

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA

Sala Civil Familia

Ponente: Jaime Londoño Salazar
Bogotá D.C., trece de diciembre de dos mil veintidós
Referencia. 91001-31-89-002-2020-00216-01
(Discutido y aprobado en sesión de 27 de octubre de 2022)

Se decide la apelación interpuesta contra la sentencia de 23 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado 2º Promiscuo del Circuito de Leticia, en el proceso *"civil de responsabilidad médica"* impetrado por Ana Milena, William, Julia Cueva Bardales, Nelson Leandro Narváez Bardales y el menor de edad ISNC contra La Nueva EPS.

ANTECEDENTES

1.- Se pidió declarar que la sede demandada es *"civilmente responsable... por los perjuicios ocasionados"* a los demandantes con motivo de la muerte de Nancy Bardales, acaecida el día 20 de enero de 2020 en la E.S.E. Hospital San Rafael de Leticia y, en consecuencia, se reconozca a cada convocante 150 smlmv por concepto de *"pérdida de oportunidad"*.

2. Las pretensiones se fundamentaron así:

Nancy Bardales era la progenitora de los actores Ana Milena, Julia, William y Nelson y abuela del niño ISNC; aquélla se encontraba afiliada a La Nueva EPS en el régimen subsidiado y padecía de un tumor de comportamiento incierto del hígado, de la vesícula biliar y del conducto biliar.

El 7 de enero de 2020 Nancy Bardales acudió a consulta externa, y fue remitida a urgencias de la ESE Hospital San Rafael de Leticia, lugar donde fue internada, cuyo médico cirujano en esa calenda ordenó su remisión para valoración y manejo urgente por especialidad de cirugía de III nivel y/o oncología, aclarando que podría viajar en aerolínea comercial con acompañante.

Por parte de los familiares de Nancy Bardales y los funcionarios de la E.S.E. Hospital San Rafael de Leticia, se realizan las gestiones necesarias para su traslado; sin embargo, no se obtuvieron respuestas favorables de La Nueva E.P.S y, por consiguiente, el 12 de enero de 2020, luego de una nueva valoración por el médico cirujano se reitera la orden de remisión para valoración y manejo por especialidad de cirugía de III nivel y/o oncología de carácter urgente, pero esta vez se aclara que ya el traslado se debe hacer en avión ambulancia medicalizada.

Ante la falta de repuesta de la E.P.S. la demandante Ana Milena el 14 de enero de 2020 interpuso una acción de tutela procurando el traslado de su señora madre, demanda de amparo (2020-00003-00) que correspondió al Juzgado 1 Promiscuo del Circuito de Leticia, autoridad que el 14 de enero de 2020 expidió una medida provisional disponiendo la remisión hospitalaria.

El 20 de enero de 2020 Nancy Bardales falleció debido al deterioro progresivo de su salud y producto de la no respuesta de la E.P.S. respecto de su remisión urgente.

Los gestores enmarcaron el caso en la responsabilidad civil que surge de los daños ocasionados a los usuarios del sistema de seguridad social en salud; respecto de la culpa dijeron emerge porque el ente accionado no contaba con una red robusta de prestadores de servicio de referencia y contra referencia que permitiera agilizar la aceptación de una clínica de mayor nivel de complejidad; en cuanto al daño conceptuaron que se ve reflejado en la angustia, sufrimiento físico y psicológico e incontables perjuicios morales ocasionados con el fallecimiento de su familiar; y en lo relativo a nexo de causalidad informaron que la entidad convocada tenía el deber de organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del servicio de salud de su

pariente y de contera lo daños sufridos con ocasión de la prestación del servicio les son imputables.

Sostuvieron que el reproche civil no radica en haber actuado mal sino en no actuar conforme al estándar de prudencia exigible, habiendo tenido la posibilidad de hacerlo y, además, dijeron que la función que la ley asigna a las EPS las convierte en guardianas de la atención que prestan a sus clientes, toda vez que las normas del sistema de seguridad social les imponen ese deber de prestación del servicio.

