



**JUZGADO CUARENTA Y NUEVE (49) CIVIL DEL CIRCUITO**  
Bogotá D.C., veintitrés (23) de junio dos mil veintitrés (2023)

<b>Referencia - Radicado</b>	<b>11001-31-03-003-2014-00719-00</b>
<b>Parte Demandante</b>	JESÚS AVELLANEDA RENDÓN (Q.E.P.D.)
<b>Parte Demandada</b>	Nueva Empresa Promotora de Salud S.A. – NUEVA EPS S.A. y la Sociedad de Consultoría y Prestación de Servicios ANDAR S.A.
<b>Clase de Proceso</b>	Declarativo – Responsabilidad Civil Médica
<b>Asunto</b>	Sentencia de Primera Instancia

**I.- ANTECEDENTES:**

**1.1. La Demanda**

**1.1.1. Pretensiones**

1.1.1.1. Por intermedio de apoderado judicial, el señor JESÚS AVELLANEDA RENDÓN (Q.E.P.D.) presentó demanda ordinaria de responsabilidad civil médica en contra de Nueva Empresa Promotora de Salud S.A. – NUEVA EPS S.A. y la Sociedad de Consultoría y Prestación de Servicios ANDAR S.A., para que previo los trámites propios del procedimiento ordinario, en sentencia, **se declare:**

a. Que entre la Nueva EPS S.A. y el señor JESÚS AVELLANEDA RENDÓN (Q.E.P.D.) existía una relación contractual *“bilateral, conmutativa, onerosa, de medios, cuyo objeto fue la prestación de servicios de salud”*

b. Que entre la sociedad ANDAR S.A. y el JESÚS AVELLANEDA RENDÓN (Q.E.P.D.), existía una relación contractual *“bilateral, conmutativa, onerosa, de medios, cuyo objeto fue la prestación de servicios de salud”*.

c. Que *“el aseguramiento en salud, la administración del riesgo en salud, la vigilancia y control de su red de prestadores, la prestación directa o indirecta de servicios de salud y demás obligaciones legales en sus diferentes fases”*, prestados por Nueva EPS S.A. al señor JESÚS AVELLANEDA RENDÓN (Q.E.P.D.) fue *“de manera negligente, imperita, imprudente, tardía, imperfecta, insuficiente y con violación de reglamento o norma”*.

d. Que la sociedad ANDAR S.A. prestó los servicios de salud al señor JESÚS AVELLANEDA RENDÓN (Q.E.P.D.), *“en sus diferentes fases de manera negligente, insegura, imprudente, imperita, incompleta, inadecuada, irregular, inoportuna, discontinua, incoordinada, demorada, imperfecta, insuficiente o con violación de reglamento o norma”*.

e. Que JESÚS AVELLANEDA RENDÓN (Q.E.P.D.) sufrió daño antijurídico, material e inmaterial por la prestación de salud por parte de las entidades aquí convocadas, es decir, Nueva EPS S.A. y ANDAR S.A.

f. Que los daños ilícitamente causados al JESÚS AVELLANEDA RENDÓN (Q.E.P.D.), son consecuencia de la atención de Nueva EPS S.A. y ANDAR S.A.

g. Que la Nueva EPS S.A. y ANDAR S.A. son solidaria, civil y patrimonialmente responsables por los daños y perjuicios causados a JESÚS AVELLANEDA RENDÓN (Q.E.P.D.)

**1.1.1.2.** Que, como consecuencia de lo anterior, **se condene** a los demandados a efectuar los siguientes pagos:

a. **Lucro Cesante Pasado:** La suma de **\$22'160.509,39**

b. **Lucro Cesante Futuro:** La suma de **\$104'640.094,8**

c. **Daño Moral:** La suma de cuando menos 100 SMLMV, sin perjuicio de un mayor valor, que resulte de las reglas de la equidad, la ley o la jurisprudencia.

d. **Daño a la salud** (daño psicológico, daño a la vida de relación, daño anatómico funcional, daño estético): La suma de cuando menos 400 SMLMV, sin perjuicio de un mayor valor, que resulte de las reglas de la equidad, la ley o la jurisprudencia.

La parte demandante solicita un total de **\$308.000.000**, por concepto de **Daños Extrapatrimoniales**.

**1.1.1.3.** Que las condenas solicitadas, se actualicen al ejecutoriarse la sentencia con base al índice de Precios del Consumidor (IPC).

**1.1.1.4.** Que se condene a pagar los intereses bancarios corrientes vigentes, desde la ejecutoria de la sentencia y por los primeros 6 meses y en los doce (12) restantes el 1.5 de los intereses a título de intereses moratorios.

**1.1.1.5.** Que se condene a costas.

### 1.1.2. Hechos.

Los supuestos fácticos sobre los cuales basa su petición son en síntesis los siguientes:

- Que el señor JESÚS AVELLANEDA RENDÓN (Q.E.P.D.), se encontraba afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS, en estado activo en la Entidad Promotora de Salud NUEVA EPS S.A. y sus servicios de salud estuvo a cargo de la demandada ANDAR S.A.
- Que desde el año 2008 el demandante presentó dolor en el pie derecho, el cual se incremento con el paso del tiempo, por lo que, el día 13 de agosto de 2009, consultó por medicina general por dicha sintomatología, en la UT ANDAR PLUS DE LA NUEVA EPS, donde le ordenaron “*RADIOGRAFÍA DE TOBILLO AP LATERAL Y ROTACIÓN INTERNA*”.
- Que en el período comprendido entre el 5 de mayo y 10 de octubre del año 2011, asistió a consulta y controles con medicina general, sin mejoría en el dolor, a pesar de la terapia física y analgésica con los medicamentos “*diclofenaco sódico (...), naproxeno (...), tiamina (...), acetaminofén (...), loratadina (...), terapias físicas (...)*”, que en dicho período fue diagnosticado con “*Espolón Calcáneo*”, “*Edema localizado*”, “*se considera artritis gotosa*”; con imágenes diagnósticas dentro de los parámetros normales.
- Que el 24 de noviembre de esa misma anualidad, el actor refiere que el dolor se mantiene, sin mejoría a pesar de la terapia analgésica, física. Se diagnostica “*Fibromatosis de la aponeurosis plantar*” y, se ordena remisión a especialista en ortopedia y traumatología.
- Que el 19 de diciembre de 2011, el señor Avellaneda Rendón asiste al especialista indicado, donde manifiesta que persiste dolor, sin mejoría con terapia analgésica y física, quedó en la historia clínica “*Dolor en articulación*”; y se ordena los exámenes: “*electromiografía en cada extremidad*”, “*neuroconducción por cada extremidad*” y “*radiografía de tobillo AP lateral y rotación interna*”, los cuales una vez realizados, el paciente solicitó cita para la lectura de los mismos, que fue asignada un mes después.
- Que dado que, el petente y su familia, consideraron que como no era pronto la consulta médica asignada, asistió a cita particular con un médico ortopedista. Fue atendido por el galeno el 25 de enero de 2012, con anamnesis de dolor con evolución de un año en la planta del pie derecho; luego de la revisión el médico

apreció un tumor dorsal de 4x5 cms y que el examen apropiado era una “*Resonancia Magnética*”.

- Que solicitó ante la EPS demandada, la práctica de la Resonancia Magnética, la cual fue negada porque no había sido ordenada por un médico adscrito a su red de prestadores de servicios.

