acciones, procedimientos y abordajes pertinentes para evitar el deterioro de las condiciones de salud del paciente”*.

2.1.2.3 En *“múltiples oportunidades los médicos especialistas que trataron al señor William Leonardo Triana Gutiérrez, le resecaron o extrajeron neurofibromas y otra serie de lesiones propias de su enfermedad”*. No obstante.

2.1.2.4 En el mes de mayo de 2012 el neurólogo tratante del señor Triana Gutiérrez encontró una lesión que, por sus características y resultado de

la resonancia realizada al paciente, señaló que “lo mejor era que le fuera extraída lo mas pronto posible para evitar que se complicara”, y en tal sentido dio orden de valoración por cirugía general.

No obstante, lo anterior, y pese a que en el mes de junio de 2021 éste mismo profesional decidiera dar orden directa de cirugía, pues había transcurrido un mes sin que se efectuara la valoración ordenada, *“se inició todo un viacrucis para que la NUEVA EPS y sus IPS adscritas le solucionaran el problema al señor WILLIAM LEONARDO TRINA GUTIERREZ, y mientras tanto, la lesión seguía creciendo y complicándose día tras día”*.

2.1.2.5 La cirugía de extracción de la lesión que presentaba el paciente fue programada para llevarse a cabo el 10 de diciembre de 2012 en la Clínica Esensa, no obstante, llegada dicha fecha *“no se practicó la operación”*, aduciendo la entidad encargada *“que todavía había tiempo para realizar la cirugía, además que el médico (Dr. LUIS FERNANDO SANTACRUZ FLORES, médico neurocirujano) encargado de la misma, había salido de vacaciones”* y además que *“se presentaba un daño”* en los equipos de cirugía *“que impedía que se practicara el procedimiento ordenado”*.

2.1.2.6 La cirugía fue reprogramada para el 14 de diciembre de 2012, sin embargo, en dicha fecha *“tampoco se efectuó”* y reprogramó para el 21 de diciembre de 2012, fecha en la que se indicó que *“todavía no habían arreglado un motor de uno de los equipos y se tomó la decisión de reprogramarla para el día 13 de enero de 2013”*, *“con la salvedad de que la clínica los llamaría para confirmar, llamada o comunicación que jamás se produjo”*.

2.1.2.7 Como quiera que el estado de salud del señor William Leonardo Triana Gutiérrez continuó *“deteriorándose progresivamente”* y el dolor que padecía *“era insoportable”*, el 25 de febrero de 2013, la señora MARIA EDITH GUTIERREZ PAREJA decide llevar a su hijo al servicio de urgencias del Clínica Comfenalco Rafael Uribe Uribe en busca de ayuda. El paciente fue internado en dicha institución *“desde ese mismo día”*.

2.1.2.8 Durante su hospitalización el señor William Leonardo Triana Gutiérrez presentó “*una forma súbita de rigidez en los miembros inferiores*” razón por la que se ordenó la practica de una resonancia magnética que arrojó como resultado la presencia de “*una gran masa tumoral*” vascularizada “*que estaba realizando compresión cervical*”, considerándose “*que la misma era de ALTO RIESGO frente a la posibilidad de generar un alto deterioro neurológico*”.

El paciente fue llevado a cirugía en dicha institución médica para extracción del tumor cervical.

2.1.2.9 Ante la gravedad de la “*situación a la que se había dejado llegar al señor William Leonardo Triana*”, los especialistas encargados de su caso decidieron realizar varias interconsultas y el 23 de marzo de 2013, el médico neurocirujano Dr. JORGE IVAN HOLGUIN solicitó autorización de servicios de salud cuya justificación clínica reexportó: “*PACIENTE CON ENFERMEDAD DE VON RECKLINGHAUSEN QUE TIENE MIELOPATÍA POR LESIÓN TUMORAL MALIGNA QUE SE PROÓ EN LA PATOLOGÍA, SARCOMA, LA RESPUESTA CLÍNICA DESPUÉS DE LA CIRUGÍA NO EVIDENCIA RESPUESTA CLÍNICA DE LA MIELOPATÍA, SE CONSIDERÓ YA MANEJO PALIATIVO. SE ESPERA TRASLADO PARA MANEJO POR HEMATONCOLOGÍA POR NEUROCIRUGÍA HOY PLAN DE MANEJO ADICIONAL. REQUIERE SER VISTO POR MEDICINA INTERNA PARA MANEJO DE HIPOALBUMINEMIA PROBABLEMENTE SECUNDARIA A DESNUTRICIÓN AGUDA. TIENE DISMINUCIÓN DE BALANCE DE NITRÓGENO QUE EXPLICA ESTA CAUSA, REQUIERE MANEJO INTEGRAL POR HEMOTONCOLOGÍA.*”

2.1.2.10 Como consecuencia de las tardanzas administrativas relacionadas con la remisión e inicio de tratamientos médicos que requería el paciente, la señora MARIA EDITH GUTIERREZ PAREJA presentó acción de tutela en contra de la EPS demandada a fin de que ésta dispusiera el traslado del señor Trina Gutiérrez a la IPS FUNDACIÓN VALLE DEL LILI “*en donde le iniciarían con prontitud las sesiones de radioterapia que él necesitaba de manera inmediata*”.

Para tal fecha, las opciones terapéuticas del paciente eran escasas. La valoración de radioterapia reportó indicó como plan de manejo: *“RADIOTERAPIA LESIONES DE GRAN TAMAÑO, SE REQUIERE RADIOTERAPIA EN DOS FASES CADA FASE SERÍA DE 10 SESIONES. SE INICIARÁ CON RADIOTERAPIA CERVICAL DE ALTO RIESGO DE COMPROMISO DE LA VÍA AÉREA PACIENTE REQUIERE VIGILANCIA ESTRICTA DURANTE TRASLADO DIARIO RIESGO DE COMPLICACIONES. VALORAR POSIBILIDAD DE REMISIÓN”*

Concedida la tutela, el traslado del paciente a la Fundación Valle del Lili se efectuó el 9 de abril de 2013, en donde se dejó sentado en la historia clínica las malas condiciones generales en las que ingresó el paciente, el historial de evolución de la lesión tumoral, su deterioro neurológico. Finalmente, y “tras poco menos de 3 semanas de estar siendo tratado infructuosamente por el grupo médico interdisciplinario de la FUNDACIÓN VALLE DEL LILI”, el 22 de abril de 2013 el señor WILLIAM LEONARDO TRIANA fallece *“luego de padecer durante sus últimas semanas de vida dolores insoportables”*, dejando *“una amarga desolación para sus familiares y amigos”*.

2.1.2.11 Durante *“toda su enfermedad, y principalmente en sus últimos años, que, sin lugar a dudas, fueron los más difíciles el señor WILLIAM LEONARDO TRIANA GUTIÉRREZ, tuvo como único aliciente el apoyo de su familia y amigos, especialmente de los convocantes, quienes en muchas ocasiones se desvelaron a su lado, soportaron humillaciones y tratos poco amigables”*, en especial, *“la señora MARÍA EIDITH GUTIERREZ PAREJA, quien luchó hasta el último instante por preservar la vida de su hijo, tratando infructuosamente de que se le diera el tratamiento adecuado y en el tiempo requerido, batalla que finalmente perdió”*.

2.1.2.12 El fallecimiento del señor WILLIAM LEONARDO TRIANA causó en sus familiares y amigos un profundo dolor y congoja por las injustas circunstancias que rodearon su deceso.

2.1.3 En la contestación

2.1.3.1 La demandada contestó la demanda indicando no constarle los hechos narrados en la demanda, los que en todo caso señaló deben constar en la historia clínica que “no está” bajo su custodia y obedecen a “*decisiones tomadas por parte del cuerpo médico y la IPS correspondiente*”.