Y mencionaron extractos de la sentencia SC13925-2016 para explicar los pormenores de la responsabilidad civil extracontractual, como también dijeron que el deceso de su pariente les produjo profunda angustia, sufrimiento físico, psicológico, dolor, aflicción y desasosiego, fallecimiento que también ocasionó la posterior muerte *“por depresión”* de la señora madre de la víctima, a saber, Ángela Bardales Hidalgo.

2.- De forma personal se intimó La Nueva EPS, sede que propuso las excepciones denominadas inexistencia de nexo adecuado de causalidad por hechos propios de las víctimas, inexistencia de nexo de causalidad entre daño alegado y la conducta, ausencia de factor de imputación respecto al daño alegado, inexistencia de hecho ilícito, cumplimiento de las obligaciones legales de Nueva EPS, inexistencia de daño indemnizable, cobro de lo no debido y enriquecimiento sin causa.

Fundamentó su oposición detallando, en síntesis, que no existió negligencia ya que, *“si bien el Hospital San Rafael de Leticia había dispuesto la remisión de Nancy Bardales, lo cierto es que esa orden no es suficiente, pues se requiera de una IPS que aceptara recibir a la paciente, y ello depende de la disponibilidad de camas en el servicio solicitado”*; precisó que cumplió con sus obligaciones contractuales porque, según la bitácora del proceso de referencia y contra referencia, diariamente consultó a las IPS

que cuentan con servicio de cirugía de tercer nivel y servicio de oncología, esto es: con el Hospital San Ignacio de Bogotá, Centro de Investigaciones Oncológicas CIOSAD, Fundación Cardio Infantil – Instituto de Cardiología, la Corporación Juan Ciudad, el Instituto Nacional de Cancerología y la Clínica San Rafael.

Y dijo que no negó el acceso al servicio de salud, pues emitió las autorizaciones necesarias para la atención de la paciente, según se comprueba con el certificado de la dirección de acceso de servicios de salud emitido por el médico Yasser Farouth Camacho Mejía, en donde se evidencia que las solicitudes radicadas fueron autorizadas y no existió negativa ni demoras injustificadas para la remisión de la usuaria.

3.- *Sentencia.* El fallador declaró *“patrimonial y extracontractualmente responsable”* al ente demandado *“por la pérdida de oportunidad de sobrevida padecida por la señora Nancy Bardales”* y, por consiguiente, le ordenó pagar a cada uno de los demandantes Ana Milena, Julia, William y Nelson: 50 smlmv y al niño ISNC: 25 smlmv, esto, como indemnización de perjuicios por la pérdida de oportunidad, menoscabos que asimismo tildó como morales, -no se impuso condena en costas-.

Ello con fundamento en que desde el ingreso de la víctima al hospital de Leticia el 7 de enero de 2020, los médicos dispusieron la necesidad de remisión y el tratamiento por parte de un especialista que no estaba dentro de los servicios habilitados en el centro asistencial, lo que da cuenta de la existencia de un actuar diligente, pues de las anotaciones en la historia clínica se desprende que el diagnóstico médico fue oportuno, panorama que, advirtió, permite deducir que la pariente de los demandantes falleció con ocasión de que la eps demandada no la trasladó a un

hospital un nivel superior, omisión que también le impidió prolongar su vida por un espacio temporal incierto.

Y respecto del daño conceptuó que la muerte de Nancy Bardales produjo un daño irreparable moral a los postuladores del debate, pues ese obrar les ocasionó angustia, aflicción y desasosiego que debe ser indemnizado en este sendero.

4.- *Apelación.* La EPS anduvo inconforme y de contera, en términos genéricos, conceptuó que no se encuentra estructurado ningún tipo de responsabilidad, que el deterioro denunciado no fue patentizado y que certificó con creces que cumplió con sus obligaciones contractuales, de ahí que no se le puede endilgar negligencia.

Manifestó que *"al momento de emitir la sentencia, el juez condena... señalando que Nueva EPS es responsable por la pérdida de oportunidad que sufrió la señora Nancy Bardales por no haber sido remitida a IPS que contara con servicio de oncología, lo que a todas luces transgrede... el derecho al debido proceso de Nueva EPS"*.