- Que el 7 de febrero de 2012, por recursos propios, acudió al Hospital Infantil Universitario San José donde practicaron el examen imagenológico, cuyo resultado arrojó: “*Presencia de enorme masa con densidad de tejidos blandos predominante solida que muestra algunas áreas hiperintensas en su interior (...), ocasionando destrucción ósea marcada que compromete el aspecto interior del calcáneo en su región dorsal y plantar (...), CON TUMOR DE ORIGEN MESENQUIMAL PLANTEANDOSE COMO PROBABLE DIAGNOSTICO “SARCOMA SINOVIAl”.*

- Que, una vez conocido el resultado descrito en el punto anterior, se dirigió a la UT ANDAR PLUS DE LA NUEVA EPS – Barrios Unidos, para informar su patología e iniciar atención médica; siendo remitido a la Clínica San Rafael. Asimismo, el 15 de febrero de 2012, en el servicio de Urgencias de la Clínica San Rafael, se otorgó al consultante cita prioritaria para “*Biopsia en su pie derecho*”.

- Que el 20 de febrero de ese año, programan la biopsia asignada para el día 6 de marzo de 2012, realizada efectivamente en esa data. Posteriormente, el 10 de marzo siguiente, presentó proceso inflamatorio en la zona donde se realizó la punción memorada y es hospitalizado.

- Que el 14 de marzo de 2012 aún internado en nosocomio, la biopsia llevada a cabo arrojó “*patología maligna fusiforme*” e indican “*amputación transtibial del miembro inferior derecho*”, efectuada el 28 de junio de 2012 en el Hospital Universitario Mayor de Mederi.

- Que presentó masas en la región inguinal, en consecuencia, se hicieron múltiples estudios médicos, que dictaminaron que existía metástasis compatible con sarcoma sinovial.

- Que el señor Jesús Avellaneda era de oficio panadero y su ingreso era de 1 SMLMV.

### **1.1.3. Trámite de la acción.**

Reunidos los requisitos formales, mediante auto calendado el 28 de enero de 2015

(FI.111), el Juzgado Tercero (3º) Civil del Circuito de esta ciudad admitió la demanda ordinaria de mayor cuantía impetrada por JESÚS AVELLANEDA RENDÓN (Q.E.P.D.) y ordenó correr traslado por el término de 20 días a las demandadas, Nueva Empresa Promotora de Salud S.A. – NUEVA EPS S.A. y la Sociedad de Consultoría y Prestación de Servicios ANDAR S.A. Posteriormente, por Acuerdo No. PSAA15-10414 del 30 de noviembre de 2015, emitido por el Consejo Superior de la Judicatura y una pérdida de competencia, de conformidad con el artículo 121 del CGP, conoció los Despachos 47 y 48 Civil del Circuito de esta ciudad y, finalmente, es remitido a este Estrado Judicial.

Por su parte, la entidad demandada, Nueva Empresa Promotora de Salud S.A. – NUEVA EPS S.A. se notificó personalmente del auto admisorio, tal como se corrobora de acta anexa a folio 163, quien dentro de la oportunidad procesal contestó a la demanda, poniendo como medios exceptivos: *i) “CUMPLIMIENTO CABAL DE LAS OBLIGACIONES DE LA NUEVA EPS EN SU CONDICIÓN DE ASEGURADOR”; ii) “INEXISTENCIA DE YERRO INEXCUSABLE EN EL ACTUAR DEL MÉDICO TRATANTE. RESPONSABILIDAD DE MEDIO Y NO DE RESULTADO”.*

De igual forma, la entidad Sociedad de Consultoría y Prestación de Servicios ANDAR S.A. notificada por aviso (FI. 250), dentro de la oportunidad procesal contestó a la demanda proponiendo como excepciones: *i) INEXISTENCIA DE CAUSALIDAD MÉDICO LEGAL; ii) INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR; iii) INEXISTENCIA DE CULPA; iv) GENÉRICA.*

Integrado en debida forma el contradictorio, surtida la audiencia de que trata el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil (FI. 265), mediante auto de fecha 31 de enero de 2018 (FI. 271) se abrió el proceso a pruebas, adicionado por providencia de fecha 25 de septiembre de esa misma anualidad (FI. 277)

Agotadas las etapas probatorias y de alegatos de conclusión, se procede a proferir sentencia escrita, de conformidad con el artículo 373 de Código General del Proceso, bajo las siguientes:

## **II. CONSIDERACIONES:**

No se objeta respecto de la presencia de los presupuestos jurídico-procesales que requiere la codificación adjetiva para la correcta conformación del litigio, si se concede que se cuenta con una súplica correctamente formulada; con la capacidad de las partes para acudir a esta instancia, así como con la competencia de este juzgado para definir el asunto dejado a consideración. Además, de la actuación surtida en el plenario no se vislumbra vicio con capacidad de anular en todo o en parte lo adelantado, siendo viable emitir un pronunciamiento de fondo.

## **2.2. LA RAZÓN DE LA CONTROVERSIA:**

Conforme a la demanda, contestaciones y actuación registrada y, a lo establecido en la FIJACIÓN DEL LITIGIO, su causa versa establecer si la Nueva Empresa Promotora de Salud S.A. – NUEVA EPS S.A, y Sociedad de Consultoría y Prestación de Servicios ANDAR S.A. son civil y solidariamente responsables de los perjuicios ocasionados al demandante JESÚS AVELLANEDA RENDÓN (Q.E.P.D.)

### **2.2.1. Surge entonces el siguiente problema Jurídico.**

Verificar (i) si se cumple con los elementos estructurales de la acción que se reclamó, es decir, un daño jurídicamente relevante, una conducta jurídicamente reprochable por ser negligente e imperita – es decir culpable – y, si el juicio de correlación jurídica permite imputar las lesiones sufridas por la víctima a la culpa de las entidades de salud demandadas. Si esto, llegare a ser demostrado, concierne (ii) determinar si en el caso en concreto, se configura la pérdida de oportunidad y por esta razón sería viable el reconocimiento de los perjuicios morales aludidos o, (iii) si, por el contrario, lo que sufre el demandante es un menoscabo a la salud.

## **3. Legitimación en la Causa.**

**3.1. Por activa:** En el *sub lite*, por la parte activa, en lo que refiere al señor JESÚS AVELLANEDA RENDÓN (q.e.p.d.) está acreditada su legitimación en la causa para accionar el aparato jurisdiccional teniendo en cuenta que no solo presenta un vínculo de naturaleza contractual con las accionadas sino, según su parecer, se vio afectado de manera directa con el actuar omisivo y negligente de las demandas.

Ahora bien, dentro de la información que reposa dentro del expediente, se observa que, mediante memorial presentado en data 14 de septiembre del 2016<sup>1</sup>, el apoderado del extremo activo, Dr. CARLOS ALBERTO CAMARGO CARTAGENA, pone en conocimiento al Despacho el fallecimiento del demandante señor JESÚS AVELLANEDA RENDÓN (q.e.p.d.), aportando copia del Registro Civil de Defunción<sup>2</sup> y copia del Registro Civil de Matrimonio entre el causante y la señora ELVIRA BOLÍVAR TRIANA<sup>3</sup>; por lo que, ratificado el poder conferido por esta última, se reconoció a la señora Bolívar Triana como sucesora procesal del demandante inicial en la audiencia que se trataba en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, llevada a cabo el 22 de mayo de 2017 por el Juzgado Cuarenta y Siete (47) Civil del Circuito de Bogotá.

---

<sup>1</sup> Folio 264, cuaderno 1.

<sup>2</sup> Fl. 261, cuaderno 1

<sup>3</sup> Fl. 262, cuaderno 1.

Lo anterior en razón a lo establecido en el artículo 68 del C.G.P., el cual consagra lo siguiente:

*“Art. 68 Sucesión procesal: Fallecido un litigante o declarado ausente o en interdicción, el proceso continúa con el cónyuge, albacea con tenencia de bienes, los herederos o el correspondiente curador”. (...)*”

De lo expuesto, se tiene que la sucesión procesal consiste en que una persona que originalmente no detenta la calidad de demandante o demandado, por alguna de las causales de transmisión de derechos, en este caso, por muerte, entra a detentarla; con el fin de aprovechar la actividad procesal ya adelantada, figura aplicada en el proceso objeto de decisión.