En tal sentido, formuló las excepciones de mérito que denominó:

“*INEXISTENCIA DEL DAÑO INDEMNIZABLE IMPUTABLE A NUEVA EPS S.A.*”, “*INEXISTENCIA DE ERROR MÉDICO*”, “*CUMPLIMIENTO CABAL DE LAS OBLIGACIONES DE LA NUEVA EPS S.A. EN SU CONDICIÓN DE ASEGURADOR*”, “*INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DE NUEVA EPS POR ERROR HECHO DE TERCERO*”, “*AUSENCIA DE CULPA Y RUPTURA DEL NEXO CAUSAL POR HECHO INIMPUTABLE DE MANERA EXCLUSIVA A UN TERCERO*”, “*CARENCIA ABSOLUTA DE PRUEBA DE NEXO CAUSAL ENTRE LA OMISIÓN ENDILGADA A NUEVA EPS Y EL DAÑO ALEGADO*”, “*INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR CARENCIA DEL DAÑO ANTIJURÍDICO*”, “*CONDICIONES PROPIAS DE LA PATOLOGÍA DE LA PACIENTE*”, “*COBRO DE LO NO DEBIDO*”, y la “*GENÉRICA*”.

En síntesis, afirma que la mala praxis médica “*debe ser evidente y no solo valorar la situación por el resultado final (agravamiento del paciente, secuelas muerte etc.)*, ya que esto puede llevar a error en la definición de la existencia o no de responsabilidad por parte del cuerpo médico o cualquier agente del SGSSS” y en tal sentido que se deben ver varios factores para determinar la existencia de responsabilidad, como lo factores interno y externos del paciente (complicaciones inherentes a la patología), gravedad de la patología presentada, pronóstico de recuperación (mal pronóstico), antecedentes del paciente y en este caso, la responsabilidad de cada uno de los partícipes en el hecho de acuerdo con el esquema del SGSSS.

Bajo en anterior entendido, afirma que el cumplió con su deber contractual de brindar y autorizar al demandante todos y cada uno de los servicios médicos que éste requirió, que la actuación del personal médico de las

IPS que prestaron los servicios al paciente le es ajeno pues los actos médicos desplegados por los mismos se efectuaron de manera autónoma con absoluta independencia y autonomía bajo su absoluta discrecionalidad científica. Aunado a ello indicó que, de acuerdo con la modalidad contractual existente entre sí, la IPS Esensa no requería el trámite de ordenes de autorización de servicios médicos.

Finalmente, recalcó que en el presente asunto no existe prueba de la culpa médica demanda, así como tampoco de la relación causal entre el daño alegado y la conducta demandada, en tanto, dadas las condiciones propias del paciente, hay que verificar sus antecedentes médicos, los riesgos inherentes de su patología, la gravedad de la complicación presentada, el diagnóstico y sus riesgos.

Al respecto afirmó que, la IPS que atendió al paciente no actuó de forma negligente *“debido a que la muerte del paciente se debe que (sic) el cáncer padecido se da con ocasión al desarrollo o avance normal de su enfermedad de base NEUROFIBROMATOSIS, que es una enfermedad congénita, sin tratamiento curativo”*.

De otra parte, **LLAMÓ EN GARANTÍA** a las IPS Fundación Esensa, Comfenalco Valle Universidad Libre y a la Fundación Valle del Lili. Esta última a su vez llamó en garantía a Allianz Seguros S.A.

No obstante, los dos primeros llamamientos fueron declarados ineficaces al no cumplirse con el requisito de notificación previsto en el artículo 66 del C.G.P. y el último de ellos fue objeto de desistimiento por parte de la parte actora; desistimiento aceptado en auto proferido en audiencia de instrucción y juzgamiento llevada a cabo el 30 de junio de 2021.

2.1.4 En el trámite procesal

Dentro de las pruebas relevantes recaudadas se encuentran: 1. copia

completa de la historia clínica de la paciente WILLIAM LEONARDO TRIANA GUTIÉRREZ; 2. Interrogatorios de parte; y, 3. testimonios técnicos del neurocirujano Dr. EDGAR OLAVE GUZMÁN (médico tratante), del internista Dr. GUSTAVO ADOLFO OSPINA TASCÓN y la radióloga Dra. CATALINA MARÍA ACEVEDO DELGADO.

2.1.5 En la Sentencia apelada.

La Juez Catorce Civil del Circuito de Cali, luego de indicar los presupuestos de la acción de responsabilidad civil médica, citar jurisprudencia relacionada con el tipo de obligaciones derivadas de la práctica médica, así como la obligación en la que se encuentran las EPS de prestar un servicio a sus afiliados en condiciones de calidad y oportunidad, señaló que en el presente asunto se hallan probados los elementos de la responsabilidad civil demandada y declaró civilmente responsable a la entidad demanda de la muerte del señor William Leonardo Triana Gutiérrez.

Afirmó que en el presente asunto *“la negligencia en la autorización o ejecución de la cirugía ordenada por el médico tratante del paciente, conllevó a que la salud del mismo se deteriorara a medida que pasaba el tiempo sin que le fuera realizada la cirugía requerida, tanto así, que pasaron más diez meses, sin que se efectivizara la orden de cirugía emitida por el doctor OLAVE, retardo que conllevó a consecuencias funestas en la salud del paciente, como lo fue el crecimiento exagerado del neurofibroma, convirtiéndolo, de una lesión de poco diámetro y fácil, extracción en tejidos blandos de la espalda, en un neurofibrosarcoma de gran tamaño, con malignidad y con grave compromiso neurológico, lo que conllevó posteriormente al fallecimiento del paciente, o al menos, generando así la causa efectiva de la muerte del mismo.”*

De otro lado, destacó frente a los hechos señalados que, *“igualmente se debe aclarar que la prueba que cita la parte actora, relativa a la acción de tutela, es otro indicio más de la deficiente prestación del servicio médico por parte de la entidad prestadora de salud que estaba a cargo del paciente, en cuanto a una falta de atención oportuna y adecuada”*.

En tal sentido, expuso que *“el, presente trámite se logró acreditar con suficiencia la contradicción a los deberes propios de cuidado, diligencia y apego a las metodologías médicas científicamente aceptadas para una patología como- la que presentaba el señor TRIANA, evidenciándose el obrar negligente y tardío en el tratamiento medico y quirúrgico del paciente”, “faltando con ello a la obligación principal de las organizaciones proveedoras de servicios médicos, la cual no es otra, que la de ser garante del paciente, obligación que impuso la Ley 100 de 1993, en su artículo 85.”*

Recalcó que *“es evidente que entre la conducta omisiva y negligente de la entidad demandada y el daño, existe una relación de causalidad adecuada, puesto que en esta oportunidad la falta omisiva o negligente de la entidad 'encargada de autorizar o realizar un procedimiento quirúrgico efectivo al paciente (Llámesese IPS o EPS) conllevó necesariamente al avance progresivo de su patología agravándola seriamente, lo que desencadenó posteriormente en su fallecimiento, generando con dicha omisión una causa efectiva generadora del daño, de ahí que en esta providencia se hable de una responsabilidad de carácter institucional”, pues afirmó, “la culpa de la persona jurídica se establece en el marco de una unidad de acción selectivamente relevante que tiene en cuenta los flujos de la comunicación entre los miembros del sistema. Por ello, el juicio de reproche. ha de tomar en consideración, además de las acciones y omisiones organizativas, las fallas de comunicación del equipo de salud que originan eventos adversos cuando tales falencias podían preverse y fueron el resultado de la infracción de deberes objetivos de cuidado, se itera, no es aceptable que luego de que el médico tratante Dr. EDGAR OLAVE, generara desde mayo de 2012 una orden de cirugía para el paciente, este llegue a febrero de 2013, sin que le hubiesen realizado dicho procedimiento quirúrgico, cuando había sido catalogado como prioritario por parte del referido galeno.”*

Por lo anterior, accedió a las pretensiones de la demanda y con base en la solidaridad que se depreca de las actuaciones de las actividades que despliegan los agentes o entidades del Sistema de Seguridad Social en Salud, condenó a la EPS demandada a pagar a favor de los demandantes las siguientes sumas de dinero, junto con la correspondiente condena en cosas procesales:

“PARA LA SEÑORA MARIA EDITH GUTIERREZ PAREJA, la suma de treinta millones de pesos \$30.000.000. Por concepto de perjuicio moral. La suma de veinte millones de pesos \$20.000.000. Por concepto de daño en la vida de relación.