Agregó que existió *"indebida calificación y análisis de los elementos de la responsabilidad - principalmente del nexo de causalidad como elemento de la responsabilidad-... en el caso que nos ocupa, no se encuentra probado el provecho que anhelaba el afectado, pues fue clara la conclusión del dictamen pericial al señalar que la paciente tenía pocas probabilidades de sobrevivir pues "como se anota en la literatura aportada, el diagnóstico de la patología oncológica adenocarcinoma hepático moderadamente diferenciado suele ser tardío por su curso clínico silencioso, lo cual*

incide en el resultado de sobre vida” además, de ser evidente que la paciente tenía una patología tumoral metastásica que fue descrita en el dictamen pericial y en la historia clínica, y sobre la cual el perito concluye que “la presencia de metástasis es un factor que incide en la sobrevida de los enfermos, y el caso en particular, no puede afirmarse que la señora sobreviviera aún con el manejo en un hospital de mayor nivel de complejidad”.

Y en definitiva pidió que se revoque el veredicto porque no convergen *“los elementos estructurales de la responsabilidad civil, y encontrarse probadas las excepciones de mérito formuladas”.*

5. *Sustentación.* Versó en los argumentos descritos.

CONSIDERACIONES

La responsabilidad civil extracontractual empleada en la primera fase es la adecuada para verificar la problemática que circunda sobre la muerte de la familiar de los postuladores, en consideración a que la jurisprudencia enseña que *“la responsabilidad en la que pueden incurrir las Entidades Promotoras de Salud (EPS) respecto de terceros perjudicados por los daños al afiliado o usuario con ocasión de la prestación de los servicios médicos del plan obligatorio de salud, es extracontractual”,* (art. 2344, Código Civil; cas. civ. sentencias de 30 de enero de 2001, exp. 5507, septiembre 11 de 2002, exp. 6430; 18 de mayo de 2005, SC-084-2005], exp. 14415).

Y claro es que el sentenciador condenó a la eps con fundamento en que la muerte de la familiar de los gestores, fue producto de que esa sede no la trasladó a una clínica que contara

con la especialidad de oncología, aserto que esa institución confrontó -en lo primordial- con cimiento en que no existen insumos que certifiquen que el cumplimiento de ese traslado hospitalario hubiese salvado o prolongado la vida de aquélla, quien falleció el 20 de enero de 2020 en el Hospital San Rafael de Leticia con diagnóstico de tumor de comportamiento incierto del hígado de la vesícula biliar.

En esas condiciones, la condena encuentra estribo en el daño por pérdida de oportunidad médica que, de acuerdo con el veredicto del juez, fue víctima la señora Bardales con ocasión de su no transferencia hospitalaria, explicación conferida muy a lugar en función de concretar si el ejercicio deductivo y demostrativo cumplido en la primera instancia fue el adecuado para mostrar ese tipo de daño.

La Sala de Casación Civil viene conceptuando que la pérdida de oportunidad -médica- no puede aparecer verificada *“por si sola como un daño develado de pruebas directas”*, en consideración a que en temáticas como la evaluada es casi improbable *“saber con certeza si la atención oportuna “habría propiciado un escenario más favorable para la paciente”, toda vez que tal hipótesis es imposible de comprobar en un caso único e irrepetible”*.

La Corte Suprema de Justicia concretó esa enfoque jurídico en la sentencia SC562-2020, a través de la cual anotó que *“la pérdida de las oportunidades de recuperación” no es un hecho susceptible de demostración mediante pruebas directas aducidas por las partes, sino un razonamiento probabilístico (indiciario) que forma parte de las cargas argumentativas que el juez tiene al momento de hacer su apreciación racional de las pruebas de*

conformidad con las reglas de la sana crítica, esto es en la sentencia; por lo que escapa a las posibilidades argumentativas de las partes en materia de pruebas”.