**3.2. Por pasiva:** Les incumbe a las entidades Nueva Empresa Promotora de Salud S.A. – NUEVA EPS S.A. y la Sociedad de Consultoría y Prestación de Servicios ANDAR S.A., la primera, en virtud del contrato de afiliación para la prestación de servicios y, la segunda, en tanto suministró la atención médica cuestionada por la parte demandante.

#### **4. De la responsabilidad invocada.**

El demandante implora la declaración de responsabilidad contractual de los demandados, lo que radica en el acuerdo de las partes al momento de la afiliación del señor Jesús Avellaneda Rendón (q.e.p.d.) con la NUEVA EPS S.A. y dentro del entendido que, ANDAR S.A., pertenece a la red de prestadores de servicios de salud en lo requerido por las necesidades patológicas del paciente.

Esto porque la *“causa petendi”* está determinada por los hechos que soportan las pretensiones y no por los fundamentos de derecho, pues su ausencia o indebida elección no tiene efectos sustanciales. De allí que está habilitado el juez para apartarse de los fundamentos jurídicos expuestos por el actor. En suma, ni *“el nomen iuris”* ni el título aducido en el líbello están vinculados a la congruencia del fallo, de modo que pueden ser variados, pero en el asunto de la referencia es congruente lo que se propone con lo que corresponde, es una Responsabilidad Civil Médica Contractual.

##### **4.1. De la responsabilidad civil**

El Código Civil regula la responsabilidad civil contractual y la extracontractual, surgiendo la primera cuando se produce el daño ante la desatención de las obligaciones que emanan de la convención entre el causante del daño y la víctima; y la segunda, cuando se causa daño a otro por culpa o dolo sin que este precedida de una relación jurídica anterior, de suerte que se encuentran diferencias, en especial en cuanto al origen, pues

mientras la primera surge ante el incumplimiento del acuerdo la otra surge con ausencia de todo vínculo contractual.

Ahora, de cara al tipo de responsabilidad que se endilga a las demandadas, puso de presente el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de fecha 11 de diciembre de 2015, ponencia de la Dra. Nancy Esther Angulo Quiroz, al interior del radicado No. **RAD. 110013103016201200661 01:**

*“... es del caso memorar que de manera reiterada se ha sostenido en relación con la responsabilidad derivada de la actividad médica ejecutada por las instituciones hospitalarias de carácter privado, tanto en los servicios médicos derivados de la vinculación al sistema de seguridad social, caso de las EPS, las Compañías de Medicina Prepagada e IPS, así como de los que tienen lugar por la ejecución de seguros comerciales comunes (pólizas), o por la simple iniciativa particular para la utilización del servicio, que ellas entrañan una relación contractual que puede generar la obligación de indemnizar perjuicios causados al paciente a quien le corresponde acreditar plenamente su ocurrencia y cuantía.”*

Y agrega la misma providencia:

*“(...) En lo que refiere a la responsabilidad de las Entidades Promotoras de Salud, dada la forma como está organizado el Sistema General de Salud en nuestro país, la Ley 100 de 1993 les impone a éstas el deber de garantizar la calidad y eficiencia de los servicios que prestan a sus usuarios, para la prevención, diagnóstico, tratamiento y recuperación de su estado de salud, sin que se exoneren de dicha responsabilidad por el hecho de delegar la prestación del servicio a instituciones prestadoras o contratistas.”*

*Para las entidades hospitalarias surge la obligación de suministrar materiales y productos exentos de vicios, poner a disposición del paciente personal idóneo y suficiente para su atención y cuidados, por cuanto “cuando la entidad o galeno a cuyo cargo se halla la atención de la salud de un paciente, no observa los deberes que le competen dirigidos a salvaguardar o mejorar el estado físico o mental de aquel, por ejemplo, porque deja de utilizar los medios diagnósticos aconsejados, se despreocupa de los resultados de los exámenes que ha dispuesto, lo formula tardíamente o deja de hacerlo cuando era necesario, omite sin excusa las respectivas remisiones o interconsultas si a ellas hay lugar con la prontitud necesaria, compromete su responsabilidad, lo que por tanto, puede generar obligación de resarcir los daños que esa negligencia le irroque al afectado”<sup>4</sup>.*

En virtud del anterior marco conceptual, ante las especiales condiciones del presente caso, ha señalado el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de fecha 20 de abril de 2017, con ponencia de la Dra. Hilda González Neira, al interior del radicado

---

<sup>4</sup> Sent. C.S.J. de 30 de agosto de 2013 M.P. Ruth marina Díaz Rueda Rad. 2005-00488-01

110013103011201200012 01: “La responsabilidad civil derivada de la actividad médica, al igual que otros eventos, presupone por el demandante la carga de acreditación de los elementos que la estructuran relacionados con la existencia del **hecho culposo, del daño y del nexo de causalidad entre éste y aquel**; y, para el demandado, la de desvirtuarlos con la demostración de hechos, entre otros, como la culpa exclusiva de la víctima con entidad tal que si no hubiera ocurrido el actuar de ésta el daño generador del perjuicio no se hubiera presentado...”

De igual manera, ha precisado la Corte Suprema de justicia: “(...) si bien, en principio, la responsabilidad médica parte de la culpa probada, lo cierto es que, frente a la *lex artis*, ‘el meollo del problema antes que en la demostración de la culpa está es en la relación de causalidad entre el comportamiento del médico y el daño sufrido por el paciente’<sup>5</sup>”<sup>6</sup>.

El régimen de responsabilidad que orienta la resolución de la causa, es subjetiva, bajo el régimen de culpa probada, de allí que al actor le incumbe demostrar, i) la conducta antijurídica, ii) el daño, iii) la culpabilidad, y iv) el nexo causal. Salvo cuando se trata de obligaciones de resultado, que no es el caso<sup>7</sup>, pues es lo aceptado por las partes dentro de sus escritos de demanda, defensa y descurre de traslados, es que la actividad médica contratada es una obligación de medios, sobre lo cual no hay punto de discusión.

Teniendo en cuenta lo que antecede, recordemos que los presupuestos bajo los cuales se configuran la responsabilidad médica contractual son: hecho, daño y la relación causal entre ambos, responsabilidad que, al tenor de lo dispuesto de lo dispuesto de vieja data por la Corte Suprema de Justicia, “(...) surge cuando en desarrollo del correspondiente contrato se incurre en la culpa profesional o institucional del caso y acarrea perjuicios al respectivo paciente. Luego, para que esta culpa sea idónea en su responsabilidad es necesario que sea imputable al profesional o institución médica correspondiente y que además sea la causa eficiente de los perjuicios que se ocasionen al paciente, esto es, es igualmente indispensable que exista relación de causalidad entre la primera y los últimos.”<sup>8</sup>.

Para entrar en materia, debe tenerse en cuenta que la atención en salud esta conformada por *actos médicos, paramédicos y extramédicos*, o si bien confluyen de manera conjunta, el acto médico sería de carácter complejo; tal identificación se hace necesaria para determinar el título de atribución, lo que debe analizarse de manera global, sobre la base del concepto y el alcance del actuar médico, realizando el análisis jurídico de los derechos de los pacientes y si estos han sido vulnerados, así como también si las entidades

---

<sup>5</sup> Sentencia 001 de 30 de enero de 2001, expediente 5507.

<sup>6</sup> Sala de Casación Civil, sent. de 19 de diciembre de 2005, exp.: 381997-00491-01.

<sup>7</sup> Sentencia SC2804-2019 de 26 de julio de 2019. Rad. 76001-3-03-014-2002-00682-01. M.P. MARGARITA CABELLO BLANCO, Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia.

<sup>8</sup> Sentencia Expediente No. 3656 de 12 de julio de 1994. M.P. PEDRO LAFONT PIANETTA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación civil.

prestadoras del servicios de salud, por medio de su cuerpo médico y asistencial, cumplió con sus deberes y obligaciones.

