

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado Ponente

SENTENCIA CIVIL.

Veintisiete (27) de septiembre de 2023

Aprobado mediante acta N° 0122 del 27 de septiembre de 2023

RAD: 20-001-31-03-005-2011-00591-01. Proceso Declarativo de Responsabilidad Civil Médica Extracontractual promovido por LUIS ROBERTO VARGAS CARO Y OTROS en contra de SALUDCOOP E.P.S. EN LIQUIDACIÓN.

1. OBJETO DE LA SALA.

De conformidad con la Ley 2213 del 13 de junio 2022 por medio de la cual se adopta como legislación permanente el Decreto 806 de 2020, la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Valledupar, Cesar, integrada por los Magistrados **HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**, **JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ**, y **JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH**, quien preside como ponente, a decidir el recurso de apelación instaurado por ambas partes en contra de la sentencia proferida el día 29 de mayo de 2015, por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Descongestión de Valledupar, Cesar.

2. ANTECEDENTES.

2.1. DEMANDA Y CONTESTACIÓN.

2.1.1. HECHOS.

2.1.1.1. Que la extinta ROSIRIS DE LA CRUZ ROJAS estuvo afiliada a la EPS SALUDCOOP EN LIQUIDACIÓN (**en adelante SALUDCOOP E.P.S.**) desde el día 25 de septiembre de 2001, como empleada de COOARROZ – COOPERATIVA DE

ARROCEROS DEL DEPARTAMENTO DEL CESAR, a la cual estuvo vinculada mediante contrato de trabajo a término fijo desde el día 11 de septiembre del año 2000, desempeñando el cargo de secretaria auxiliar contable.

2.1.1.2. Hace saber que, luego, desde el 11 de septiembre de 2001 laboró en la misma empresa como asistente administrativa vinculada mediante contrato de trabajo a término indefinido, el cual finalizó el día 31 de diciembre de 2006, por lo que quien fue su empleadora, una vez fenecido el contrato laboral, reportó su retiro en SALUDCOOP E.P.S., no obstante, se mantuvo afiliada en esta como cotizante independiente hasta el día de su muerte, el 13 de diciembre de 2008.

2.1.1.3. Manifiesta que por complicaciones en el estado de salud de la señora DE LA CRUZ ROJAS a causa del diagnóstico médico por *“MELANOMA MALIGNO INFILTRANTE DE EXTENSIÓN SUPERFICIAL NIVEL III DE CLARK”* de fecha 23 de agosto de 2004, luego requirió del procedimiento de *“resección de lecho Qx antiguo de melanoma”* por presentar una protuberancia o nódulo en la región del glúteo izquierdo, servicio que como afiliada de SALUDCOOP E.P.S. esta le programara para el día 22 de septiembre de 2004 en la CLÍNICA VALLEDUPAR LTDA.

2.1.1.4. Sostiene que desde el mes de febrero de 2005, la señora ROSIRIS DE LA CRUZ ROJAS no pudo seguir asistiendo a controles por oncología toda vez que SALUDCOOP E.P.S. le suspendió los servicios de citas médicas a causa de que su empleadora COOARROZ se encontraba en mora con el pago de los aportes al sistema de seguridad social en salud.

2.1.1.5. Frente a la anterior situación, pone de presente que remitió a SALUDCOOP E.P.S. copia de las planillas de pago de los meses transcurridos entre enero y diciembre de 2005 a fin de verificar los pagos y procurar los servicios médicos – *tal como dice* – para los afiliados y beneficiarios de la empresa COOARROZ, esto, en tres oportunidades, a saber, el 4 de mayo de 2006, 22 de agosto y 11 de octubre del mismo año.

2.1.1.6. Esgrime que la señora DE LA CRUZ ROJAS fue hospitalizada el día 24 de noviembre de 2007 en la CLÍNICA VALLEDUPAR LTDA como cotizante de SALUDCOOP E.P.S. por un cuadro clínico de 20 de días de evolución por presentar dolor en hemotórax según la historia clínica, siendo con posterioridad, el día 28 de noviembre de 2007, dada de alta.

2.1.1.7. Afirma que por un diagnóstico de *“enfermedad ósea metastásica en esternón y cráneo”* le fue ordenada por la SOCIEDAD DE ONCOLOGÍA Y

HERMATOLOGÍA DEL CESAR LTDA una poliquimioterapia a partir del 10 de diciembre de 2007 y radioterapia.

2.1.1.8. Indica que, tras otros episodios de complicado estado de salud, el día 12 de diciembre de 2008 ingresa al servicio de urgencias de la CLÍNICA VALLEDUPAR LTDA por *“convulsión vómito-clónico generalizado y broncoaspiración”*, por lo que, atendida y remitida a UCI (Unidad de Cuidados Intensivos), presenta un shock refractario no modulado que conlleva a un nuevo paro cardíaco, falleciendo el día 13 de diciembre de 2008 por su estado crítico.

2.1.1.9. Finalmente, se agrega que la finada ROSIRIS DE LA CRUZ ROJAS contrajo matrimonio católico con el demandante LUIS ROBERTO VARGAS CARO, del cual nacieron los por entonces menores FABIAN MATEO Y ADRIAN MATÍAS VARGAS DE LA CRUZ; todos ellos, al igual que la madre y padre de la finada, así como sus hermanos y otros menores de edad – *según dice* – sufrieron una gran tristeza por lo ocurrido, al punto que por ello se vio alterada la armonía en las relaciones dentro del entorno familiar.

2.1.2. PRETENSIONES.

2.1.2.1. Declarar que la finada ROSIRIS DE LA CRUZ ROJAS fue afiliada de SALUDCOOP E.P.S. en el sistema de seguridad social como cotizante en el régimen contributivo desde el 25 de septiembre de 2001 hasta el 13 de diciembre de 2008.

2.1.2.2. Subsidiariamente, se declare que fue afiliada de SALUDCOOP E.P.S. desde el 25 de septiembre de 2001 hasta febrero de 2007, y, después, entre noviembre de 2007 y el 13 de diciembre de 2008.

2.1.2.3. Perjuicios materiales en favor de los demandantes por cuantía de \$387.321.556

2.1.2.4. Perjuicios morales en favor de los demandantes por cuantía de 1.000 SMLMV.

2.1.2.5. Daño a la vida en relación en favor de los demandantes por cuantía de 1.000 SMLMV.

2.1.2.6. Costas a cargo de la demandada.

2.1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas por la parte actora.

En cuanto a los hechos, se manifestó, en resumen, de la siguiente manera:

Tuvo como ciertos los hechos relativos a la afiliación de la señora DE LA CRUZ ROJAS a SALUDCOOP E.P.S., primero como dependiente de COOARROZ entre el 25 de septiembre de 2001 hasta febrero de 2007 y luego como trabajadora independiente entre el 1° de noviembre de 2007 y el 13 de diciembre de 2008, día de su fallecimiento.

Asimismo, señaló como cierta la atención que la finada recibió por parte de la SOCIEDAD DE ONCOLOGÍA Y HEMATOLOGÍA DEL CESAR LTDA según documento del 14 de octubre de 2008, como también lo referido a las comunicaciones remitidas en su momento por la finada al coordinador de cartera sobre su inconformidad por no poder acceder a los servicios médicos asistenciales de asignación de citas, no obstante, precisa que a las mismas se les dio el trámite administrativo de rigor y mencionó que para ese momento – *agosto de 2006* – no existía ningún tipo de suspensión de los servicios de salud, pues para el día 6 de enero de 2006 se registró atención y valoración en las instalaciones de la CLÍNICA VALLEDUPAR LTDA.