Alta Corporación que en ese veredicto, respecto al caso que estaba juzgando semejante al ponderado, infirió que *“jamás podrá saberse si la menor se habría recuperado o si habría obtenido mayores beneficios en su integridad física en caso de haber recibido un servicio de salud de calidad, pues no lo recibió. Pero ese no era el razonamiento que debía hacer el sentenciador, sino elaborar una inferencia indiciaria a partir de las reglas de la sana crítica que permiten reconocer la probabilidad de mejoramiento de la paciente que recibe un servicio de salud de calidad y la probabilidad de empeoramiento si recibe una deficiente atención médica. Ese razonamiento probabilístico estuvo ausente en las consideraciones de la sentencia del tribunal”.*

Y la sentencia impugnada equipó sus conclusiones en indicios que aparentemente apuntan a que la víctima se hubiese podido salvar o que su vida se hubiere prolongado, en el hipotético evento de que la eps hubiese dispuesto su traslado hospitalario, inferencia que evidentemente demandaba un esfuerzo argumentativo significativo comoquiera que la Sala de Casación Civil, dentro del fallo supra, anotó que *“si un diagnóstico y tratamiento médico oportuno incide en las posibilidades de recuperación de la salud, ello es una hipótesis o probabilidad que compete a las cargas argumentativas del juez cuando elabora sus inferencias indiciarias al momento de dictar la sentencia, pero no es un “hecho probatorio” susceptible de ser demostrado por las partes mediante pruebas directas”.*

De contera el planteamiento de la entidad apelante, según el cual no militan pistas que enseñen que la víctima se hubiese podido salvar o mejorar con su traslado, de suyo exige cotejar los elementos recopilados en la primera instancia, abordaje que se cumplirá de cara a los designios jurisprudenciales discurridos en precedencia.

De acuerdo con la historia clínica, la paciente el 7 de enero de 2020 fue internada en el Hospital San Rafael de Leticia, cuyos galenos anotaron que padecía de un tumor de comportamiento incierto del hígado de la vesícula biliar y, por consiguiente, sin explicaciones pormenorizadas dispusieron su remisión con destino a otro hospital en función de que se dispusiera *“cirugía de III nivel y/o oncología de carácter urgente”*.

El juicio de probabilidad lógica permite colegir que una persona diagnosticada con tumor de comportamiento incierto del hígado de la vesícula biliar tiene pocas probabilidades de recuperación, atendiendo a las graves secuelas de salud que presenta ese cuadro clínico, aserto al que se llega a partir de la historia clínica que devela que las complicaciones médicas de la usuaria advirtieron sobre metástasis en su organismo, documento respecto del cual se extrae que la *“paciente... de 59 años... ingresa a consulta externa con reporte histopatológico que muestra... de parénquima hepático adecarcinoma moderado diferenciado con áreas de necrosis, reacción desmoplásica **que favorece a la metástasis...** adicionalmente presenta estado asténico generalizada adinámico con ictericia”*.

Los efectos nefastos del tumor de la usuaria, de acuerdo con el registro clínico cumplido dos días después de su internamiento, apuntan a que resultaban insuperables, si se tiene

que ese reporte que data del 9 de enero de 2020 describe que su cuadro clínico se complicó sustancialmente -a tan solo 2 días después de su arribo a la clínica-, habida cuenta de que narra que aquélla empezó a presentar *“adicionalmente... sx isterico secundario severo con bilirrubina total”*.

Nótese además que la salud de la víctima a tan solo 3 días después de aquella reseña médica se agravó más, en tanto que sus facultativos, según informa la epicrisis de 12 de enero de 2020, modificaron el tipo transporte en que debía movilizarse para trasladarse al hospital de III nivel sugerido, si se tiene que de pasar a un vuelo comercial sus galenos optaron por *“vuelo ambulancia medicalizada”*, quien además detallaron otro cambio importante en su salud, no por nada dejaron constancia de que aquélla *“refiere sentirse débil, refiere edema de miembros inferiores y no poder sostenerse para caminar”*.

De donde se sigue que el cuadro clínico de la víctima, desde su llegada al hospital de Leticia y hasta el 20 de enero de 2020 cuando se produjo su deceso, era reservado, conclusión que no es una opinión subjetiva basada en los dictados de la lógica, si se tiene que es el resultado de los conceptos que rindieron los médicos durante la internación y hasta el fallecimiento, no por nada esos profesionales primigeniamente detallaron riesgo de metástasis, luego relataron que aquélla presentó síntoma *“sx isterico secundario severo con bilirrubina total”* y con posterioridad, a escasos 5 días de su aislamiento hospitalario, detallaron que se sentía *“débil”* y que no podía *“sostenerse para caminar”*.