PARA EL SEÑOR JHONATAN TRIANA GUTIERREZ, la suma de diez millones de pesos \$10.000.000. Por concepto de perjuicio moral.

PARA LA SEÑORA AMANDA GUTIERREZ PAREJA, la suma de diez millones de pesos \$10.000.000. Par concepto de perjuicio moral.

PARA LA SEÑORA DAMARY GUTIERREZ PAREJA, la suma de diez Millones de pesos \$10.000.000. Por concepto de perjuicio moral.

PARA LA SEÑORA LIZETH RODRIGUEZ GUTIERREZ, la suma de diez millones de pesos \$10.000.000. Por concepto de perjuicio moral.

PARA EL SEÑOR FABIO DE JESUS MARTINEZ ZUNIGA, la suma de diez millones de pesos \$10.600.000. Por concepto de perjuicio moral”.

2.1.6 La apelación - reparos concretos

2.1.6.1 Los apoderados judiciales tanto de la parte demandante como de la demandada, apelaron la sentencia y expusieron reparos concretos a la misma a través de los que se opusieron a la declaración de responsabilidad civil efectuada y el monto de los perjuicios reconocidos, respectivamente.

2.1.7 En la sustentación del recurso.

2.1.7.1 En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020 y 322 del C.G.P, los apelantes sustentaron por escrito los reparos formulados ante el juez de primera instancia en los siguientes términos:

- a) DEMANDADA NUEVA EPS S.A.**
- i) Falta de requisitos para condenar por falla en el servicio.**

Afirma que la prueba documental aportada al expediente, los interrogatorios de parte y testimonios técnicos demuestran que “*el hecho donde*

de desprende el fundamento de responsabilidad fue desplegado por un 3ro esto es la I.P.S. Clínica Esensa (entidad liquidada), por ende no se puede imputar responsabilidad alguna a mi representada (falta de legitimación en la causa por pasiva) por una actuación que por ley no está obligada a realizar”.

Insiste en que la entidad demandada garantizó al usuario la prestación del servicio “*de acuerdo al artículo 159 de la Ley 100 de 1993*”, y en tal sentido, que “*cumplió a cabalidad*” con sus obligaciones contractuales.

ii) Indebida valoración probatoria.

Afirma que la juzgadora de primer grado no efectuó un análisis de fondo de las pruebas que constan en el proceso, concretamente, de los testimonios técnicos de los médicos GUSTAVO ADOLFO OSPINA TASCÓN y la Dra. CATALINA ACEVEDO de los que “*se evidencia el mal pronóstico del paciente por su enfermedad de base y el tipo de tumor presentado (hechos que no se analiza en la sentencia)*” y permiten concluir:

- “- *Antecedentes médicos del paciente (patología de base)*
- *Expectativa de vida de la patología presentada.*
- *Antecedente de tumor maligno en tórax (1 año antes)*
- *Agresividad del tumor presentado en la espalda.*
- *Expectativa de curación del paciente.*
- *Expectativa de reiteración de tumor maligno en el paciente.”*

iii) Indebida tasación de los perjuicios inmateriales.

Considera que existió una indebida tasación de los perjuicios pues que en su tasación, la juez “*no tuvo en cuenta los reiterados antecedentes del paciente que disminuirían drásticamente las posibilidades de sobrevivencia de la paciente por ende la dosificación de los perjuicios.*”

iv) Confluencias o concurrencia de culpas por hechos propios de la víctima.

Afirma que una correcta valoración de las circunstancias propias paciente, como son sus antecedentes médicos (patología de base), agresividad del tumor presentado en la espalda, su expectativa de curación y la expectativa de “reiteración de tumor maligno”, podría generar la absolución de la entidad demandada, o en su defecto, “la disminución de los perjuicios”.

Finalmente, en cuanto a la imputación formulada en la demanda según la cual, existió una “demora en la práctica de cirugía del NEUROFIBROMA, lo que llevo consecuentemente al deceso de la paciente” expuso que dentro del proceso existen pruebas que dan cuenta que:

“1. Que el paciente WILLIAM LEONARDO TRIANA GUTIERREZ padece enfermedad huérfana de Von Ricklenhausen (sin tratamiento curativo)

2. El paciente en mención 1 año antes del diagnóstico (2011) tenía antecedente de tumor maligno de tórax.
3. El médico cirujano de Fundación Esensa ordeno (sic) cirugía que no pudo llevarse a cabo en Diciembre de 2012 (se desconoce la razón)
4. El tumor que sufría el paciente presento rápido crecimiento en el periodo de los 2 primeros meses del año 2013.
5. Debido a su localización era riesgoso la práctica de cirugía.
6. El personal médico decide realizar valoración en junta médica y se decide que no era candidato quirúrgico y debido al tipo de lesión neurosarcoma, sólo se puede realizar tratamiento paliativo.
7. Este tratamiento fue dado en la Fundación Clínica Valle de Lili.”

Lo anterior, afirma, no sólo da cuenta que “la desafortunada muerte del paciente, como se ha mencionado en repetidas ocasiones, se debió en primer lugar a la patología de base del paciente, al tipo de tumor presentado, a la agresividad del

mismo y la falta de tratamiento curativo”, sino además, que no se encuentra probada de “forma certera cual (sic) fue la esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente, que perdió el paciente teniendo en cuenta las circunstancias que rodearon su atención y no solo la patología que presentó”, debiéndose en consecuencia aplicar el principio de la carga de la prueba en cabeza de la parte demandante.

b) DEMANDANTE

v) Indebida cuantificación de los perjuicios.

Expone que, aunque comparte en su integridad la fundamentación y consideraciones expuestas por el despacho en el fallo recurrido, *“no acepta la tasación y cuantificación de los montos establecidos para los daños y perjuicios reconocidos dentro del mismo, toda vez que, tal y como ha sido establecido en múltiples fallos, tanto de la Honorable Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado”, tratándose de daño moral en casos de muerte o lesiones que generan una incapacidad total permanente, “la cifra que se establece puede alcanzar los 100 SMLMV para los miembros del núcleo familiar primario”, tal y como sucedió en el caso sub judice en lo que hace referencia a la señora María Edith Gutiérrez Pareja y Jonathan Triana, madre y hermano de la víctima, respectivamente.*

El mismo aumento solicita que se efectúe respecto del valor de la indemnización reconocida en torno de los demás demandantes dada la *“cercanía demostrada y no controvertida por la parte demandada”*.