**4.2.** Luego, es oportuno comentar que, dichos actos médicos se componen principalmente por **el diagnóstico**, el consentimiento informado, el tratamiento y el post tratamiento, no obstante, por versar la contienda de la referencia de manera puntual, sobre la primera fase en mención, es menester precisar lo que conceptualmente se ha entendido por éste en la literatura médica:

*“Diagnóstico consiste en la averiguación que hace el médico, valiéndose del examen de los síntomas o signos que presenta el paciente, para tratar de establecer la índole y caracteres de la enfermedad que lo aqueja y sus causas determinantes. El mismo, salvo los casos de conclusión muy evidentes, se inicia como “diagnóstico diferencial”, y se va formando y completando de a poco. El diagnóstico es, por otra parte, de fundamental importancia, ya que habrá de servir de sustento al “pronóstico” y al tratamiento a que se habrá de someter al enfermo, que a su vez se define como la suma de los medios a emplearse para la conservación, el mejoramiento de la salud o, a veces, sólo para alivio del dolor”<sup>9</sup>*

**4.3.** Por otro lado, la parte actora en su pronunciamiento frente al traslado de la Contestación de las demandadas, se refiere a la **pérdida de oportunidad**, tema que para la jurisdicción ordinaria civil, no tiene gran recorrido jurisprudencial sin embargo, la Corte Suprema de Justicia indicó que, *“Existen, por lo menos, tres maneras de entender la “pérdida de una oportunidad”: como una especie de daño autónomo, como una forma de sortear los problemas de incertidumbre causal, o como una técnica de valoración probatoria.*

*a) La concepción ontológica de la pérdida de una oportunidad la entiende como una entidad o bien jurídico; es decir como una especie de daño autónomo por sí mismo indemnizable.*

*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 es verdad que la simple posibilidad de obtener una ventaja o beneficio (material o inmaterial) o de evitar un perjuicio es un bien jurídico o entidad protegida por el derecho, porque la lesión a los bienes con relevancia jurídica no surge con independencia de la situación jurídica en que se encuentra el sujeto a quien pueda atribuirse el daño. El daño jurídicamente relevante depende*

---

<sup>9</sup> GIRALDO GÓMEZ, Luís Felipe, La Pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil, Edición 2ª, 2018.

*de una concepción relacional entre quien lo sufre y quien lo produce; jamás se determina “en sí mismo”.*

*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 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.*

*Tampoco tiene ningún sentido o utilidad la artificial distinción entre un daño “cierto” y el daño como “oportunidad de su evitación”. Decir que lo que se indemniza no es la muerte sino haber perdido la oportunidad de sobrevivir no es más que decir lo mismo con otras palabras; y afirmar que el abogado negligente mermó la posibilidad de ganar un pleito es lo mismo que decir que la conducta omisiva del profesional fue el factor jurídicamente determinante de la pérdida del litigio.*

*Acreditar que la víctima contaba con una oportunidad real y sería de obtener una ventaja o evitar un perjuicio de no haber sido por la intervención o abstención del agente que tenía el deber jurídico de no frustrar esa expectativa, es exactamente lo mismo que demostrar que existe un criterio jurídico de atribución del resultado dañoso a ese agente saboteador.*

*Entre ambas afirmaciones no existe ninguna diferencia radical, salvo la forma de presentarlas.*

*La falsa creencia en la sutil distinción tiene su origen en la creencia irreflexiva de que el daño tiene que ser “cierto”.*

*El único daño “cierto” es el que se ha producido, consolidado y agotado en el pasado. Pero esa especie de daño hace mucho tiempo dejó de ser el único posible o, siquiera, el más importante. Todo daño pasado con secuelas hacia el futuro carece de la característica de la certeza. Con más*

*razón, en los daños meramente probables (como el lucro cesante) tal propiedad se encuentra ausente. No hay ni puede haber ninguna situación referida al futuro contingente con el carácter de la certeza.*

*La indemnización integral de los perjuicios no consiste en regresar a la víctima al mismo estado en el que estaba en el momento inmediatamente anterior al sufrimiento del daño, pues no es posible volver al pasado. La reparación integral consiste en poner a la víctima en el estado más probable en que se hallaría (en el presente y en el futuro) de no haber sido por la ocurrencia del evento adverso.*

*Toda indemnización de un daño con relevancia jurídica lleva implícita una valoración de las oportunidades que tenía la víctima de obtener un beneficio o evitar un perjuicio. No hay ninguna “pérdida de oportunidad” que no pueda ser catalogada como una violación de los bienes jurídicos indemnizables mediante las categorías autónomas admitidas por nuestra jurisprudencia, tales como el daño emergente, el lucro cesante, la vida en relación o la violación de un bien protegido por la Constitución.*

*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.*

*b) La segunda acepción de “pérdida de una oportunidad” no la entiende como un daño autónomo, sino como un “comodín” para sortear las dificultades originadas por la imposibilidad de demostrar el “nexo de causalidad” natural.*

*Ante la injusticia que supondría negar la indemnización cuando no es posible probar con “certeza” cuál fue la causa adecuada del resultado, la pérdida de una oportunidad opera como sucedáneo de la relación de causalidad. Es una ficción, una “presunción”, un “como si”, o un premio de consolación.*

*Tal manera de concebir la “pérdida de una oportunidad” no soluciona el problema de la atribución de responsabilidad cuando es materialmente imposible conocer la causa adecuada del daño, pues la indeterminación por pluricausalidad, pluriconsecuencialidad o acausalidad permanece igual. Frente a la incertidumbre sobre la relevancia de la conducta del agente en la*

*producción del daño, decir que disminuyó o cercenó una posibilidad de la víctima es no decir nada en absoluto, es simplemente una arbitrariedad porque el criterio de atribución permanece desconocido.*

*A lo anterior se suma una inconsistencia insalvable: la “pérdida de una oportunidad” sólo se requiere cuando no hay manera de precisar el nexo causal; es decir que es un recurso conceptual incompatible y excluyente con los enfoques causales. Siempre que exista claridad intuitiva sobre la acción que produjo un resultado lesivo, será innecesario acudir a la pérdida de una oportunidad.*

*Una vez se ha demostrado que la pérdida de una oportunidad no es un daño autónomo, ni un sucedáneo de la relación causal en los casos de indeterminación o incertidumbre causal, ni mucho menos un método de reparto de responsabilidad proporcional con base en criterios estadísticos, sólo queda concebirla como una técnica probatoria para atribuir responsabilidad bajo criterios de probabilidad lógica.*

*c) La pérdida de una oportunidad como técnica probatoria.*

*Tanto en la sustentación de la sentencia de casación como en la motivación del fallo sustitutivo se explicó que cuando es materialmente imposible determinar la “causa adecuada” de un daño (no por negligencia probatoria de la parte que tiene esa carga, sino por imposibilidad real), la atribución del resultado lesivo a un agente como suyo debe hacerse con base en criterios jurídicos mediante una inferencia abductiva o probabilística.*

*Se trata de correlacionar una acción u omisión con un resultado jurídicamente desaprobado cuando se tiene el deber legal y la posibilidad material de evitar la consecuencia lesiva.*

*Esa correlación se hace mediante inferencias indiciarias, abductivas o de probabilidad lógica.*

*De ese modo es posible concluir, dentro del ámbito de lo probable, que si la experiencia muestra que una persona que tiene el deber jurídico de evitar un daño incumple ese deber habiendo tenido la posibilidad de impedir la consecuencia lesiva, entonces hay razones jurídicas para atribuirle ese resultado como suyo, aunque no haya intervenido físicamente en su producción o aunque la preponderancia de su participación no se haya podido determinar con certeza.*

*El cercenamiento de la posibilidad de evitar un perjuicio o de no haber obtenido un beneficio es, en suma, la elaboración de una correlación lógica entre la conducta del demandado y la lesión que sufre la víctima cuando los vínculos causales son sensorialmente imperceptibles o indeterminables.*

*La “pérdida de una oportunidad” es, de esa forma, un método de valoración probatoria sin ningún misterio; no es ninguna novedad, pues siempre ha estado disponible: es un indicio. Nada más y nada menos”<sup>10</sup>*

De lo expresado por el Alto Tribunal, lo importante en estos casos, es demostrar que se tenía una oportunidad real y seria, y para ello resulta indispensable que siempre que se demuestre por parte de la víctima que al momento del hecho dañino se encontraba en ejercicio de dicha posibilidad, es decir, se encontraba, en un curso causal iniciado para lograr concretar esa posibilidad y que esta fue frustrada por completo, lo que se no ocurre en el caso de el señor AVELLANEDA RENSÓM, puesto para cuando el paciente consulta, ya padecía las complicaciones de la enfermedad metastásica, como se verá en el análisis probatorio.