Por manera que es imposible imputar el deceso de la usuaria o la no prolongación de su vida a la eps demandada, en

consideración a que, de acuerdo con los indicios examinados y pruebas recopiladas, se puede llegar al razonamiento concerniente a que su enfermedad era catastrófica y que, a la luz de la ciencia, resultaba insuperable, situación que permite acometer un enjuiciamiento contundente para la solución de la contienda, según el cual el traslado hospitalario no cumplido en nada hubiese aportado para detener o mitigar el desenlace final que desencadenó la sintomatología médica de la víctima.

Esa deducción asimismo puede obtenerse de cara al espacio temporal reducido que estuvo la paciente internada en el hospital de Leticia, si se tiene que ingresó a ese centro clínico el 7 de enero de 2020 y que falleció 13 días después, a saber, el 20 de enero de esa anualidad, lo que de suyo denota la gravedad de su cuadro clínico y la poca probabilidad de recuperarse, no por nada murió en tan poco tiempo.

Lo dicho también encuentra fundamento en el informe pericial que medicinal legal rindió -por orden del enjuiciador-, si se tiene que esa entidad, con acopio en un estudio pormenorizado de la instrumentación clínica de la víctima, dedujo que *"durante su hospitalización... presentó un progresivo deterioro del estado de salud... los exámenes complementarios demostraron un aumento de la bilirrubina total... disminución de hemoglobina... se interpretó que estos paraclínicos revelaban un síndrome para neoplásico asociado injuria renal pre renal"*, oficina que asimismo refirió que la dolencia cancerígena detectada resultaba incontrolable por sus efectos silenciosos, no por nada apuntaló como conclusión que *"la patología oncológica adenocarcinoma hepático... suele ser tardío por su curso clínico silencioso, lo cual incide en el resultado de sobrevida"* y, además, dijo que la metástasis que presentó la paciente en su internamiento clínico

fue un factor que redujo su posibilidad de vida, respecto de lo cual afirmó que *“la presencia de metástasis es un factor que incide en la sobrevida de los enfermos”*.

En esas condiciones, el razonamiento indiciario y demostrativo que edificó la sentencia apelada luce equivocado y de contera ese fallo carece de un análisis que se ajuste a los designios jurisprudenciales que gobierna el daño por pérdida de oportunidad en materia de salud, habida cuenta de que el material suasorio no apunta que el traslado hospitalario de marras hubiese podido salvar o prolongar la vida de la víctima, respecto de lo cual las actuaciones no demuestran lo contrario, situación que impone juzgar la lid de manera diferente, eso sí, sin necesidad de evaluar los demás puntos de confrontación comoquiera que no se certificó que las maniobras que concernía a la eps hubiesen generado un desenlace diferente a la salud de la usuaria, lo que devela inexistencia de culpa y ello inevitablemente conduce a denegar la declaración de responsabilidad pretendida, dada su condición estructural y, por otro lado, es apenas obvio que si no hay culpa, ninguna relación de causalidad puede surgir con respecto al daño cuya indemnización se persigue.

Lo analizado conlleva a revocar el fallo sin condena en costa, en ninguna de las instancias, por no aparecer causadas.

RESUELVE

Por lo expuesto, la Sala de Decisión Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve **revocar** la sentencia apelada y, en

su lugar, se declaran probadas las excepciones y se deniegan las pretensiones promovidas.

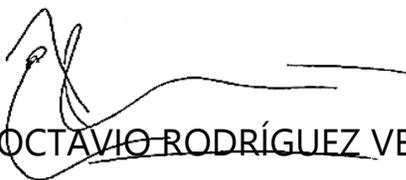
Sin condena en costas, en ninguna de las instancias.

Notifíquese,

Los magistrados,



JAIME LONDOÑO SALAZAR



GERMÁN OCTAVIO RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ



ORLANDO TELLO HERNÁNDEZ