3. PROBLEMAS JURÍDICOS

Con base en lo expuesto, le corresponde a la Sala determinar:

i) ¿Erró la juez de primera instancia a valorar los testimonios técnicos presentados al proceso y declarar probada la responsabilidad civil

demandada, concretamente, de cara a la tardanza en la realización del procedimiento quirúrgico ordenado al paciente como causa eficiente del daño?

ii) Ante la verificación de falencias de tipo administrativo en la prestación oportuna del servicio, ¿resulta procedente anteponer como defensa de los derechos de la parte demandada como eximente de responsabilidad los antecedentes clínicos del paciente?

iii) Procede el reconocimiento de la indemnización por perjuicios extrapatrimoniales como lo son el daño moral y daño a la vida de relación de relación de familiares y/o personas ajenas al núcleo familiar primario de la víctima? y en caso afirmativo, ¿cuáles son los requisitos para que tal reconocimiento se haga procedente?

4. ESCENARIO PRESCRIPTIVO.

4.1 Presupuestos procesales

En punto de los presupuestos procesales, en tanto criterios indispensables para la validez de la relación jurídico-procesal, esto es, competencia del Juez, capacidad para ser parte, capacidad procesal y demanda en forma se advierten cumplidos a cabalidad.

4.2 Presupuestos materiales de la sentencia de fondo (legitimación en la causa)

4.2.1 Por sabido se tiene que la legitimación es una figura de derecho procesal y tema de obligado estudio por parte del juzgador al momento de desatar la *litis* como presupuesto material de la sentencia, y que, se traduce por activa en ser el titular que conforme a la Ley sustancial está llamado a reclamar el derecho violado o a satisfacer el interés que legalmente se tiene, y por lo pasivo, en la persona que, según la misma ley, es la llamada a responder por tales derechos o intereses.

4.2.2 En línea de principio, está legitimada para pretender la indemnización de perjuicios toda persona a quien se causa un daño de manera directa. En el caso que nos ocupa, de acuerdo con los hechos narrados en la demanda, la legitimación por activa está en cabeza de los demandantes a quienes presuntamente se les causó un daño antijurídico en su órbita moral como consecuencia de negligencia y tardanza injustificada con la actuó tanto el personal médico como administrativo de la entidad demandada en la atención médica brindada a su familiar para tratar la neurofibromatosis que padecía, y que derivó a la postre en su fallecimiento.

4.2.3 En punto a la legitimación en la causa por pasiva, la demanda se dirige en contra de la entidad promotora de salud de quien se depreca fue negligente y tardó injustificadamente los tratamientos quirúrgicos que requería el señor William Leonardo Triana Gutiérrez para reseca la lesión tumoral que lo afectó y haber evitado el progreso de la enfermedad que condujo a su deceso en el mes de abril del año 2013.

4.3 Presupuestos normativos

4.3.1 La responsabilidad médica describe un escenario en donde prevalecen los mismos elementos de toda acción resarcitoria y, por supuesto, cuando se ha infligido daño a una persona, surge el deber de indemnizar. Los agentes de la salud o establecimientos hospitalarios no están exentos, entonces, de ser llamados a responsabilizarse del detrimento generado. Desde luego, igual que acontece en los otros eventos donde se dan las circunstancias para reconocer perjuicios, cuando en desarrollo de actividades vinculadas a la sanidad de los pacientes, ya sea por negligencia o impericia, se les afecta negativamente en su salud, surge, de manera simultánea, el compromiso del agente dañino de enmendar el daño ocasionado, siempre y cuando se acrediten los restantes elementos de la responsabilidad.

En tal sentido, el artículo 2341 del Código Civil establece que: “*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*”.

De la misma forma, debe decirse que se encuentra comprometida la responsabilidad de las instituciones que concurren al cumplimiento del acto médico, de conformidad con lo establecido en el artículo 159 de la Ley 100 de 1993, cuando prevé que: “*se garantiza a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud la debida organización y prestación del servicio público de salud, en los siguientes términos: 1. La atención de los servicios del plan obligatorio de salud del artículo 162 por parte de la entidad promotora de salud respectiva a través de las instituciones prestadoras de servicios adscritas*”.

Tratándose de las obligaciones derivadas del contrato de prestación de servicios de salud, como parte integrante del Sistema Integral de Seguridad Social, la Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema integral de seguridad social conformado por los regímenes de pensiones, salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios definidos por la ley para la efectiva realización de los principios de solidaridad, universalidad y eficiencia enunciados en el artículo 48 de la Constitución Política, en su artículo 2 señala dentro de los principios generales que:

*“ARTICULO. 2º- Principios. El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de **eficiencia**, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación:*

*(...) Eficiencia. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, **oportuna** y suficiente”.* (Resalta la Sala)

4.3.2 Por su parte, los artículos 177, 178 y 179 de dicha normatividad prevén que las entidades promotoras de salud son las entidades

responsables de: *i*) la afiliación, y el registro de los afiliados; *ii*) “organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados”; y, *iii*) “establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios³ prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud”; circunstancias, que sea necesario recalcar, les impone el deber legal de garantizar la calidad y eficiencia de los servicios de salud y por cuya inobservancia comprometen su responsabilidad, sea que lo presten directamente o mediante contratos con las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) u otros profesionales respectivos.

Es principio del sistema de salud, a través de las Entidades Promotoras de Salud (EPS), la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud, atención de las condiciones del paciente según las evidencias científicas, y la provisión de una “atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y práctica profesional” (art. 153 Ley 100 de 1993)

En idéntico sentido, las Entidades Promotoras de Salud (EPS), son responsables de administrar el riesgo de salud de sus afiliados, organizar y garantizar la prestación de los servicios integrantes del POS, orientado a obtener el mejor estado de salud de los afiliados, para lo cual, entre otras obligaciones, han de establecer procedimientos garantizadores de la calidad, atención integral, eficiente y oportuna a los usuarios en las instituciones prestadoras de salud (art. 2 Decreto 1485 de 1994).

Lo anterior permite concluir que la prestación de los servicios de salud garantizados por las Entidades Promotoras de Salud (EPS), no excluye la responsabilidad legal que les corresponde cuando los prestan ya sea directamente o a través de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) o de profesionales mediante contratos reguladores sólo de su relación jurídica con aquéllas y éstos. Por lo tanto, a no dudarlo, la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuna, lesiva de la calidad exigible y de la *lex artis*, compromete la responsabilidad civil de las Entidades Prestadoras de Salud, la

cual, tratándose del afiliado o usuario, se deriva de la responsabilidad contractual, dado que la afiliación para estos efectos, materializa un contrato en la forma prevista en los artículos 183 de la Ley 100 de 1983 que prohíbe a las EPS “*en forma unilateral, terminar la relación contractual con sus afiliados*”⁴, y los artículos 16 y 17 del Decreto 1485 de 1994, relativos a los “*contratos de afiliación para la prestación del Plan Obligatorio de Salud que suscriban las Entidades Promotoras de Salud con sus afiliados*” y los planes complementarios.

4.4 Presupuestos Jurisprudenciales

4.4.1 Sobre los elementos de la responsabilidad en materia médica, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que:

“(…) se pudiera afirmar que en este tipo de responsabilidad como en cualquiera otra, deben concurrir todos los elementos o presupuestos materiales para el éxito de la pretensión, empezando por supuesto con la prueba del contrato, que es carga del paciente, puesto que es esta relación jurídica la que lo hace acreedor de la prestación del servicio médico, de la atención y el cuidado. Igualmente, corresponde al paciente, probar el daño padecido (lesión física o psíquica) y consecuentemente el perjuicio patrimonial o moral cuyo resarcimiento pretende. Ahora, probado este último elemento, sin duda alguna, como antes se explicó, que lo nuclear del problema está en la relación de causalidad adecuada entre el comportamiento activo o pasivo del deudor y el daño padecido por el acreedor, pues es aquí donde entran en juego los deberes jurídicos de atención y cuidado que en el caso concreto hubo de asumir el médico y el fenómeno de la imputabilidad, es decir, la atribución subjetiva, a título de dolo o culpa.”¹ (Resalta la Sala).