Además de aquello, este juzgador no sería congruente en su decisión, dado que lo que debe ser considerado son las pretensiones del extremo activo, por cuanto solicita los daños morales que son inconsistentes con la figura motivada en precedencia.

**4.4.** También fue objeto de pretensión **el Daño a la salud, a las condiciones de existencia o a la vida en relación** está evidentemente descartado por la muerte del demandante, ya que este rubro se concede, si se llegare a demostrar su materialización, únicamente a la víctima directa del menoscabo a la integridad psicofísica como medida simbólica o de compensación por la pérdida del bien superior a la salud, que le impedirá tener una vida en condiciones normales.

**4.5.** Ahora sí se entra en materia, en el sentido de verificar de la satisfacción de los elementos estructurales planteados como problema jurídico, en los siguientes términos:

**4.5.1. Daño.** En primer lugar, es la razón de ser de la responsabilidad, y por ello, es básica la reflexión de que su determinación en sí, precisando sus distintos aspectos y cuantía, ha de ocupar el primer lugar, en términos lógicos y cronológicos, en la labor de las partes y el juez en el proceso.

Este elemento primordial está acreditado en el informativo con la “*Descripción Quirúrgica*” del procedimiento “*Amputación o desarticulación de pierna sod*” realizada el 28 de junio de 2012(FI. 186, cuaderno 1A – Historia Clínica Méderi). Tal suceso se demuestra a continuación:

**PROCEDIMIENTOS REALIZADOS**

CODIGO	NOMBRE PROCEDIMIENTO	VIA	REGIÓN TOPOGRÁFICA	CLASE DE HERIDA
841500	841500 -Amputacion o desarticulacion de pierna sod	A	Extremidad Inferior Derecha	Limpia

<sup>10</sup> SC562-2020 de 27 de febrero de 2020. Rad. 73001-31-03-004-2012-00279-01. M.P. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

Posteriormente, se evidencia dicho presupuesto con el certificado de defunción (Fl. 261, cuaderno 1) que si bien fue adosado en copia simple no fue objeto de tacha por los demandados, de modo que se presume auténtico y tiene pleno valor, como los demás documentales acercadas en idénticas condiciones. Lo anterior fue aceptado en las contestaciones. Sobre su tipología y extensión habrá lugar a pronunciarse en caso de hallarse configurada la responsabilidad.

**4.5.2. Culpa.** La parte demandante en su *“causa petendi”* se limita a indicar que los perjuicios sufridos en cabeza de aquella, fue a causa de la atención médica y asistencial culposa brindada por parte de las entidades de salud demandadas; pero en estos casos de responsabilidad médica no basta con enunciar los presupuestos axiológicos de la acción sino demostrar su materialización; dado que, la carga de la prueba puede definirse como aquella obligación que tienen las partes de demostrar lo afirmado en su demanda o en su contestación, con fundamento en el artículo 167 del Código General del Proceso, el cual dispone que *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*<sup>11</sup>.

En desarrollo de la norma procesal antes citada, tenemos en principio que la legislación colombiana establece que es el paciente quien está obligado a demostrar la culpa del profesional de la salud, así como los otros dos elementos de responsabilidad daño y nexo causal entre daño y culpa, si quiere que sus pretensiones sean acogidas. En estos casos, si el paciente no logra acreditar dentro del proceso que fue imprudente, negligente o imperito el actuar del profesional de la salud, éste último no podrá ser obligado a resarcir los perjuicios alegados.

Respecto a la *“carga probatoria”*, el apoderado del accionante, indicó que es también deber de las accionadas demostrar su diligencia, lo que se refiere al artículo 1604 del Código Civil<sup>12</sup>, inaplicable para el caso en concreto, ya que el debate suscitado en esta oportunidad es bajo el régimen subjetivo de culpa probada y no presunta, por lo que el demandante debió probar no solo la afectación relevante, sino también, la conducta jurídicamente reprochable por ser negligente e imperita y el juicio de correlación jurídica que permite imputar las lesiones sufridas por la víctima, por la culpa de las entidades de salud demandadas, lo que, de entrada, se establece, no sucede en el caso en el asunto de la referencia y veremos porqué.

En ese orden de ideas, el extremo activo, no individualiza las acciones que a su consideración son imperitas y negligentes en libelo demandatorio, sólo hasta el pronunciamiento frente al escrito de defensa, enuncia tal actuar que en resumen es *“mala realización de la historia clínica, valoración clínica y paraclínica inadecuada, valoración*

---

<sup>11</sup> Art. 167 del CGP. (Antes art. 177 CPC)

<sup>12</sup> Inciso 2° del art. 164 C.C., *“La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”*

especializada inexistente o tardía, impericia en las valoraciones y adopción de conductas, diagnósticos tardíos”. En este punto cabe recordar que, las valoraciones realizadas son el exordio para delimitar los diagnósticos que, al sentir del petente fue tardío; no obstante, el error por sí mismo o su inoportunidad, no genera la responsabilidad deprecada, se hace necesario que acredite que este proviene de una conducta violatoria de la *lex artis* – culposa – y que esto hay sido determinante del diagnóstico errado en el que se incurrió, de tal modo que aquellas situaciones que encajan en la materialización de una consecuencia de la enfermedad, o que se originan en la similitud de las patologías que puede presentar el paciente (*fascitis plantar, artritis gotosa, espolón calcáneo, edema localizado*) sin que al momento de la atención sean claros, o que provienen de la deficiente información del atendido para con el galeno sobre su estado de salud, en definitiva no puede ser considerado como diagnósticos errados o inoportunos susceptibles de comprometer la responsabilidad de los profesionales y entidades de la salud, ni en el caso que nos ocupa, como inicialmente la lesión permanente por la amputación del pie derecho y luego la muerte del señor Avellaneda Rendón.