En la misma senda, rotula de ciertos los hechos referidos a el servicio de urgencias prestado a la señora DE LA CRUZ ROJAS como cotizante de SALUDCOOP E.P.S. el día 24 de noviembre de 2007 y la alta dada el día 28 de noviembre del mismo año, la atención brindada por la SOCIEDAD DE ONCOLOGÍA Y HEMATOLOGÍA DEL CESAR LTDA el 4 de diciembre de 2007, el ingreso a urgencias de la CLÍNICA VALLEDUAPR LTDA el 7 de diciembre de 2007, el ingreso al *“protocolo de onicet”* por la SOHEC entre diciembre de 2007 y junio de 2008, el último ingreso a urgencias de la CLÍNICA VALLEDUAPAR LTDA el día 12 de diciembre de 2008, el acaecimiento de la muerte de la señora ROSIRIS DE LA CRUZ ROJAS el día 13 de diciembre de 2008, y la filiación de los menores hijos de esta y la calidad de cónyuge superviviente del señor LUIS ROBERTO VARGAS CARO, esto último, de la manera en que consta en los registros civiles allegados con la demanda.

Señala que no le consta lo referente a las labores desempeñadas por la finada con posterioridad a su retiro de COOARROZ, como tampoco la afectación emocional que le produjo a los demandantes la muerte de la señora DE LA CRUZ ROJAS.

Lo que atañe a la afirmación del extremo actor en cuanto a la extinta DE LA CRUZ ROJAS le fue suspendido el servicio de citas médicas por SALUDCOOP E.P.S. por razones de, supuestamente, no haber efectuado su empleador COOARROZ los pagos al sistema general de seguridad social en salud, contestó que no es cierto toda vez que la historia clínica de la paciente da cuenta de la prestación de servicios los días 1° de febrero de 2005 y 6 de enero de 2006, esto, aunado a que los pagos evidenciados en las planillas allegadas por la parte demandante no fueron

realizados de manera oportuna, y agrega que no existe solicitud de la interesada dirigida al comité técnico científico de SALUDCOOP E.P.S.

Propuso las excepciones de fondo denominadas *“El hecho de un tercer como eximente de la responsabilidad que se le imputa a la E.P.S. SALUDCOOP”, “Cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de SALUDCOOP E.P.S. respecto de la usuaria fallecida”, “Inimputabilidad de las presuntas consecuencias del acto médico de hospitalización y seguimiento clínico de la paciente”, “Inexistencia de causalidad”, “Improcedencia de imputación del deceso de la paciente ROSIRIS DE LA CRUZ ROJAS (QEPD) a la E.P.S. SALUDCOOP”, “Falta de causalidad médico legal entre el deceso de ROSIRIS DE LA CRUZ ROJAS (QEPD) y los actos dispuestos por SALUDCOOP E.P.S.”, “Falta de participación en el acto médico – quirúrgico de la E.P.S. SALUDCOOP”, “Discrecionalidad científica del prestador de servicios de salud que no responsabiliza a la E.P.S. SALUDCOOP por el deceso de la usuaria ROSIRIS DE LA CRUZ ROJAS (QEPD)”*, y finalmente la denominada *“Excepción genérica”*.

2.2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Mediante proveído de fecha 29 de mayo de 2015 se resolvió la *litis* decidiéndose acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda declarando civilmente responsable a la demandada SALUDCOOP E.P.S. por el fallecimiento de la señora ROSIRIS DE LA CRUZ ROJAS e imponiéndosele el pago de perjuicios por cuantía de \$508.178.440 más intereses, no obstante, no se accedió al ruego por concepto de perjuicios materiales y a la vida en relación.

Para llegar a tal decisión, el *a quo* fijó como problemas jurídicos los siguientes:

¿Se demostró en el proceso la existencia del daño?

¿Se encuentra demostrado que existe relación causal entre el daño sufrido y la causa efectiva del mismo?

¿Se demostró en el proceso que los demandantes actuaron con culpa?

En cuanto a la existencia del daño, consideró que quedó demostrado con base en las pruebas documentales obrantes en el proceso, no siendo este otro que la negativa y demora en la prestación del servicio de salud por parte de SALUDCOOP E.P.S. a la finada ROSIRIS DE LA CRUZ ROJAS, pues a estimación del despacho, no se le brindó una atención médica inmediata y eficiente de acuerdo con las patologías que presentaba, circunstancia que conllevó al deterioro de su salud que tuvo como consecuencia la muerte, lo que generó dolor, congojo, y tristeza a sus familiares.

Sobre la demostración del nexo causal, elucubró que en materia de responsabilidad médica la carga probatoria está en carga de la parte actora, quienes propendieron

por demostrar que la negativa por la mora en los aportes al sistema y la negligencia en la prestación de los servicios médicos por SALUDCOOP E.P.S. fue un factor que incidió en el deterioro de la enfermedad que padecía la señora DE LA CRUZ ROJAS.

Seguidamente, acotó que le correspondía a la demandada la carga de probar que la atención brindada a la finada fue inmediata y eficaz, y desvirtuar las afirmaciones y pretensiones expuestas por la parte demandante, no siendo ese el caso, pues según el juzgado de instancia el extremo pasivo de la *litis* no aportó pruebas tendientes a demostrar tales situaciones, y además de ello se allanó a algunas pruebas aportadas por los demandantes.

La primera instancia estimó probado el delicado estado de salud de la señora ROSIRIS DE LA CRUZ ROJAS mediante las historias clínicas aportadas al expediente, y consideró que la negativa constante en la prestación de los servicios médicos asistenciales y terapéuticos por parte de SALUDCOOP E.P.S. fue un detonante para que avanzara la enfermedad que padecía la señora DE LA CRUZ ROJAS, circunstancia que conllevó a la metástasis del cáncer que sufría.

Asimismo, encontró verificada la falta de controles y tratamientos médicos en favor de la extinta ROSIRIS DE LA CRUZ ROJAS durante los años 2005, 2006, y 2007.

Tuvo a bien mencionar que las EPS son las responsables de administrar el riesgo de salud de sus afiliados, además de organizar y garantizar la prestación de los servicios integrales del POS (Plan Obligatorio de Salud), teniendo estas, entre otras obligaciones, las de establecer procedimientos garantizadores de la atención de la calidad, atención integral, eficiente y oportuna a los usuarios de las IPS.

Acotó que la prestación de los servicios de salud garantizados por las EPS mediante las IPS no excluye su responsabilidad en caso de que la prestación de dicho servicio sea deficiente, irregular, inoportuna y lesiva de la calidad exigible y de la *lex artis*.

Puso de presente que por virtud del artículo 2344 del Código Civil, cuando se ocasiona el daño por varias personas o en cuya causación intervienen varios agentes la responsabilidad es solidaria.