Así pues, para que pueda declararse la responsabilidad de un profesional de la salud, al demandante le corresponde demostrar, en línea de principio: **i)** el daño, entendido como todo detrimento o menoscabo sufrido por la víctima², **ii)** el comportamiento culpable del facultativo en cumplimiento de

¹ CSJ SC, Sentencia del 30 de enero de 2001. Exp. 5507

² De Cupis A, El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil, Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1975, p. 81. Título original, Il Danno. Teoría generale de la responsabilità civile, 2ª edición, 1970, trad. de Ángel Martínez Sarrión

su obligación; *iii*) el nexo causal; y finalmente, *iv*) el fundamento o deber de reparar, este último entendido como la razón que habilita a desplazar esa situación nociva al patrimonio del autor del daño para que sea reparado.

4.4.2 En torno de la naturaleza y tasación de los perjuicios morales, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil ha indicado que,

“Es del caso hacer ver que cuando se predica del daño moral que debe ser cierto para que haya lugar a su reparación, se alude sin duda a la necesidad de que obre la prueba, tanto de su existencia como de la intensidad que lo resalta, prueba que en la mayor parte de los supuestos depende en últimas de la correcta aplicación, no de presunciones legales que en este ámbito la verdad sea dicha el ordenamiento positivo no consagra en parte alguna, sino de simples presunciones de hombre cuyo papel es aquí de grande importancia, toda vez que quien pretenda ser compensado por el dolor sufrido a raíz de la muerte de un ser querido, tendrá que poner en evidencia -según se lee en brillantes páginas que forman parte de los anales de jurisprudencia administrativa nacional- no sólo el quebranto que constituye factor atributivo de la responsabilidad ajena “... sino su vinculación con el occiso (...) su intimidad con él, el grado de su solidaridad y, por lo mismo, la realidad de su afectación singular y la medida de esta...”, añadiéndose que a tal propósito “... por sentido común y experiencia se reconocen presunciones de hombre de modo de partir del supuesto de que cada cónyuge se aflige por lo que acontezca al otro cónyuge, o a los progenitores por las desgracias de sus descendientes y a la inversa, o que hay ondas de percusión sentimental entre parientes inmediatos” (Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 1651, aclaración de voto del conjuer doctor Fernando Hinestrosa, 25 de febrero de 1982), siendo por cierto esta línea de pensamiento la misma prohijada por la Corte (cfr. Casación Civil de 28 de febrero de 1990, arriba citada), hace poco menos de tres años, al proclamar sin rodeos y con el fin de darle el tema la claridad indispensable, que cuando en el campo de la prueba del daño no patrimonial la jurisprudencia civil ha hablado de presunción “ha querido decir que esta es judicial o de hombre. O sea que la prueba dimana del razonamiento o inferencia que el juez lleva a cabo...” (CSJ SC de 25 de noviembre de 1992, rad. 3382, G.J. CCXIX, n.º. 2458, págs. 670 y 671).”³

³ CSJ SC5686-2018., 19 de diciembre de 2018. M.P. Margarita Cabello Blanco.

4.5 Aplicación al caso en concreto.

4.5.1 En razón a que los reparos que eleva la entidad promotora de salud demandada se dirigen, bien a desvirtuar total o parcialmente su responsabilidad, se impone, en primer lugar, que se examine su procedencia, para luego proseguir con el pronunciamiento frente al reparo de los demandantes, quienes en general, persiguen el reconocimiento de una suma mayor a la ya reconocida en primera instancia como indemnización de los daños extrapatrimoniales por ellos sufridos.

Bajo en anterior entendido se tiene que en varios de los reparos planteados por la parte demandada tienen por fin exonerarse de responsabilidad argumentando de un lado, la configuración del “*hecho de un tercero*”, esto es, de la IPS ESENSA encargada de llevar a cabo la cirugía de resección o extracción del neurofibromatoma que padecía el paciente, y de otra, que el fallecimiento de señor William Leonardo Triana Gutiérrez se produjo como consecuencia de su patología de base (neurofibromatosis grado 1), el tipo de tumor presentado, la agresividad de éste y la falta de tratamiento curativo, de los que afirma, dieron cuenta las declaraciones de los testigos técnicos, doctores GUSTAVO ADOLFO OSPINA TASCON y CATALINA ACEVEDO.

No obstante, revisado el contenido de los anteriores reparos de cara a lo probado en el proceso, de entrada debe indicarse que los mismos no se encuentran llamados a prosperar, no sólo por cuanto, como bien lo señaló el *a quo* en su sentencia, la responsabilidad de la entidad demandada se encuentra comprometida de manera directa por la indebida prestación del servicio de salud de las instituciones prestadores de servicios a las cuales son remitidos sus afiliados, que incluye la atención tardía, deficiente o de mala calidad, sino porque además, de las declaraciones de los testigos técnicos en mención, lejos de deducirse “*el mal pronóstico del paciente por su enfermedad de base*” al que hace referencia el apelante como hecho para exonerar a su representada de responsabilidad, de ellas se desprende que sí existió la deprecada negligencia y mora en el tratamiento quirúrgico que requería el paciente para el tratamiento

de su enfermedad, las consecuencias lesivas de la misma para su salud, evolución desfavorable de la enfermedad, tardía atención y consecuente desenlace fatal.

En efecto, frente a las anteriores circunstancias los declarantes indicaron:

**MEDICO INTERNISTA. GUSTAVO ADOLFO OSPINA
TASCON:**

(Minuto 1:27:40 Audiencia de instrucción y juzgamiento) *“cuando uno tiene cualquier tipo de tumor uno debe que tratar de resecarlo lo más rápidamente posible, porque si usted no tiene la certeza de si se trata de un tumor benigno o maligno, usted debe tratar de acortar ese tiempo entre la detección y la resección”*, señalando a la postre en cuanto al tiempo en el que finalmente se llevó a cabo la cirugía de resección del tumor que: *“a mi modo de ver si es un tiempo prolongado”*.

RADIOLOGA. CATALIN MARIA ACEVEDO DELGADO

(Minuto 1:50:23 Audiencia de instrucción y juzgamiento) *“... La cirugía oportuna implica la disminución de posibilidades de complicación, más que de transformación maligna. O sea, la enfermedad de por sí, así sea solo benigna puede generar esta complicación como fue en el caso del paciente, y son pacientes que requieren desde el diagnóstico una atención constante para detectar algún tumor que pueda ser tratado a tiempo y evitar complicaciones futuras. O sea, ellos necesitan sí de base una atención especial y depende mucho del apoyo de la EPS y de la educación de la familia y del conocimiento que tenga la familia frente a esto”*.

En cuanto al tiempo prudente de intervención quirúrgica y/o su prioridad señaló que conforme el resultado de la resonancia magnética practicada al paciente en el mes de mayo de 2012, que valga decir, reportaba compromiso neurológico el manejo quirúrgico era urgente en los siguientes términos: ahí *“hablan de un ensanchamiento de foramen oval y compromiso de*

tejidos blandos, eso habla de alto riesgo de compresión medular y requiere un manejo prioritario” (minuto 1:59:35).