Más cuando, el mismo paciente no refiere de manera precisa y completa los pre-signos y síntomas y, su duración y perentoriedad, porque si lo descendemos al *sublite*, nos encontramos porque no hay congruencia con lo relatado por el demandante y su apoderado, dado que en el hecho No. 4 de la demanda refiere que el dolor en el pie derecho inició en el año 2008, a pesar de ello, dentro del plenario figura historia clínica de otra entidad prestadora de beneficios de salud, como es SALUD TOTAL EPS, no convocada a esta acción, donde se avizora que el paciente consultó en el año 2006 por “DOLOR A NIVEL DE CUELLO DE PIE IZQUIERDO. NO EDEMA. LESION PUNTIFORME EN CICATRIZACION EN REGION ANTERIOR DE CUELLO DE PIE, QUE EL PACIENTE REFIERE QUE FUE POR COLOCACION DE VENDAJE”<sup>13</sup> (Subrayado fuera del texto), lo que se demuestra así:

<b>RESUMEN DE LA HISTORIA CLÍNICA:</b> desde 08/01/2006 01:21:00 PM hasta 08/01/2006 01:21:00 PM
Consulta del martes, 01 de agosto de 2006 a las 01:21 PM en VS OCCIDENTE
Nombre del Profesional: MARIO ERNESTO BANDA GUZMAN - MEDICINA GENERAL ( Registro No. 3665/1997 ) Número de Autorización: Tipo de Consulta: TR CONSULTA DE TRIAGE Causa que Genera la Consulta: Enfermedad General
Clasificación Triage: 4
Motivo de consulta: DOLOR EN CUELLO DE PIE DE 8 DIAS LUEGO DE ESTIRAR EL PIE. EN TRATAMIENTO CON DICLOFENACO.
TA: 130 / 80    FC: 68 / min    FR: 18 / min    Peso: 70 kg    T: 37 °C
Examen físico: .B.E.G. C.C. NORMOCEFALO HIDRATADO. ORL NORMAL. CUELLO MOVIL. C7P. RUIDOS CARDIACOS RITMICOS, NO SOPLOS. PULMONES BIEN VENTILADOS. ABD. BLANDO DEPRESIBLE NO DOLOROSO. EXT. REFIERE DOLOR A NIVEL DE CUELLO DE PIE IZQUIERDO. NO EDEMA. LESION PUNTIFORME EN CICATRIZACION EN REGION ANTERIOR DE CUELLO DE PIE, QUE EL PACIENTE REFIERE QUE FUE POR COLOCACION DE VENDAJE. NO LIMITA MOVILIZACION NI MARCHA.SNC. SIN DEFICIT.
OBSERVACIONES GENERALES:
DIAGNÓSTICO: (S99.8 ) OTROS TRAUMATISMOS DEL PIE Y DEL TOBILLO, ESPECIFICADOS Tipo de Dx: IMPRESION DIAGNOSTICA - DX Clase de Dx: INGRESO URGENCIAS

<sup>13</sup> CD, visible a folio 307, cuaderno 1A. Aportado por la parte demandante.

Teniendo en cuenta este suceso, no puesto en conocimiento del médico tratante el día de consulta en el año 2008, donde el paciente en su anamnesis informa que la evolución del dolor en el pie derecho que, discrepa de su consulta anterior, es de un año, y no de dos años, como se puede constatar, dado que el dolor manifestado, es en la misma ubicación en ambas extremidades inferiores. Tampoco es posible comprobar la extensión en el tiempo del dolor en el pie del paciente, puesto que estuvo en debate en la contradicción del dictamen que, los profesionales de la salud no tuvieron en cuenta la referencia de 20 años de molestia, y es que, no es posible que haya durado por los menos 18 años sin consultar una sintomatología tan prolongada, la regla de la experiencia permite decir que el ser humano identifica un dolor leve en 1 mes y un dolor crónico hasta 3 meses<sup>14</sup>, entonces, como podríamos hablar de casi dos décadas de dolor, sin consulta.

Lo anterior, significa que el error no es sinónimo de culpa, es posible entender que el diagnóstico primario emitido por el galeno tratante no fue el acertado, pero esto no será suficiente para endilgar responsabilidades por ese resultado, en razón que para hacerlo, debe indagarse por la conducta para establecer que si agotó los medios que tenía a su disposición para expresar su juicio y, aquí llegamos a otro punto del debate, es que sí las entidades demandadas, debieron ordenar y autorizar resonancia magnética como apoyo diagnóstico?

En relación a la resonancia magnética, este juzgador debe apegarse a lo evidenciado en las pruebas aportadas y practicadas, como la historia clínica, -que si bien en principio, la parte demandante indicó que se encontraba incompleta, una vez aportada no fue objeto de tacha- hasta la indiciaria, esta última, de conformidad con el artículo 242 del C.G.P.<sup>15</sup>, en ese sentido se expresa lo siguiente:

a. Que el señor Jesús Avellaneda fue remitido a la especialidad adecuada, según su sintomatología, tan es así que tuvo interconsulta con ortopedia y traumatología.

PACIENTE CON CUADRO CLINICO DE 4 MESES DE EVOLUCION DADO POR EL DOLOR EN EL PIE Y TOBILLO DERECHO CON SIGNOS INFALAMATORIOS POR LO QUE HA RECIBIDO AINES SIN MEJORIA POSTERIOR A LO QUE SE DESCARTO ARTRITIS GOTOSA CON AC URICO DENTRO DE LOS LIMITES NORMALES Y RX DE TOBILLO DERECHO CON ARTROSIS INICIPIENTE SIN EVIDENCIA DE ESPOLON SEGUN EL PACINETE SIN MEJORIA EN TERAPIA FISICA CON DETERIORO DE LA MARCHA HASTA CAMINAR CON APOYO DE MULETAS Y DOLOR A PALPACION PLANTAR CON DOLOR DORSAL A NIVEL METATARSIO COMPATIBLE CON FASCITIS PLANTAR POR LO QUE AMERITA VALORACION POR ORTOPEDIA

b. Que se le ordenó los exámenes clínicos y paraclínicos, de acuerdo el juicio del galeno tratante y el diagnóstico inicial de "Fascitis Plantar": "electromiografía en cada extremidad", "neuroconducción por cada extremidad" y "radiografía de tobillo AP lateral y rotación interna".

<sup>14</sup> <https://www.msmanuals.com/>.

<sup>15</sup> Art. 242 C.G.P.: El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso.

AYUDAS DIAGNOSTICAS	
<b>ELECTROMIOGRAFIA EN CADA EXTREMIDAD (UNO O MAS MUSCULOS)</b>	Enviado por Profesional : IVAN ALIRIO TARAZONA GALINDO Registro: 0327-98
<b>NEUROCONDUCCION POR CADA EXTREMIDAD (UNO O MAS NERVIOS)</b>	Enviado por Profesional : IVAN ALIRIO TARAZONA GALINDO Registro: 0327-98
<b>RADIOGRAFIA DE TOBILLO AP LATERAL Y ROTACION INTERNA</b>	Enviado por Profesional : IVAN ALIRIO TARAZONA GALINDO Registro: 0327-98

c. Que se programó cita para la lectura de los exámenes ordenados y practicados, pero por situación sobreviniente causada por el mismo actor, los exámenes se obtuvo lectura por otro médico, no inscrito en la red de prestadores de servicios de salud de la EPS aquí demandada, ni se le otorgó ni siquiera la oportunidad al médico tratante para decretar la toma de dicho examen imagenológico, por lo que no fue una omisión u acción atribuible al profesional o a la entidad promotora de salud.

d. Que dentro del plenario no hay prueba de la negativa de autorización de la resonancia magnética por parte de NUEVA EPS S.A., y una vez se tuvo la cita con resultados se ordenó “*remitir de manera urgente valoración (Sic) por ortopedia oncológica (Sic)*”:

CONTROL CONSULTA (REFERENCIA - CONTRAREFERENCIA)	
Especialidad:	ORTOPEDIA Y TRAUMATOLOGIA
Remision:	CITA CON RESULTADOS
Resultado:	paciente con antecedente de neuropatia de piea estudio y dorso en miembro inferior acude a valoración por ortopedi para manejo con resultado de electromiografia de miembros inferiores acude a valoración por ortopedia para manejo resultados de electromiografia negativo para compresiones pero rx de tobillo muestra imagen litica en tobillo por lo cual se tomo una rmn que reporta sarcoma sinovial por lo cual se debe remitir de manera urgente valoración por ortopedia oncológica.
Enviado por Profesional :	IVAN ALIRIO TARAZONA GALINDO Registro: 0327-98
Fecha :	19/12/2011 10:19

De lo anterior, queda claro para este Despacho que el elemento de la culpabilidad no está demostrado dentro del asunto objeto de estudio, puesto que, tanto la NUEVA EPS S.A. y ANDAR S.A., no actuaron de manera, negligente, imperita, descuidada, inoportuna o violando la *lex artis*, así como tampoco incurrió en omisión, de acuerdo a lo estudiado en precedencia.