Sostuvo que la parte actora desplegó una actividad probatoria encaminada a demostrar el nexo causal entre el hecho y el daño, es decir, ponderó que existe prueba que demuestra que debido a la negativa en la prestación del servicio médico asistencial a la finada DE LA CRUZ ROJAS, esto conllevó a que evolucionara de manera rápida la enfermedad que era maligna por ser un cáncer que posteriormente hizo metástasis, siendo negligente la entidad promotora de salud SALUDCOOP E.P.S. por no brindarle una atención médica eficaz, inmediata, sin dilaciones y de manera oportuna de acuerdo al delicado estado de la paciente.

Así las cosas, la parte actora cumplió con la carga probatoria para demostrar así el nexo de causalidad.

Para el *a quo*, la omisión y negación en la prestación del servicio de salud hace responsable a la EPS obligada legalmente a verificar su estricta observancia, pues expuso a la paciente ROSIRIS DE LA CRUZ ROJAS a riesgos injustificados por la negativa de los tratamientos y/o procedimientos médicos, pues en el caso que atañe, SALUDCOOP E.P.S. asume los riesgos y vulnera la relación jurídica, por lo que existe relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño.

3. RECURSO DE APELACIÓN.

3.1. De la parte demandada SALUDCOOP E.P.S.

Inconforme con la decisión de instancia, la parte demandada interpuso recurso de apelación aduciendo, en resumen, lo siguiente:

- ✓ Que el despacho incurrió en un defecto fáctico por indebida valoración probatoria, pues según dice, en las planillas aportadas por la parte demandante se acredita que la finada ROSIRIS DE LA CRUZ ROJAS se encontraba en mora por el pago de aportes a la seguridad social en salud para los meses de enero, abril, mayo, junio, julio agosto septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2005, asimismo, para los meses de enero a septiembre de 2006 y enero de 2007.
- ✓ Lo anterior, toda vez que realizaba el pago de las cotizaciones dentro del mes siguiente al periodo de cotización, por tanto, nunca estuvo al día y se justificaba la suspensión del servicio.
- ✓ También censura la valoración probatoria dada a la historia clínica obrante en el proceso toda vez que según la misma el día 23 de agosto de 2004 le fue descubierto a la señora DE LA CRUZ ROJAS un “*melanoma maligno de extensión superficial nivel III Clark*”, siendo el estudio III un cáncer de estado avanzado y que no tiene las mismas posibilidades de sobrevivencia que un cáncer encontrado en el primer estadio, considerando que el cáncer tiene únicamente 4 estadios.
- ✓ En la misma senda de lo anterior, se duele de la valoración probatoria a la historia clínica en tanto, conforme comenta, la afiliada se encontraba en un estadio avanzado de cáncer, pues de la gammagrafía practicada el 4 de diciembre de 2007 se reportó metástasis ósea en esternón y cráneo, lo cual – *en su decir* – no es imprevisible considerando el estadio III del cáncer de la finada y que, por demás, fue descubierto en el año 2003 sin que hubiese reaccionado favorablemente a los procedimientos quirúrgicos y tratamientos de quimioterapia y radioterapia.

- ✓ Menciona que estando asociada la causa de muerte de la señora DE LA CRUZ ROJAS a la metástasis del cáncer que padecía, no existe nexo causal del daño con la conducta administrativa de SALUDCOOP E.P.S. ya que la prenombrada falleció producto de su patología de base, patología de rápido avance que fue encontrada en un estadio bastante avanzado, teniendo una evolución tórpida no obstante el tratamiento brindado, viéndose acreditada la causal eximente de responsabilidad de caso fortuito – fuerza mayor.
- ✓ Sostiene que no existe prueba que determine que la inasistencia al servicio de salud en los años 2005 y 2006 fue lo que causó el fallecimiento de la afiliada o la metástasis del cáncer que padecía, como tampoco hay prueba de la que se pueda concluir que de haber recibido tratamiento en los años 2005 y 2006 el cáncer no habría hecho metástasis – *y por ello advierte* – pues son suposiciones que no tienen fundamento científico ni probatorio.
- ✓ Esgrime que, inclusive, de haber prueba de aquello, no se demuestra la culpa de SALUDCOOP E.P.S. como quiera que actuara en derecho y atendiendo al estado de mora de la señora DE LA CRUZ ROJAS en el pago de sus aportes al sistema de seguridad social en salud.
- ✓ Agrega que la historia clínica desvirtúa que la afiliada estuviera desprovista del servicio de salud o se le hubiera negado injustificadamente para los años 2005 y 2006.
- ✓ Aunado a lo anterior, señala que el juzgado de primera instancia incurrió en defecto sustantivo al no aplicar los artículos 22, 23 y 209 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 806 de 1998 en tanto la señora DE LA CRUZ ROJAS no se encontraba al día con el pago de los aportes a la seguridad social en salud, por lo que la suspensión de los servicios de salud a la antes referida estaba justificada.
- ✓ Finalmente, y con base en lo expuesto, solicita que se revoque la sentencia de primer grado.

3.2. De la parte demandante LUIS ROBERTO VARGAS CARO Y OTROS.

Por su parte, el extremo demandante expuso, en síntesis, los siguientes reparos:

- ✓ Frente a la no concesión al demandante la indemnización futura o anticipada, como estimación previa, señala que la tabla de supervivencia aplicable no fue la que tomó el juzgado de primera instancia (resolución No. 0110 del 22 de enero de 2010), sino la resolución No. 1555 del 30 de julio de 2010, según la cual, y en referencia a la extinta DE LA CRUZ ROJAS, “(...) *la supervivencia no sería de 51,9 años, que adoptó el juzgado, sino la de 53,4 años (...)*”.

✓ Seguidamente manifiesta que “(...) *En la página 21 de la sentencia se establece que el lapso de supervivencia probable de LUIS ROBERTO VARGAS es inferior al de la fallecida, ROSIRIS DE LA CRUZ ROJAS, quien según las tablas de mortalidad tenía un tiempo probable de vida de 51,9 años, pero no se efectuó el cálculo de la indemnización futura en favor de LUIS ROBERTO VARGAS CARO (...).*”.

✓ En relación con la indemnización del daño a la vida en relación, señaló que “(...) *según la jurisprudencia y la doctrina, estos se presumen en el entorno familiar más cercano. Esta presunción aplica para todos los demandantes comoquiera que, justamente, constituyen el entorno familiar más cercano de la víctima, la fallecida ROSIRIS DE LA CRUZ. No obstante, en este sentido, se abundó con la prueba y, al efecto, se recepcionaron los testimonios de ERIKA DEL CARMEN RODRIGUEZ DE LA CRUZ, JOSE LUIS RINCONES ZAMBRANO (...).*”.

4. ALEGATOS.

Mediante auto de fecha 17 de septiembre de 2015 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, teniéndose únicamente en término los esgrimidos por el extremo demandado, quien se pronunció aduciendo, en resumen, lo siguiente:

Que por parte del juzgador de primer grado hubo una apreciación parcial del acervo probatorio y lejana del principio de la sana crítica, lo cual dio lugar a que prosperaran las pretensiones de la parte demandante sin que hubiese sustento probatorio para endilgar a SALUDCOOP E.P.S. responsabilidad civil alguna.

5. CONSIDERACIONES.

Encontrándose reunidos los presupuestos para resolver de fondo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, esta corporación es competente para conocer de la misma, que se restringe al marco trazado por la censura de que trata el canon 305 del Código de Procedimiento Civil (principio de consonancia).