De igual manera, preguntada por parte de la Juez sobre si la intervención quirúrgica del señor Leonardo debió llevarse a cabo de manera inmediata, dicha testigo respondió: *“Si, si. En una situación de esas, con una resonancia con ese resultado requiere una atención inmediata, sea quirúrgica o sea radioterapia, ya es la decisión que se defina, pero sí requiere un manejo prioritario”.*

De otro lado, preguntada por la juez si la realización de la cirugía 9 o 10 meses después del anterior resultado constituye una atención tardía que le restó oportunidad de vida al paciente, la testigo respondió: *“si, si su señoría, sí”.*

Lo anterior descarta que los testigos en mención hubiesen señalado que la enfermedad de base del paciente limitaba su tratamiento, que el mismo no estaba indicado, que era ineficaz, así como que de haberse llevado a cabo la intervención quirúrgica del paciente ordenada desde el mes de junio de 2012, la progresión de la enfermedad no se hubiese podido detener o, en su defecto, evitar su rápida expansión y generación de las nefastas consecuencias y lesiones neurológicas que se hallan documentadas en la historia clínica del paciente allegada al expediente.

Por el contrario, el correcto entendimiento de los dicho por los testigos señalados deja por sentado que el socorrido *“mal pronóstico del paciente por su enfermedad de base”* a que hace referencia el apelante, se derivó finalmente de la tardanza y omisiones en las incurrió la EPS demandada a través de su red prestadora de servicios de salud de prestar un oportuno servicio - cirugía de extracción de neurofibroma en el momento en el que fue indicada como opción terapéutica de carácter prioritario por parte del neurólogo tratante del paciente dadas las características de la lesión y existencia de una resonancia magnética que daba cuenta de la posibilidad de su posible malignidad, y no así

de que, se itera, la sola existencia de la enfermedad de base del paciente hiciera intratable su condición.

4.5.1.1 Lo dicho, máxime cuando también obra dentro de las pruebas recaudadas el testimonio técnico del **NEUROCIRUJANO Dr. EDGAR OLAVE GUZMÁN** (médico tratante), quien, frente al asunto de la referencia y las circunstancias que rodearon el momento en el que fue diagnosticada la lesión y se ordenó la resección quirúrgica de la lesión que presentó el señor William Leonardo Triana Gutiérrez a inicios del año 2012 en la región dorsal y su prioridad, indicó:

(Minuto 19:01 Audiencia de Instrucción y juzgamiento) Mes de mayo de 2012. El paciente consultó por lesión de tejidos blandos a nivel de la espalda: *“se le realizaron estudios, pues por las características de la lesión, la resonancia a nivel dorsal que reportó una lesión de tejidos blandos localizada entre T1 y T5 con unos signos descritos por el radiólogo de malignidad”*, al tratarse de una lesión de tejidos blandos, *“decido enviarlo de forma prioritaria, el 30 de mayo de 2012 con cirugía general considerando que es un paciente que requería resección de esa masa, no había déficit neurológico en el paciente, ni déficit motor, ni sensitivo. Se remitió en esa fecha; no sé que pasó, por qué no fue valorado por cirujano general quien debía hacer el manejo quirúrgico”*.

“lo vuelvo a valorar el 19 de junio de 2012, y viendo que tenía el paciente dificultades para un tratamiento que, considero que era importante, decido yo mismo generar la orden de cirugía de resección de esa masa de tejidos blandos en forma prioritaria por los hallazgos de la resonancia y las características de la lesión a nivel físico que se le encontró al paciente, se generó la orden de cirugía prioritaria y se envió a su asegurador, a su EPS aseguradora, NUEVA EPS”.

(Minuto 21:38 audiencia de instrucción y juzgamiento) la neurofibromatosis *“es una enfermedad con lesiones, neufibromas, que hay que hacerle seguimiento, y pues el paciente venía estable, se le había hecho a lo largo de su vida tratamientos indicados, se le habían resecado las lesiones que estaban con crecimiento, ese es el manejo. Cuando van creciendo uno tiene que resecarlas para*

descartar lesiones malignas, digámoslo así, y pues ya se presentaba en esa ocasión con una lesión que era, por imágenes y por el examen físico, mucho más delicada para el paciente en este caso”

(Minuto 23:20 Audiencia de instrucción y juzgamiento) *“el paciente al presentar esta lesión a nivel de piel requería la resección de la lesión”. Ya dependiendo del pronóstico se definiría el tratamiento a seguir.”*

(Minuto 24:40 Audiencia de instrucción y juzgamiento) *“Yo pienso que el objetivo es siempre tratar las enfermedades a tiempo. Y justamente en la neurofibromatosis ese es justamente el seguimiento que se hace justamente para eso. Lesiones que uno vea que están comportándose o no en una forma benigna, que están creciendo, que tengan ciertas características, tratarlas a tiempo para poder evitar que éstas crezcan, invadan o hagan metástasis. Es decir, como todas las enfermedades, tratándolas a tiempo el pronóstico es mejor”.*

Bajo tales condiciones, preguntado por la expectativa de vida de un paciente que padece de neurofibromatosis y es contralada señaló que la misma sería *“muy cercana a lo normal”* de una persona que no la padeciese.

(Minuto 35:36 Audiencia de instrucción y juzgamiento). Para el 1 de febrero de 2013, fecha en la que efectuó una nueva valoración del paciente por consulta externa, el neurocirujano en cita señaló que se encontró con que *“el paciente aún no había sido intervenido quirúrgicamente y encuentro un paciente pues ya más deteriorado, con una lesión ya mucho más grande a nivel de la espalda, con un compromiso neurológico de la movilidad, la sensibilidad de extremidades. Ya en este momento ya es un paciente de neurocirugía porque ya había compromiso neurológico y se decide ya en forma pues ya casi prioritaria urgente, actualizar estudios de resonancia cervical, dorsal, ya era un paciente pues que había que intervenir quirúrgicamente lo más pronto posible”, “y desconozco qué pasó de junio a febrero, no sé los hechos”.*

Acto seguido informó al Despacho que la nueva resonancia magnética practicada al paciente reportó mucho más avanzadas la enfermedad.

Finalmente, ante la pregunta que efectuó el Despacho acerca de si consideraba que la no intervención oportuna de la lesión del paciente le restó oportunidad de vivir, aquel respondió: “yo considero que sí”.

4.5.1.2 De esta manera, probado como efectivamente se encuentra que la tardanza en la realización de la cirugía que requería el paciente de manera prioritaria incidió de manera determinante en el lamentable resultado final de progresión de la enfermedad -muerte del paciente-, no hay lugar a considerar que la sólo existencia de la enfermedad de base que éste padecía ni tampoco el resultado de malignidad de la lesión encontrada pueden obrar como eximentes capaces de librar de responsabilidad a la entidad demandada por la deficiente prestación del servicio de salud, pues con independencia de si el fallecimiento de señor William Leonardo Triana Gutiérrez se iba a producir como consecuencia de la malignidad de la lesión o no, la entidad demandada estaba obligada en todo caso a desplegar las conductas tanto médicas como administrativas tendientes a conjurarla, o en su defecto, retrasar su evolución.

Si se trataba de una compleja enfermedad de base, cuyo conocimiento ha sido confesado por la entidad demandada a lo largo de todo el transcurrir procesal, no puede aceptarse que aquella pretenda utilizar su existencia como justificante del incumplimiento de su deber legal y contractual, tampoco utilizarla para ubicar la imputación hecha en la demanda bajo el fenómeno de pérdida de oportunidad, pues como se vio, en el presente asunto el daño concretado en la progresión de la enfermedad del paciente y su muerte se verificó como consecuencia de la tardanza del tratamiento y no así, de que el mismo sea simplemente la oportunidad perdida dada el carácter de “*intratable*” de la enfermedad que aquejó al paciente, razón que impone la confirmación de la sentencia apelada en lo tocante a la declaratoria de responsabilidad a ella imputada al acreditarse todos y cada uno de los elementos de la responsabilidad civil necesarios para tal fin.