**Nexo causal.** La no demostración del elemento de culpabilidad es suficiente para dar al traste con las pretensiones, sin embargo, se abordará este elemento, considerando que se trata de un asunto especializado y, en ese sentido, las pruebas técnicas resultan las más idóneas para acreditarlo.

Obra en el dossier el dictamen presentado por la parte actora (Fl. 391, cuaderno principal) y controvertido en audiencia adiada 29 de marzo de 2022<sup>16</sup> con presencia del perito que lo rindió, médico Juan Felipe Ramírez Montoya; del mismo se destaca que el experto es un médico especialista, ortopedista y traumatólogo, Sub especialidad Ortopedia

<sup>16</sup> Folio 473, cuaderno “continuación cuaderno principal”

(pediátrica) Infantil, más no oncólogo, a pesar que el diagnóstico era una Sarcoma Sinovial<sup>17</sup>, patología propia de la rama de la oncología.

Aunado a ello, cabe resaltar, la alusión a la ausencia de fuentes importantes para su realización, dado que echó de menos la historia clínica de la Clínica San Rafael, como el mismo experto lo indicó en el interrogatorio respectivo al decir que *“esa historia de la Clínica San Rafael, yo no la... pues no me fue suministrada”*<sup>18</sup>

Con esas limitaciones el experto, afirmó que, el galeno que prestó el servicio omitió resonancia magnética, sin embargo, esto no constituye la causa de los perjuicios sufridos por la víctima, en cuanto la amputación era necesaria para el tratamiento eficaz de la patología de sarcoma sinovial, como el mismo Dr. Ramírez Montoya lo plasma en su escrito:

*En cuanto a los procedimientos realizados de ahí en adelante, el actuar médico fue el correcto, realizando amputación transtibial para el manejo radical del tumor y haciendo quimioterapia coadyuvante. Finalmente, el tumor siguió propagándose a pesar de la quimioterapia y terminó por causarle la muerte al paciente.*

Por otro lado, es importante resaltar que, según la misma literatura médica indicada como referencia por perito, en lo referente al *sarcoma sinovial* “La primera señal de problema es, generalmente, un bulto profundo que puede ser sensible o doloroso. Por lo general, el sarcoma sinovial crece de manera lenta” (...), además que, “por lo general, el sarcoma sinovial es de crecimiento lento, por lo tanto, pueden pasar años antes de que se llegue a un diagnóstico definitivo. En algunos casos, el sarcoma sinovial se diagnostica inicialmente de manera incorrecta como artritis o bursitis”<sup>19</sup>, lo que sucedió en el caso analizado por esta instancia, puesto que uno de los diagnósticos fue artritis, la característica de ser lento coincide con el dictamen allegado y, no contento con esto, no se puede dejar de lado que la consulta por parte del paciente por sentir de dolor y *abultación* dos años posteriores.

A pesar que, la atención inoportuna puede generar una pérdida de oportunidad para el paciente, es necesario tener en cuenta que, de igual forma, puede presentarse casos, que si de cierta manera existe una demora en la práctica de un examen, no se configura esta figura, ni existe la causalidad jurídica, aunque se haya presentado el resultado al cual se quería escapar, toda vez que se demostró que (i) la conducta de las entidades demandadas no es reprochable y en caso que así, lo fuera (ii) no puede considerarse como la causa adecuada de la situación negativa finalmente presentada. Así las cosas, debe

<sup>17</sup> El sarcoma sinovial es un tipo de cáncer poco frecuente que suele aparecer cerca de articulaciones grandes, especialmente en las rodillas, en adultos jóvenes. A pesar de su nombre, generalmente, no afecta el interior de las articulaciones, en donde se encuentran el tejido y el líquido sinovial. (...) La primera señal de problema es, generalmente, un bulto profundo que puede ser sensible o doloroso. Por lo general, el sarcoma sinovial crece de manera lenta (...) <https://www.mayoclinic.org/es-es/diseases-conditions/synovial-sarcoma/>

<sup>18</sup> Audio y video. Audiencia de 29 de marzo de 2022.

<sup>19</sup> Thway K, Fisher C. Synovial sarcoma: defining features and diagnostic evolution. Ann Diagn Pathol. 2014;18:369–80.

reconocerse que, en ciertos casos, a pesar de las demoras en la atención, es en definitiva el causal negativo de la enfermedad, el que al desenlace determinó la configuración de la amputación transtibial –lesión- y la muerte del causante.

Los restantes medios de prueba resultan inconducentes para acreditar la causalidad por la que se indaga. No aportan elementos de juicios en orden a establecerla.

De cara a asuntos científicos de difícil elucidación, como la causa de un deceso, la doctrina acepta alivianar el rigor probatorio que grava al actor, particularmente, cuando, como en este caso, se carece de elementos que permitan demostrarla con certeza, en esa línea, resulta admisible que, si no puede demostrarlo con certeza y exactitud, al menos, acredite un grado suficiente de probabilidad.

En este orden de ideas, el caudal demostrativo estuvo desenfocado pues no se ocupó siquiera del encadenamiento que realmente importaba a la resolución de la causa, en esa medida es forzoso concluir que ninguna evidencia sustenta que la conducta médica, haya incidido en la pérdida de la extremidad inferior en principio y/o la muerte producida.

Luego, al margen de los motivos que tuvo el demandante para negarse a realizarse el procedimiento *amputación sinoval*, lo que pudo agravar su situación, no deviene de un acto de omisión o negligencia de la E.P.S. o de las IPS encargadas, sino de la voluntad libre y espontánea del señor Jesús Avellaneda Rendón (q.e.p.d.), quien conforme indica no estaba obligado a recibir un servicio que rechazaba.

En ese marco y, analizadas la totalidad de las pruebas adosadas al presente trámite, rápidamente se advierte que la parte demandante no cumplió con su carga probatoria, a fin de demostrar que se incurrió en una mala praxis en el tratamiento, manejo y atención del señor Jesús Avellaneda Rendón con ocasión amputación del pie derecho y el posterior muerte del demandante, dado que más allá de acreditar que los mismos si se practicaron, tal y como se puede evidenciar de la historia clínica que se aportó con el escrito de la demanda, lo cierto es que debió precisar como la atención resultó errada o se obró con culpa, pues a partir de dicha circunstancia surge la posibilidad de reclamar los perjuicios que demanda y que además de ello, que existe causalidad jurídica entre estos, lo cual no fue acreditado en el *sub iudice*.

Y es que, pese a la información que en materia de procedimiento, tratamientos y controles contiene la historia Clínica, dicha documental por sí misma no permite concluir en situaciones propias de negligencia u omisión por parte de la demandada. Ahora, si bien, el demandante se esmeró por hacer un recuento amplio de los hechos que a su parecer dieron lugar a que se agravara la condición salud del Señor Jesús Avellaneda Rendón (q.e.p.d.), lo cierto es que los mismos no resultaron probados.