Es de precisar, con relación al estatuto procesal antes mencionado, que el recurso de apelación que convoca a esta sala fue interpuesto en vigencia de aquel, por lo que conforme artículo 625 del Código General del Proceso, numeral 5°, debe darse al mismo, en su resolución, aplicación a las disposiciones adjetivas que regían al momento de ser incoado.

5.1. COMPETENCIA.

Atendiendo lo preceptuado por literal a del numeral 1° del Art. 26 numeral 5 del Código de Procedimiento Civil, este Tribunal es competente para abordar el asunto de la referencia.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Incumbe desatar el siguiente problema jurídico:

¿Se verifica la existencia del hecho culposo por parte de SALUDCOOP E.P.S. y el nexo causal entre este y el acaecimiento de la muerte de la señora ROSIRIS DE LA CRUZ ROJAS?

De ser negativa la respuesta al interrogante planteado, será del caso resolver como problema jurídico subsidiario:

¿Debe accederse a las indemnizaciones por lucro cesante futuro y daño a la vida en relación deprecadas por el extremo demandante?

5.3. FUNDAMENTO NORMATIVO.

5.3.1. Del Código Civil.

Artículo 2341: “(...) 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 (...)”

Artículo 2342: “(...) Puede pedir esta indemnización no sólo el que es dueño o poseedor de la cosa sobre la cual ha recaído el daño o su heredero, sino el usufructuario, el habitador, o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo, habitación o uso. Puede también pedirla, en otros casos, el que tiene la cosa, con obligación de responder de ella; pero sólo en ausencia del dueño (...)”

5.3.2. Del Código de Procedimiento Civil.

Artículo 177: “(...) Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba (...)”

5.4. FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL.

5.4.1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL.

5.4.1.1. Sobre los aspectos generales de la responsabilidad civil médica.

SC3253-2021. Radicación No. 08001-31-03-010-2010-00067-01 del cuatro (4) de agosto de 2021. M.P. Dr. ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO.

“(...) Tradicionalmente la jurisprudencia ha comprendido que en el ámbito de la actividad médica, el régimen que gobierna la responsabilidad del profesional sanitario y de las instituciones que prestan sus servicios a los pacientes es el de la culpa probada, con lo cual, en línea de principio, corresponde al paciente o a quien demande por la atención que se le brindó o por una mala praxis médica, demostrar la culpa de quienes participaron en el acto médico o de las personas que con su actuar negligente, descuidado o imperito causaron un daño.

Por lo mismo, la prosperidad de una acción resarcitoria de dicho linaje debe partir de la base de acreditar la concurrencia de un perjuicio, de una culpa y del nexo causal entre los dos anteriores, pues, no podría ser de otra forma, por ejemplo, estableciéndose regímenes de responsabilidad "estricta" u objetiva que hagan abstracción de la culpa como criterio de atribución, porque ya lo ha

dicho esta Corporación, "los profesionales de la medicina se comprometen a desarrollar su actividad con la prudencia y diligencia debidas, haciendo el mejor uso de sus conocimientos y habilidades para brindar a sus pacientes una atención encaminada a emitir un correcto y oportuno diagnóstico de las patologías que los afecten, así como a la prescripción del tratamiento adecuado [...] de allí no se deriva una obligación de resultado en cuanto a la recuperación de la salud, sino de medios, para procurar la satisfacción de ese objetivo" (...).
(NEGRILLA FUERA DEL TEXTO ORIGINAL).

5.5. CASO CONCRETO.

Acontece que el señor LUIS ROBERTO VARGAS CARO a nombre propio y en representación de los menores F.M.V.D.C. y A.M.V.D.C.; el señor MARIANO DE LA CRUZ FLORIAN a nombre propio y en representación de los menores Y.M.D.C.A. y Y.D.C.A.; la señora MARÍA DERLYS ROJAS MURILLO, YOMAR JOSÉ DE LA CRUZ ROJAS, EDILMER DE LA CRUZ ROJAS y MILIADIS DE LA CRUZ ROJAS demandan en acción ordinaria de responsabilidad civil extracontractual a SALUDCOOP E.P.S. a efectos de que se declare civil y extracontractualmente responsable a esta última y se le condene al pago de las indemnizaciones referidas en el acápite No. 2.1.2 de este proveído por cuenta de la no prestación de servicios médicos y asistenciales a la extinta ROSIRIS DE LA CRUZ ROJAS durante los años 2005 a 2007, circunstancia que en el sentir de los demandantes fue injustificada como quiera que esta se encontraba al día con el pago de sus aportes al sistema de seguridad social en salud.

No prestación de servicios médicos y asistenciales que fue el detonante para el acaecimiento de su muerte el día 13 de diciembre de 2008 por la enfermedad de cáncer que le aquejaba según comenta el extremo demandante.

Frente a lo anterior, la demandada SALUDCOOP E.P.S. se opuso a las pretensiones aduciendo que la señora DE LA CRUZ ROJAS no estaba al día con el pago de sus cotizaciones a la seguridad social en salud, además de la inexistencia de causalidad entre el fallecimiento de la prenombrada y el actuar de la E.P.S.

Así las cosas, el *a quo* accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda como se dijo en el acápite No. 2.2 de esta sentencia, entre otras, declarando civilmente responsable a SALUDCOOP E.P.S. por la muerte de la señora DE LA CRUZ ROJAS y poniendo a su cargo la correspondiente obligación indemnizatoria en favor de los demandantes.

Remembrado lo anterior, se procederá a desatar la alzada.

5.5.1. *¿Se verifica la existencia del hecho culposo por parte de SALUDCOOP E.P.S. y el nexa causal entre este y el acaecimiento de la muerte de la señora ROSIRIS DE LA CRUZ ROJAS?*

Le inconforma al gestor SALUDCOOP E.P.S. que en sede de primer grado se le hubiese condenado civilmente responsable de la muerte de la señora DE LA CRUZ ROJAS como consecuencia por la no prestación, en favor de esta, de los servicios médicos y asistenciales que requería por la enfermedad de cáncer que padecía, pues arguye que no existe nexo de causalidad entre el fallecimiento de aquella y el actuar de la E.P.S., esto, dado que no existe prueba en el plenario de la que se extraiga dicho nexo causal como requisito indispensable de la responsabilidad civil.

Asimismo, señala que, en todo caso, no es censurable el actuar de SALUDCOOP E.P.S. toda vez que la señora DE LA CRUZ ROJAS había incumplido el contrato existente entre las partes por la afiliación de esta última a la entidad promotora de salud, ya que nunca estuvo al día en sus cotizaciones al sistema integral de seguridad social en salud.

En vista de lo dicho en la precedencia, es del caso esbozar inicialmente que la responsabilidad civil es una institución jurídica de naturaleza indemnizatoria que persigue el resarcimiento del daño ocasionado a una persona como consecuencia del hecho dañoso producido por la culpa o el dolo de otra, o por cosa de esta, o inclusive, por persona que estuviere a cargo de quien objetivamente tenía su cuidado, lo anterior, siempre que se demuestre el nexo de causalidad existente entre el daño y el actuar del agente.