4.5.2 Ahora bien, en lo que respecta a la apelación de la parte demandante en lo relacionado con la baja tasación de perjuicios extrapatrimoniales debe señalarse que, luego de analizar el material probatorio que obra en el proceso, así como las especiales circunstancias que rodearon el asunto del que se deriva la responsabilidad civil de la entidad demandada de los que, sin lugar a dudas, se derivan los daños señalados en la demanda, la Sala encuentra que el aumento del valor por el cuál fueron liquidados resulta procedente.

En efecto, si como se sabe el examen de la situación base de la responsabilidad civil se enfoca en la existencia del daño resarcible, que en materia procesal equivale a su prueba, es claro que para su esclarecimiento pueden concurrir todos los medios de convicción que, lícitos y conducentes ofrezcan directa o indirectamente, individualmente o en conjunto, un panorama tal que persuada al juzgador de la clara configuración de este elemento esencial de la declaratoria de responsabilidad demandada.

Tratándose de perjuicios morales, ha dicho la doctrina y jurisprudencia nacional que, *“las máximas de la experiencia, el sentido común y las presunciones simples o judiciales que brotan las más de las veces de la situación de hecho que muestra el caso sometido a consideración del juez serán suficientes a los efectos perseguidos”*.⁴

Bajo tal derrotero, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que *“es sabido que no hay prueba certera que permita medir el dolor o la pena, ni menos cuando han pasado años desde el acaecimiento del evento dañoso. De tal modo que, ante la imposibilidad de una prueba directa y de precisar con certidumbre absoluta si existe o no y en qué grado el dolor, congoja, pánico, padecimiento, humillación, ultraje y en fin, el menoscabo espiritual de los derechos inherentes a la persona de la víctima, como consecuencia del hecho lesivo, opta válidamente el juez por atender a esas particularidades del caso e inferir no sólo la causación del perjuicio sino su*

⁴ CSJ SC 3728-2021, agosto 26 de 2021 M.P. Hilda González Neira.

*gravedad. Es que el daño moral se manifiesta in re ipsa, es decir, por las circunstancias del hecho y la condición del afectado”.*⁵

Lo anterior implica que en el proceso deben existir medios de convicción que den cuenta de la existencia e intensidad del daño moral, “... *toda vez que -para decirlo con palabras de la Corte- es apenas su cuantificación monetaria, y siempre dentro de restricciones caracterizadamente estrictas, la materia en la que al juzgador le corresponde obrar según su prudente arbitrio...*” CSJ SC del 25 de noviembre de 1992, rad. 3382, G.J. CCIX, n°2458, pág. 670).

De igual manera, como lo ha reconocido la jurisprudencia del Máximo Órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria, la presunción de causación de perjuicios morales en es la que procede “*de los estrechos vínculos de familia a efectos de deducir los perjuicios morales que padecen los allegados a la víctima directa, en atención a que se presume, por los dictados de la experiencia, que entre ésta y aquellos existen fuertes lazos de afecto por lo que, sin duda, el interés jurídico tutelado y transgredido con el acto dañoso no es, en criterio de la Corte, únicamente el dolor psíquico o físico dado que este suele ser una consecuencia (pero no la única) de la trasgresión a un derecho inherente a la persona, a un bien de la vida o un interés lícito digno de protección, como en este caso son las relaciones de la familia como núcleo esencial de la sociedad*”⁶

4.5.2.1 Analizado para el caso concreto la causación de referido perjuicio moral en cabeza de los demandantes, debe señalarse que ninguna duda le asiste a esta Sala acerca de su materialización, no sólo por cuanto, como acertadamente lo indicó la juez de primera instancia, aquellos se hallan probados a través de las declaraciones que sobre el punto rindieron los demandantes, sino porque, además, dadas las especiales circunstancias que rodearon la atención médica de la que se derivan los daños reclamados, su existencia puede deducirse, generando como consecuencia que en sede de segunda instancia el valor monetario estimado en la sentencia apelada pueda ser susceptible de aumento.

⁵ CSJ SC 5686-2018, diciembre 19 de 2018. M.P. Margarita Cabello Blanco.

⁶ CSJ SC 5686-2018, diciembre 19 de 2018. M.P. Margarita Cabello Blanco

Lo anterior como quiera que, conforme lo visto con las declaraciones de los testigos técnicos transcritas, el cumplimiento defectuoso y tardío de las obligaciones de la entidad demanda respecto de su afiliado señor William Leonardo Triana Gutiérrez, ocasionó una dilación injustificada que, no sólo afectó anímica y físicamente al paciente en los últimos meses de su vida, sino porque además tal afectación se trasladó a sus familiares y amigos cercanos quienes lo acompañaron en su doloroso proceso de deterioro físico con la impotencia de no lograr conseguir que se llevara a cabo con prontitud la atención quirúrgica que requería su familiar, pese al carácter prioritario de la misma y existir una orden de cirugía emitida por su galeno tratante.

Menos aún, ante la confirmación final del resultado de malignidad de la lesión tumoral que afectó al paciente, cuya rápida evolución implicaba una intervención médica o quirúrgica urgente precisamente a fin de confirmar o descartar la presencia de una lesión cancerígena que podía tratarse, y que en todo caso, las excusas o razones por las que, pese a la ya tardía programación de la cirugía por parte del personal de la Clínica Esensa, ésta no efectuó la cirugía en la fecha inicialmente programada, no se acompañan con el respeto mínimo que las entidades del sistema de seguridad social en salud deben prohogar a sus usuarios y familiares de los mismos quienes tengan a su cargo el cuidado del paciente, obligándolos, para el caso en específico, a recibir excusas como vacaciones del personal médico o daño de equipos de cirugía que bajo ningún punto de vista les pueden ser trasladadas ni obrar como justificantes de la dilación, así como además, a esperar injustificadamente por un procedimiento médico que nunca se programó, llevándolos en consecuencia a tomar medidas desesperadas como por ejemplo, acudir a un servicio de urgencias al observar que ante el señalado injusto, el deterioro de la condición médica de su familiar y amigo llegó al tal punto que la espera por el servicio que jamás se prestó de parte de la IPS asignada, comprometía su vida.

De ahí que resulte válido aumentar la indemnización reconocida a cada uno de los demandantes a título de daño moral, frente a quienes, no existe

duda que sufrieron la afectación reseñada, varios de ellos, al ser parientes del núcleo primario del paciente (madre y hermano), y respecto de los demás, dada la comprobada relación de afecto, amor y familiaridad que sentían frente a aquel.

Tal es el caso de las señoras AMANDA GUTIÉRREZ PAREJA y LIZETH RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, tía materna y prima del señor William Leonardo Triana Gutiérrez, respectivamente, frente a quienes quedó probada su cercanía, cariño y relación fraterna permanente a largo de toda la vida de este último, con quien señalaron compartían permanentemente.

Igual deducción de afectación cobija al demandante FABIO DE JESÚS MARTÍNEZ ZÚÑIGA, quien en su condición de amigo cercano del paciente, narró con claridad la manera cómo ocurrieron los hechos que rodean la demanda, la manera en la que él acompañó el doloroso proceso de la enfermedad del señor Triana Gutiérrez al final de su vida, la “odisea” que tuvieron que atravesar sus familiares cercanos para conseguir que se llevara a cabo la cirugía de mallas, así como la afectación que el fallecimiento de su amigo le generó, frente a quien valga la pena mencionar, indicó que consideraba “como su hijo”, que conocía desde la infancia y compartían momentos de esparcimiento, cultura; afecto mutuo, que por demás, se deriva de hecho de que haya sido el propio paciente quien al final de su vida le pidiera al citado demandante que lo acompañara en el hospital.