Sobre el particular, puso de presente la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 24 de mayo de 2017, con ponencia del Dr. Luis Armando Tolosa Villabona:

*Como tiene explicado la Corte, “(...) [s]i, entonces, el médico asume, acorde con el contrato de prestación de servicios celebrado, el deber jurídico de brindar al enfermo asistencia profesional tendiente a obtener su mejoría, y el resultado obtenido con su intervención es la agravación del estado de salud del paciente, que le causa un perjuicio específico, éste debe, con sujeción a ese acuerdo, **demostrar, en línea de principio, el comportamiento culpable de aquél en cumplimiento de su obligación, bien sea por incurrir en error de diagnóstico o, en su caso, de tratamiento, lo mismo que probar la adecuada relación causal entre dicha culpa y el daño por él padecido, si es que pretende tener éxito en la reclamación de la indemnización correspondiente,** cualquiera que sea el criterio que se tenga sobre la naturaleza jurídica de ese contrato, **salvo el caso excepcional de la presunción de culpa que, con estricto apego al contenido del contrato, pueda darse, como sucede por ejemplo con la obligación profesional catalogable como de resultado**”<sup>1</sup> (subrayado fuera de texto).*

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 12 de enero de 2018, con ponencia del Dr. Luis Armando Tolosa, al interior del radicado SC003-2018, 2012-00445 01, 12, en relación con el nexo causal a propósito de la *lex artis*, en un caso que sustenta su inobservancia en la historia clínica, puntualizó:

***“Por supuesto, para determinar el momento en que se incurre en responsabilidad médica, el baremo o límite lo constituye el criterio de normalidad emanado de la Lex Artis. Esto, porque si al médico, dada su competencia profesional, le corresponde actuar en todo momento con la debida diligencia y cuidado, en el proceso debe quedar acreditado el hecho contrario, esto es, el desbordamiento de esa idoneidad ordinaria calificada, según sea el caso, por infracción de las pautas de la ley, de la ciencia o del respectivo reglamento médico.***

***En otras palabras, la historia clínica, en sí misma, no revela los errores médicos imputados a los demandados. Esto, desde luego, no significa la postulación de una tarifa probatoria en materia de responsabilidad médica o de cualquier otra disciplina objeto de juzgamiento. Tratándose de asuntos médicos, cuyos conocimientos son especializados, se requiere esencialmente que las pruebas de esa modalidad demuestren la mala praxis.***

***Existiendo en la materia libertad probatoria, al ser el juez ajeno al conocimiento médico, la Corte tiene sentado que “(...) un dictamen pericial, un documento técnico científico o un testimonio de la misma índole, entre otras pruebas, podrán ilustrar (...) sobre las reglas (...) que la ciencia de que se trate tenga***

**decantadas en relación con la causa probable o cierta de la producción del daño que se investiga (...)**<sup>20</sup>.

**Las historias clínicas y las fórmulas médicas, por lo tanto, en línea de principio, por sí, se insiste, no serían bastantes para dejar sentado con certeza los elementos de la responsabilidad de que se trata, porque sin la ayuda de otros medios de convicción que las interpretara, andaría el juez a tientas en orden a determinar, según se explicó en el mismo antecedente inmediatamente citado, “(...) si lo que se estaba haciendo en la clínica era o no un tratamiento adecuado y pertinente según las reglas del arte (...)”.** (resaltado fuera de texto)

En consecuencia, y como el ejercicio de la medicina comprende por su propia naturaleza un riesgo; en cualquiera de las fases en que intervenga el galeno, unas de manera más evidente que otras, es latente un resultado adverso que, incluso, puede desbordar la capacidad de reacción o control del profesional, ajeno el mismo a negligencia o culpa. Quiere decir lo anterior, que debió probarse, por consiguiente, que el resultado, en este caso la supuesta agravación del estado de salud del paciente se produjo dentro los límites al alcance de las entidades de salud inmiscuidas, o sea, que en aquellas estaba la posibilidad de evitar la consecuencia, y aun así no lo hicieron, desde luego que eso no implica que la pasividad sea de recibo.

De igual manera, atendiendo a los especiales conocimientos que demanda el análisis de la posible responsabilidad civil por mala praxis y los efectos negativos que de ella pueden desencadenarse en el demandante, resulta esencial acudir a concepto técnico o información calificada que ilustren al despacho sobre esas precisas circunstancias que avalan las pretensiones indemnizatorias de la actora, al respecto el Tribunal Superior de Bogotá, con ponencia de OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA, al interior del radicado 2001 03132 01 refirió:

**“(...) cuando de asuntos técnicos se trata, no es el sentido común o las reglas de la vida los criterios que exclusivamente deben orientar la labor de búsqueda de la causa jurídica adecuada, dado que no proporcionan elementos de juicio en vista del conocimiento especial que se necesita, por lo que a no dudarlo cobra especial importancia la dilucidación técnica que brinden al proceso esos elementos propios de la ciencia (...). En otras palabras, un dictamen pericial, un documento técnico científico o un testimonio de la misma índole, entre otras pruebas, podrán ilustrar al juez sobre las reglas técnicas que la ciencia de que se trate tenga decantadas en relación con la causa probable o cierta de la producción del daño que se investiga (...)**

---

<sup>20</sup> CSJ. Civil. Sentencia 183 de 26 de septiembre de 2002, expediente 6878.

En dicho sentido, la negativa de la resonancia magnética y el presunto retardo en el diagnóstico de “*sarcoma sinovial*” y la negligencia por parte de los profesionales de la salud que intervinieron en el cuidado del paciente, que se constituyeron en argumentos de los alegatos de conclusión de la parte demandante, están desprovistas de prueba que de fundamento a las pretensiones de la demanda y supere el simple discurso persuasivo para llevar al convencimiento de los hechos.

**4.6.** Finalmente, en lo que atañe, al hecho que se declaró confesa la entidad prestadora de salud NUEVA EPS S.A., en cuanto a algunos interrogantes, se debe considerar que, las pruebas deben estudiarse, analizarse e interpretarse de acuerdo a la sana crítica, de conformidad con el artículo 164 del código procesal, y en el presente asunto, los medios probatorios no demostraron la responsabilidad alegada por el extremo activo.

De modo que, teniendo en cuenta el dictamen pericial allegado con la demanda, interrogatorios y testimonios, historias clínicas aportadas, y demás pruebas recaudadas permite al Despacho concluir, sin asomo de duda, la forma en como las entidades aquí demandadas no contribuyeron de manera determinante en la generación del daño, situación que conlleva de manera forzosa a inferir, la no acreditación de la culpa de las demandadas y, por ende, la negación de las pretensiones planteadas, resultando innecesario cualquier pronunciamiento frente a las excepciones propuestas y la objeción del juramento estimatorio.

Corolario de lo discurrido se concluye que no están acreditados los presupuestos referidos al nexo de causalidad y la culpa y por ello, se reitera, no prosperan las pretensiones. Se condenará en costas a la parte demandante a favor de las demandadas.

## **V. DECISION:**

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARENTA Y NUEVE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

## **VI. RESUELVE:**

**PRIMERO. - NEGAR** las pretensiones de la demanda, y, por ende, declarar terminado el proceso impetrado por JESÚS AVELLANEDA RENDÓN (Q.E.P.D) contra Nueva Empresa Promotora de Salud S.A. – NUEVA EPS S.A. y la Sociedad de Consultoría y Prestación de Servicios ANDAR S.A., conforme a lo esbozado en la parte considerativa de la demanda.

**SEGUNDO. - CONDENAR** al demandante JESÚS AVELLANEDA RENDÓN (Q.E.P.D) al pago de las costas causadas en la instancia en favor de Nueva Empresa Promotora de Salud S.A. – NUEVA EPS S.A. y la Sociedad de Consultoría y Prestación de

Servicios ANDAR S.A. Líquidense las mismas fijando como tal la suma equivalente a **once millones doscientos mil pesos / moneda legal corriente (\$11'200.000, 00)**, por concepto de agencias en derecho.

**TERCERO. - ARCHIVAR** en su oportunidad el expediente, dejándose las constancias de rigor en el sistema de gestión judicial.

**NOTIFÍQUESE,**

  
**HERMAN TRUJILLO GARCÍA**  
**JUEZ**

**JUZGADO CUARENTA Y NUEVE CIVIL DEL  
CIRCUITO**  
Notificación por Estado

La providencia anterior se notificó por anotación en estado N° 098, fijado hoy 26 de junio de 2023 a la hora de las 8.00 A.M.

**MARGARITA ROSA OYOLA GARCÍA**  
Secretaria