Regla anterior propia de la responsabilidad civil extracontractual, pues no es menos cierto que en su modalidad contractual dicha obligación indemnizatoria requiere de la existencia de un vínculo jurídico contractual, de la inejecución, ejecución tardía o defectuosa de la obligación debida por alguno de los contratantes, asimismo, el daño sufrido por el contratante cumplido y el nexo de causalidad entre el incumplimiento obligacional y el perjuicio irrogado a quien lo padece.

Así pues, se tiene claridad de que la acción indemnizatoria que ocupa es la extracontractual, pues entre los demandantes no existió relación contractual alguna con SALUDCOOP E.P.S. de la que se desprendan los pedimentos planteados en el proceso que ocupa, pues son pretensiones encaminadas al resarcimiento de un daño que dicen haber sufrido estos como consecuencia del supuesto actuar omisivo de SALUDCOOP E.P.S. frente a la prestación de los servicios médicos y asistenciales que requería la por entonces afiliada ROSIRIS DE LA CRUZ ROJAS, situación de la cual – *según estima el extremo activo de la acción* – fue el detonante para el acaecimiento de su muerte.

Entonces, como quiera que esta instancia se restringe a los reparos del apelante interesado, téngase de presente que no fue objeto de alza el daño como elemento configurativo de la responsabilidad civil extracontractual, más si cuestionó el censor SALUDCOOP E.P.S. que se acreditara el hecho culposo, así como el nexo causal

entre la muerte de la señora DE LA CRUZ ROJAS y el actuar de la entidad promotora de salud.

Sobre el hecho culposo como elemento configurativo de la responsabilidad civil.

Como se anotó en líneas anteriores, la responsabilidad civil requiere de la existencia de un nexo de causalidad entre el daño padecido por quien propende la acción indemnizatoria y el hecho dañoso desplegado por el agente al cual se le imputa la responsabilidad. Ahora, el hecho en sí mismo considerado no es otra cosa que una acción o acontecimiento realizado por una persona, cosa, o, inclusive, se manifiesta mediante fenómenos de la naturaleza, y que como elemento configurativo de responsabilidad civil debe encontrarse acompañado de un comportamiento culposo o doloso del agente que lo ejecuta o que tenía a su cargo evitarlo.

Por ello, es menester precisar que la culpa, en resumidas cuentas, responde a la falta del deber objetivo de cuidado, es decir, la conducta es culposa cuando resulta imprudente, negligente o producto de la impericia de quien efectúa el proceder, sobre tal requisito de la responsabilidad civil la doctrina nacional ha dicho que consiste en *“(...) el error de conducta en que no habría incurrido una persona prudente y diligente colocada en las mismas circunstancias externas en que obró el autor del daño (...)”*¹, de lo que claramente se colige que sin el elemento culposo no puede existir la responsabilidad.

Considera la Sala que es del caso indicar que no se está frente a una situación en que el daño fue producto del supuesto mal proceder de un profesional médico, ya diagnosticando una enfermedad, en la atención o practica de algún procedimiento quirúrgico, entre otras, sino ante una situación en la que SALUDCOOP E.P.S. habría negado la prestación de servicios médicos de manera injustificada a una afiliada, por lo que no es de la ocasión evaluar la *lex artis ad hoc* estableciendo un parangón entre el actuar del médico de determinada especialidad en el caso particular y el estándar de diligencia exigido a los profesionales médicos de la misma materia, pues tratándose de la responsabilidad civil médica es precisamente la desatención de la *lex artis* donde radica la culpa del profesional médico, entonces, en el caso de marras lo que habría de determinarse es la supuesta omisión injustificada por parte de SALUDCOOP E.P.S. entre los años 2005 y 2007 en la prestación de los servicios médicos y asistenciales que necesitaba la finada ROSIRIS DE LA CRUZ ROJAS, esto, como supuesto hecho revestido de culpa por parte de la entidad promotora de salud.

¹ ÁLVARO PÉREZ VIVES citando la definición elaborada por GÉNY y perfeccionada por los hermanos MAZEAUD. Teoría General de las Obligaciones, de las fuentes de las obligaciones, primera parte, volumen II. Cuarta edición. Ediciones Doctrina y Ley, 2011. Bogotá, Colombia. Pág. 73.

Arribando en el particular, inicialmente es del caso apuntalar que el convocante SALUDCOOP E.P.S. manifiesta dos situaciones por establecer en cuanto por un lado afirma que la no prestación de los servicios médicos y asistenciales en favor de la señora DE LA CRUZ ROJAS estuvo justificada por la mora constante en el pago de sus aportes al sistema de seguridad social en salud, mientras que por el otro manifiesta que no es cierto que a la prenombrada se le hubiesen negado los servicios médicos y asistenciales durante los años 2005 a 2007 como quiera que le fueron prestados los días 1° de febrero de 2005 por medicina general, consulta con oncología el 6 de enero de 2006 y el 24 de noviembre de 2007 en urgencias de la CLÍNICA VALLEDUPAR, por lo que se establecerá en qué periodo la afiliada estuvo desprovista del servicio médico por su E.P.S., para luego considerar si se acredita el fundamento aludido por el convocante por el cual no accedió a la prestación de los servicios en favor de la afiliada, consistente este, en la mora presentada respecto de los pagos de aportes al sistema de seguridad social en salud.

Así, se observa a folios 77, 99, y 100 del cuaderno principal requerimientos dirigidos por la señora DE LA CRUZ ROJAS a SALUDCOOP E.P.S. los días 4 de mayo, 22 de agosto y 11 de octubre de 2006 respectivamente solicitando que resolvieran las inconsistencias que se presentaban respecto del pago de sus aportes al SGSSS que impedían la asignación de citas médicas a su persona y beneficiarios de su afiliación, de las cuales no obra en el plenario respuesta de SALUDCOOP E.P.S. a las mismas.

Igualmente, considerando que en el hecho *b.18* de la demanda se manifiesta que SALUDCOOP E.P.S. suspendió el servicio de citas médicas de la señora DE LA CRUZ ROJAS, suspensión que se extendió por dos años según afirma la parte demandante, de las documentales allegadas al proceso se tiene la historia clínica de la atención a la finada por la CLÍNICA VALLEDUPAR el día 6 de enero de 2006 (folio 145) la cual estima la Sala como prueba de la atención que recibiera la por entonces afiliada dicho día, sin que se observe prueba alguna que dé cuenta de atención médica prestada con posterioridad sino hasta el día 24 de noviembre de 2007 como se mira a folio 194 C-2, y en adelante hasta el acaecimiento de la muerte de la afiliada en día 13 de diciembre de 2008.

En esa senda, se extrae que si el último servicio prestado por la entidad promotora de salud a la señora DE LA CRUZ ROJAS fue el día 6 de enero de 2006, la Sala excluye la afirmación de la parte demandante sobre una no prestación de servicios desde febrero de 2005, la cual se observa a folio 201 C-1, toda vez que, aunado a que las reclamaciones de la afiliada a la E.P.S. solo datan desde el día 4 de mayo de 2006 – *lo cual evidencia en sí una conformidad de la afiliada con el actuar de SALUDCOOP E.P.S. entre el 1° de febrero de 2005 y el 6 de enero de 2006* – tampoco obra en el plenario prueba que evidencie la negativa en la autorización de

alguna orden médica o parecido, en consecuencia, y se retoma, si luego de la cita médica del 6 de enero de 2006 la interesada presentó solicitudes ante la E.P.S. los días 4 de mayo, 22 de agosto y 11 de octubre de 2006 tendientes a que se le restableciera el servicio médico contratado como afiliada y solo se verifica una nueva prestación de servicios hasta el 24 de noviembre de 2007, como quiera que no hay prueba que allegue conocimiento sobre una fecha concreta en que se solicitó una cita médica y esta se negó por su E.P.S., se tomará el día 1° de mayo de 2006 como fecha en la que cesó la cobertura en salud a la señora ROSIRIS DE LA CRUZ ROJAS por decisión unilateral de SALUDCOOP E.P.S., por tanto, y sin que sea un asunto meramente cuantitativo, la afiliada estuvo desprovista de servicios médicos y asistenciales desde dicha fecha, 1° de mayo de 2006, hasta el día 24 de noviembre de 2007, es decir, 1 año, 6 meses y 23 días.