Bajo el mismo derrotero debe señalarse que se halla probado el daño a la vida de relación reclamado por todos los demandantes, y no solamente en favor de la progenitora del señor William Leonardo Triana Gutiérrez (q.e.p.d), pues la relación de afecto, compañía, amistad etc. que se vio truncada por el fallecimiento de su familiar y amigo, bajo las lamentables condiciones en las que se produjo, torna en inexpugnable la privación de lo que para cada uno de ellos implicaría seguir disfrutando de su presencia y el vacío que su falta les ha generado.

En consecuencia, los valores a reconocer se tasarán conforme se indicará a continuación, atendiendo en todo caso los precedentes jurisprudenciales existentes en la actualidad respecto los montos máximos a reconocer (doctrina probable), así como que, en todo caso, el abordaje médico del cáncer que desarrolló el paciente lleva implícita un grado de posibilidad de progresión. De ello dio cuenta la testigo técnica Catalina Acevedo Delgado, quien señaló que, con tiempo, las lesiones que sufren los pacientes diagnosticados con neurofibromatosis tienden a generar complicaciones médicas ya sea a través de la aparición de lesiones malignas o que, por su ubicación, éstos puedan llegar a comprometer el funcionamiento de otros órganos del cuerpo, o que, por su localización, su abordaje quirúrgico fuese difícil.

Bajo tal entendido se reconocerán las siguientes sumas de dinero a favor de los demandantes:

Para la señora MARÍA EDITH GUTIÉRREZ PAREJA, las sumas de: cuarenta millones de pesos (\$40.000.000) por concepto de perjuicio moral, y treinta millones de pesos (\$30.000.000) por concepto de daño a la vida de relación;

Para el señor JHONATAN TRIANA GUTIÉRREZ, las sumas de treinta millones de pesos (\$30.000.000) por concepto de perjuicio moral, y quince millones de pesos (\$15.000.000) por concepto de daño a la vida de relación;

Para la señora AMANDA GUTIÉRREZ PAREJA, las sumas de quince millones de pesos (\$15.000.000) por concepto de perjuicio moral, y cinco millones de pesos (\$5.000.000) por concepto de daño a la vida de relación;

Para la señora LIZETH RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, las sumas de: quince millones de pesos (\$15.000.000) por concepto de perjuicio moral, y cinco millones de pesos (\$5.000.000) por concepto de daño a la vida de relación; y

Para el señor FABIO DE JESÚS MARTÍNEZ ZÚÑIGA, las sumas de: diez millones de pesos (\$10.000.000) por concepto de perjuicio moral, y cinco millones de pesos (\$5.000.000) por concepto de daño a la vida de relación.

4.5.3 Finalmente, teniendo en cuenta que a pesar de que en la sentencia de primer grado se reconoció la indemnización del daño moral solicitado a favor de la demandante DAMARY GUTIÉRREZ PAREJA, tía del señor William Leonardo Triana Gutiérrez (q.e.p.d) en suma de diez millones de pesos (\$10.000.000), y que de la revisión que la Sala efectuare de las pruebas recaudadas no se encuentra material probatorio suficiente que permitan deducir su causación, además de no hallarse justificadas su inasistencia a la audiencia de inicial programada dentro del presente asunto, la Sala revocará la indemnización concedida a su favor.

Ello como quiera que la doctrina y la jurisprudencia han considerado necesario *“reservar este derecho a aquellas personas que, por sus estrechas vinculaciones de familia con la víctima”, “se hallan en situación que por lo regular permite presumir, con la certeza que requiere todo daño resarcible, la intensa aflicción que les causa la pérdida del cónyuge o de un pariente próximo”*⁷, y en tal sentido, al hallarse la citada demandante ubicada en el tercer grado de consanguinidad con la víctima, la acreditación de la aflicción que le causa la pérdida de su pariente requiere prueba idónea desde luego, no sólo de la real existencia de tales relaciones de afecto, sino además, de la causación del daño, la intensidad del dolor moral, afeción que le hecho lesivo le causó, entre otras, y ello aquí no ocurrió.

5. RESOLUCIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en Sala Civil de Decisión, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

⁷ 1 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 25 de noviembre de 1992 M.P. Carlos Esteban Jaramillo Scholss.

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR los numerales PRIMERO y CUARTO de la sentencia del 14 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Cali dentro del proceso de la referencia.

SEGUNDO. MODIFICAR los numerales SEGUNDO y TERCERO de la sentencia del 14 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Cali, los cuales para todos los efectos legales quedarán de la siguiente manera:

“SEGUNDO: DECLARAR civilmente responsable a la entidad demandada NUEVA EPS S.A. por los daños causados a los demandantes MARÍA EDITH GUTIÉRREZ PAREJA, JHONATAN TRIANA GUTIÉRREZ, AMANDA GUTIÉRREZ PAREJA, LIZETH RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ y FABIO DE JESÚS MARTÍNEZ ZÚÑIGA con ocasión del fallecimiento del señor WILLIAM LEONARDO TRIANA GUTIÉRREZ.

En virtud de la declaración anterior, ORDÉNESE a la entidad demandada NUEVA EPS S.A., que, dentro del término de diez (10) días contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, pague a favor de los demandantes los siguientes valores, por concepto de perjuicios inmateriales:

Para la señora MARÍA EDITH GUTIÉRREZ PAREJA, las sumas de: cuarenta millones de pesos (\$40.000.000) por concepto de perjuicio moral, y treinta millones de pesos (\$30.000.000) por concepto de daño a la vida de relación;

Para el señor JHONATAN TRIANA GUTIÉRREZ, las sumas de treinta millones de pesos (\$30.000.000) por concepto de perjuicio moral, y quince millones de pesos (\$15.000.000) por concepto de daño a la vida de relación;

Para la señora AMANDA GUTIÉRREZ PAREJA, las sumas de quince millones de pesos (\$15.000.000) por concepto de perjuicio moral, y cinco millones de pesos (\$5.000.000) por concepto de daño a la vida de relación;

Para la señora LIZETH RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, las sumas de: quince millones de pesos (\$15.000.000) por concepto de perjuicio moral, y cinco millones de pesos (\$5.000.000) por concepto de daño a la vida de relación; y

Para el señor FABIO DE JESÚS MARTÍNEZ ZÚÑIGA, las sumas de: diez millones de pesos (\$10.000.000) por concepto de perjuicio moral, y cinco millones de pesos (\$5.000.000) por concepto de daño a la vida de relación.

NIÉGUESE el reconocimiento de los perjuicios extrapatrimoniales reclamados a favor de la demandante DAMARY GUTIÉRREZ PAREJA, conforme lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. Vencido el término señalado en el numeral anterior, liquídense sobre las sumas de dinero mencionadas, intereses de mora a la tasa máxima legal permita”.

TERCERO. CONDENAR en costas procesales de segunda instancia a la parte demandada. Para tal efecto, el magistrado sustanciador fija la suma de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de agencias en derecho. Liquídense por secretaría del juzgado de origen conforme la regla prevista en el artículo 366 del C.G.P.

CUARTO. DEVOLVER el expediente al Juzgado Catorce Civil del Circuito de Cali para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El Magistrado Ponente,

JULIÁN ALBERTO VILLEGAS PEREA

Los demás Magistrados integrantes de la Sala,

FLAVIO EDUARDO CÓRDOBA FUERTES

JOSE DAVID CORREDOR ESPITIA

Firmado Por:

**Julian Alberto Villegas Perea
Magistrado
Sala Civil
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca**

**Flavio Eduardo Cordoba Fuertes
Magistrado
Sala 003 Civil
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca**

**Jose David Corredor Espitia
Magistrado
Sala 007 Civil
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca**

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

Código de verificación:
a07dc1afe47ed97172779ff2b207dfb7a2ddff77f381d0fdc83e45f2a77643d4
Documento generado en 17/11/2021 10:11:56 AM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**