En cuanto a la mora esgrimida por el convocante como justificación para la no prestación de los servicios de citas médicas y asistenciales a la afiliada, visto el plenario reluce a folio 73 del cuaderno principal un certificado expedido por SALUDCOOP E.P.S. de fecha 19 de febrero de 2007 en el que se dice que la señora DE LA CRUZ ROJAS se encontraba afiliada a dicha E.P.S. desde el día 25 de septiembre del año 2001 con un estado actual – *para aquel entonces* – “vigente” como empleada de COOARROZ, teniendo como beneficiarios al señor LUIS ROBERTO VARGAS CARO y a los menores F.M.V.D.C. y A.M.V.D.C., documento que no fue tachado de falso y aporta conocimiento en cuanto SALUDCOOP E.P.S. en dicho certificado nunca manifiesta el supuesto estado de mora en el pago de las cotizaciones al subsistema de seguridad social en salud de la afiliada, sino por el contrario, y se insiste, se limita a manifestar que su afiliación se encontraba vigente, esto, a pesar de que según expone en su apelación no se tuvo en cuenta por el *a quo* los supuestos pagos extemporáneos de aportes correspondientes a los meses de enero, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2005, asimismo, los meses de enero a septiembre de 2006 y enero de 2007, además de que en su decir en la apelación “(...) *mi mandante* – *refiriéndose a SALUDCOOP E.P.S.* – *negó el servicio de salud a la afiliada, lo hizo en virtud del artículo 209 de la Ley 100 de 1993 antes transcrito, estando su conducta justificada por la norma y por el incumplimiento de la afiliada (...)*”, lo que contrasta con la prueba documental antes anotada como quiera que de conformidad con el artículo 209 aludido por el censor, que consigna:

*“(...) El no pago de la cotización en el sistema contributivo **producirá la suspensión de la afiliación** y al derecho a la atención del Plan de Salud Obligatorio (...)*”².

En la misma senda, el artículo 210 *ibidem* advierte, entre otras:

² Subraya y negrillas fuera de texto original.

“(…) También le son aplicables – refiriéndose al empleador – las sanciones establecidas – artículos 23 y 271 de la misma ley – para quien retrase el pago de los aportes (…).”

A su vez, a folio 106 se observa un certificado de afiliación de SALUDCOOP E.P.S. de la señora ROSIRIS DE LA CRUZ ROJAS de fecha 1° de diciembre de 2011, ya no como cotizante dependiente sino como independiente en el régimen contributivo desde el día 1° de noviembre de 2007, es decir, sin que dentro del interregno sucedido entre aquella fecha y el acaecimiento de la muerte de la referida SALUDCOOP E.P.S. adujera falta de pago de cotizaciones al SGSSS.

De lo anterior la Sala llega a dos conclusiones, a saber: 1°) que en virtud del artículo 209 de la Ley 100 de 1993 la consecuencia del no pago de las cotizaciones genera la suspensión de la afiliación, por tanto, independientemente de las planillas de cotización obrantes en el plenario y que dan cuenta del pago de los aportes al SGSSS de la extinta ROSIRIS DE LA CRUZ ROJAS, lo cierto es que en la certificación expedida el día 19 de febrero de 2007 SALUDCOOP E.P.S. no pone de manifiesto el estado de suspensión de la afiliación, sino por el contrario, y se itera, respecto al estado de la cotizante señala que esta se encontraba para aquel entonces vigente; y, 2°) que de no verificarse los pagos de las cotizaciones – *lo que sí ocurrió como se observa en las planillas de pago visibles de folio 78 a 101 C-1* – tampoco obra en el expediente prueba de alguna actividad adelantada por SALUDCOOP E.P.S. y tendiente a la imposición de las sanciones de que trata el artículo 210 ibidem a COOARROZ como empresa empleadora de la señora DE LA CRUZ ROJAS.

Luego entonces, claramente se tiene que el actuar de entidad promotora de salud demandada no fue acorde a la ley y desatendió su obligación contractual de prestación de servicios médicos y asistenciales en favor de la extinta ROSIRIS DE LA CRUZ ROJAS, esto, faltando al deber objetivo de cuidado en tanto la ley con su efecto supletivo que se extiende a los contratos – *en este caso de afiliación en salud entre la finada y SALUDCOOP E.P.S.* – le impone a la E.P.S. la responsabilidad de *“(…) organizar y garantizar la prestación de servicios de salud previstos en el Plan Obligatorio de Salud, con el fin de obtener el mejor estado de salud de sus afiliados con cargo a las Unidades de pago por Capitalización correspondientes (…)*”, previsión esta del literal d, artículo 2° del Decreto 1485 de 1994.

En mérito de considerado, se estudiará lo referente al nexo causal.

Sobre el nexo causal como elemento configurativo de la responsabilidad civil.

Quedando plenamente probada la conducta culposa de SALUDCOOP E.P.S. en cuanto injustificadamente negó la prestación de servicios médicos y asistenciales a la extinta ROSIRIS DE LA CRUZ ROJAS, a efectos de establecer si el daño

ocasionado a esta y los demandantes es imputable a la demandada resulta imperioso que se acredite la existencia de una relación de causalidad entre la muerte de la prenombrada y el actuar de la entidad promotora de salud.

Se apuntala que tan relevante es la demostración del nexo causal en tratándose de la responsabilidad civil que sin este no puede predicarse aquella, pues no basta con la existencia del daño soportado por el afectado y la culpa de quien se le endilga la responsabilidad del daño, sino que debe probarse que dicho daño es consecuencia del proceder del agente, en este caso, SALUDCOOP E.P.S.

En el caso que atañe al juez de primera instancia encontró probado el nexo causal argumentando, en resumen, que mediante las historias clínicas aportadas quedó probado que la negativa constante en la prestación de los servicios médicos, asistenciales y terapéuticos por parte de SALUDCOOP E.P.S. fue un detonante para que avanzara la enfermedad que padecía la señora DE LA CRUZ ROJAS, circunstancia que conllevó a la metástasis del cáncer que sufría. Además, encontró verificada la falta de controles y tratamientos médicos durante los años 2005, 2006, y 2007, reiteró que lo anterior conllevó a que evolucionara de manera rápida la enfermedad que era maligna por ser un cáncer que posteriormente hizo metástasis y que SALUDCOOP E.P.S. fue negligente por no brindarle una atención médica eficaz, inmediata, sin dilaciones y de manera oportuna de acuerdo con el delicado estado de la paciente.

Sobre este elemento de la responsabilidad civil, de entrada la Colegiatura encuentra desatinada la decisión de primera instancia por cuanto considerada la naturaleza de la pretensión de la parte actora partiendo de los presupuestos fácticos que la soportan y que fuesen aducidos en el libelo de la demanda, estas requieren para lo de su prosperidad de un ejercicio probatorio mediante el cual se establezca que es precisamente el hecho de que la afiliada estuvo desprovista de manera injustificada de servicios médicos y asistenciales desde el 1° de mayo de 2006 hasta el día 24 de noviembre de 2007 (1 año, 6 meses y 23 días) lo que generó el acaecimiento de su muerte, contrario a esto, la parte demandante no se preocupó en demostrar el requisito de causalidad y por tanto no puede predicarse la responsabilidad civil de la demandada a falta de este.

Como fundamento de lo anterior, téngase que el único sustento probatorio con el que contó el *a-quo* fue la historia clínica de la paciente, permitiéndose erróneamente hacer interpretaciones de esta y llegando a conclusiones sobre una ciencia que no es de su conocimiento como la médica, pues inclusive, en el proveído recurrido se permite hacer un recuento de lo vertido en la historia clínica para concluir que el actuar de la E.P.S. fue el detonante para la muerte de la señora ROSIRIS DE LA CRUZ ROJAS por cuenta de la metástasis del cáncer que padecía, y si bien en

casos de responsabilidad civil médica no es menor el mérito probatorio que le asiste a la historia clínica en tanto la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha decantado que esta se erige como una prueba documental en la que se consigna – *cumpliendo las directrices establecidas por el legislador (Ley 23 de 1981, arts. 34, 35, y 36) – “(...) la narración oportuna, clara y completa del estado de salud del paciente y de las atenciones y procedimientos ofrecidos para procurar su atención (...)”*³, no es menos cierto que en su valoración probatoria solo constituye un indicio siempre que se desatienda su debido diligenciamiento o se verifique la ausencia de este por el respectivo profesional de la medicina, así se ha dicho:

“(...) De tal manera que, si bien la historia clínica es estelar en la definición de los procesos de responsabilidad médica, su ausencia o defectuoso diligenciamiento no pasa de ser, de acuerdo a la jurisprudencia reiterada, un indicio grave en contra de quien tiene el deber de llevarla, pero en manera alguna se traduce en un reconocimiento de la culpa médica endilgada (...).”

Por tanto, de estarse frente a aquellos casos de ausencia o mal diligenciamiento, dada su naturaleza indiciaria no tiene la entidad para tenerse como prueba que revista a cabalidad los criterios de conducencia y utilidad tendientes a demostrar por sí sola la responsabilidad civil médica, como tampoco la tiene de no encuadrar en dichas situaciones, pues la Colegiatura estima que, aun cumpliendo con aquellos requerimientos, es necesaria la práctica de la prueba pericial por tratarse de una omisión en la prestación de servicios médicos y asistenciales de manera injustificada, esta, mediante la cual se exponga la causa precisa de muerte de la afiliada, el tratamiento médico que pudo haber requerido conforme a lo que considerara su médico tratante con base en un criterio científico – *quien tampoco fue convocado al proceso* –, la vocación de eficacia que podía tener este ya para su sanación o el solo tratamiento de las consecuencias o secuelas de la enfermedad considerando el estado real de salud de la afiliada conforme a lo narrado en la historia clínica aportada, o, incluso, la probabilidad de vida partiendo de la enfermedad que sufría, pues útil hubiese sido para establecer la indemnización por lucro cesante futuro a la cual accedió el *a quo*, de ello adoleció el ejercicio probatorio de los demandantes y demás tópicos que de modo alguno quedaron probados en el curso del proceso, sino solo se consideró como una formula irrefutable que la no prestación de servicios de SALUDCOOP E.P.S. entre el 1° de mayo de 2006 y el día 24 de noviembre de 2007 (1 año, 6 meses y 23 días) fue la causa del fallecimiento de la señora DE LA CRUZ ROJAS el día 13 de diciembre de 2008, esto, partiendo de unas interpretaciones médicas realizadas por el juez de instancia

³ CSJ, sentencia SC3253-2021 del 4 de agosto de 2021. Radicación No. 08001-31-03-010-2010-00067-01. MP. Dr. ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO.

carentes de criterio científico aun cuando este se hacía imperioso a efectos de la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

Anótese que mediante proveído de fecha 21 de marzo de 2015, se decretaron pruebas y que entre estas se tuvo la prueba pericial solicitada por el extremo demandante a efectos de que el INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL SECCIONAL CESAR conforme a las documentales acompañadas con la demanda resolviera un cuestionario dentro el cual se indagaba a efectos de saber:

“(…) Si el cáncer que inicialmente se le detectó ROSIRIS DE LA CRUZ ROJAS, en agosto de 2004 era probable que avanzara la situación de salud de la misma, por no habersele procurado los servicios de salud necesarios desde febrero de 2005 y 2006 relacionados con su enfermedad.

Si de habersele procurado o prodigado los servicios de salud desde marzo del 2005 hasta el año de 2006 se habría podido lograr:

Su sanación total o si se hubiera podido evitar su agravamiento.

O, la prolongación de su vida con minimización de sufrimiento, en el entendido o suposición de que en cualquier caso moriría.

O, que otras circunstancias le habrían beneficiado de habersele dado o brindado con oportunidad los servicios de salud relacionados con el cáncer que padecía.

Con qué regularidad, una vez diagnosticado un cáncer de las características de ROSIRIS DE LA CRUZ ROJAS, deben realizársele a la paciente las poliquimioterapias, radioterapias y demás tratamientos indispensables para superar la crisis o minimizar el sufrimiento de quien lo padezca (…)”

Dejándose constancia en dicho auto – del 21 de marzo de 2015 – que *“(…) en otras ocasiones el INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL SECCIONAL CESAR ha manifestado que no cuenta con peritos para practicar este tipo de dictamen (…)”* y agrega *“(…) el despacho solicita la colaboración al HOSPITAL UNIVERSITARIO RAMÓN GONZÁLEZ VALENCIA DE BUCARAMANGA para que auxilie a la justicia en ese tema (…)”*.

Resultando que en la etapa probatoria ninguna de aquellas interrogantes fue absuelta como quiera que el dictamen pericial no se practicó, pues., inclusive, ante la negativa del INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL SECCIONAL CESAR para lo de su realización por no contar con peritos que pudiera elaborarlo se designó al HOSPITAL UNIVERSITARIO RAMÓN GONZÁLEZ VALENCIA, frente a lo cual el apoderado de la parte demandante mediante memorial⁴ de fecha 7 de abril de 2014 solicitó al despacho *“(…) considerar lo expresado, ordenando que el dictamen sea emitido por la UNIVERSIDAD NACIONAL (…)”*, en tanto, según dijo, *“(…) Es muy probable que el HOSPITAL UNIVERSITARIO RAMÓN GONZÁLEZ VALENCIA, como IPS, sea contratista de la demandada SALUDCOOP E.P.S., circunstancia que*

⁴ Folio 205, C-2.

podría afectar la objetividad en la producción del dictamen (...)”, afirmación de la cual no reposa prueba siquiera sumaria en el expediente, no obstante, el juez de instancia accedió a tal pedimento, del cual, a su vez, la UNIVERSIDAD NACIONAL – FACULTAD DE MEDICINA se permitió devolver al juzgado de primer grado esgrimiendo⁵ como motivo “(...) *no poder atenderse esta solicitud porque actualmente en la especialidad de oncología, solo tiene un profesor de planta que ya se encuentra resolviendo otro caso que le acaban de asignar, por lo que es imposible atender este requerimiento (...)*”.

Frente a aquello, y en vista de que solo la IPS INTEGRASALUD estuvo en disposición de elaborar el peritaje, mediante memorial⁶ de fecha 19 de marzo de 2015 el extremo demandante desistió de su práctica aduciendo no tener la capacidad para el pago de los honorarios requeridos, manifestando también que “(...) *El día 25 de agosto de 2014 presenté un memorial según el cual, a mi juicio, se puede emitir una sentencia sin necesidad del dictamen, por cuanto existen otros medios probatorios (en el proceso) con los cuales se puede establecer “la pérdida de la chance o de la oportunidad” (...)*”, prueba que se tuvo como desistida en virtud de proveído de fecha 25 de marzo de 2015.

Tesis aquella de la “*pérdida de chance o de la oportunidad*” que fue la considerada por el *a quo* como el daño indemnizable en favor de los demandantes, pues si bien no lo hizo uso del término en la sentencia recurrida, tuvo a bien señalar refiriéndose al daño que este “(...) *no es otro que la negativa y demora en la prestación de del servicio de salud por parte de la EPS SALUDCOOP, a la señora ROSIRIS DE LA CRUZ ROJAS (...)*”, y no obstante, como se dijo inicialmente, lo consistente al daño no fue objeto de alzada, es del caso mencionar que al respecto la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha dicho lo siguiente:

“(...) Quienes así razonan afirman que “el daño” por pérdida de una oportunidad no consiste en una “consecuencia cierta” sino en el cercenamiento de las posibilidades que tenía la víctima de obtener un beneficio o evitar un perjuicio.

El perjuicio en este caso «no es la pérdida de una “ventaja esperada” (sobrevivir, ganar un proceso judicial), sino la pérdida de la oportunidad de obtener esa ventaja que se espera»

(...) No existe el bien jurídico de “la posibilidad” de tener éxito o no sufrir desgracias. Cuando el ordenamiento jurídico concede o reconoce el derecho a la vida, a la salud, a otros bienes superiores, a conformar un patrimonio, a ser indemnizado, etc., no está queriendo decir que su titular no pueda o deba ver disminuidos o afectados esos bienes jurídicos, sino, simplemente, que ninguna

⁵ Folio 245, C-2.

⁶ Folio 274, C-2.

otra persona –salvo el propio titular– está jurídicamente autorizada para lesionar o disminuir sin justa causa esos bienes jurídicos.

Pero el derecho nada asegura frente a las posibilidades de incremento de beneficios o de evitación de perjuicios. La desgracia, el infortunio, el fracaso, la frustración de expectativas y los eventos adversos son el común denominador que deben soportar las personas en un mundo plagado de dificultades. Frente a tal realidad, creer que las posibilidades u oportunidades de conseguir un beneficio o evitar un perjuicio son un bien jurídico cuyo daño es por sí mismo indemnizable es una manifestación de ingenuidad.

El daño a un bien jurídicamente resguardado sólo surge a la vida jurídica cuando se logra establecer su correlación con una conducta (activa u omisiva) de un tercero que tiene el deber jurídico de evitarlo y la posibilidad material de impedirlo. La determinación del concepto de “daño” requiere de un juicio previo de calificación jurídica.

(...) En ese orden, el médico que frustra las oportunidades de recuperar la salud de su paciente vulnera un bien protegido por el ordenamiento superior: la salud; pero no una “oportunidad en sí de recuperar la salud”, pues no existe ningún criterio objetivo diferenciador de ambas situaciones. El abogado negligente que impide la oportunidad de presentar un recurso o ganar un pleito no viola “una oportunidad”, simplemente vulnera el derecho de su cliente a la defensa técnica. Y la persona que impide la asistencia a un concurso o competencia en el que se tenían grandes posibilidades de éxito o de obtención de una ventaja económica o satisfacción personal no disminuye la oportunidad de ganar el concurso o competición, tan sólo ocasiona un perjuicio patrimonial o moral a quien tenía altas probabilidades de ganar.

No existe, entonces, ninguna razón para considerar que la pérdida de una oportunidad es una categoría autónoma de daño indemnizable (...)⁷

La anterior cita se toma con el ánimo de reforzar lo dicho por la Sala en tanto, a pesar de que la tesis adoptada por el juzgado de primer grado para abordar el daño como elemento configurativo de la responsabilidad civil no ha sido de recibo por el órgano de cierre de la jurisdicción, esta – la cita – da muestra de que el ejercicio probatorio de la parte demandante fue insuficiente, pues dicha tesis de la “*pérdida de chance o de la oportunidad*” – propia del Consejo de Estado, Sección Tercera – toma como base indemnizatoria, precisamente, valores de probabilidad de obtener una ventaja que se espera, sin que en el particular se llevara a cabo un ejercicio probatorio tendiente a establecerlos.

Se colige así que la no práctica de aquella prueba que se tornaba necesaria para cumplir con el precepto del por entonces vigente artículo 177 del Código de Procedimiento Civil – hoy artículo 167 del C.G.P. – en tanto “(...) Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (...)” obedeció a causa exclusivamente atribuible a la parte que

⁷ CSJ, sentencia SC562-2020 del 27 de febrero de 2020. Radicación No. 73001-31-03-004-2012-00279-01. MP. Dr. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ. Subrayas y negrilla fuera del texto original.

la solicitó, es decir, la demandante, sin que inclusive, en su oportunidad hubiese deprecado el amparo de pobreza mediante el cual, concedido por el juez de instancia, este hubiese podido considerar bajo el principio de equidad que igualmente es extensible al régimen probatorio, tomar las medidas necesarias para garantizar la práctica de dicha prueba, sin que ello hubiese sucedido.

Así las cosas, no quedó acreditado el nexo causal entre la no prestación injustificada de servicios médicos y asistenciales por parte de SALUDCOOP E.P.S. y el acaecimiento de la muerte de la señora ROSIRIS DE LA CRUZ ROJAS, por lo que se revocará en su integridad la sentencia de primera instancia proferida el día 29 de mayo de 2015 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Descongestión de Valledupar, Cesar, y se condenará en costas a la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Valledupar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESULEVE.

PRIMERO: REVOCAR en su integridad la sentencia del día 29 de mayo de 2015 proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Descongestión de Valledupar, Cesar, dentro del proceso de la referencia.

SEGUNDO: CONDENAR costas a la parte demandante, para tal efecto, fíjense como agencias en derecho en esta instancia la suma de UN (1) S.M.L.M.V., las cuales deberán ser liquidadas en el juzgado de origen de conformidad con el artículo 366 del C.G.P.

TERCERO: NOTIFICAR esta providencia, para este propósito remítase a la secretaría de esta Corporación.

SIN NECESIDAD DE FIRMAS
(Art. 7, Ley 527 de 1999, Arts. 2 inc. 2,
Ley 2213 de 2022;
Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ)

JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado

(CON AUSENCIA JUSTIFICADA)
HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ
Magistrado