

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYAN
SALA CIVIL - FAMILIA

Magistrado ponente: JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA

Popayán, trece (13) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

(Discutido y aprobado en Sala de decisión de fecha 12 de octubre de 2021, según acta No. 020)

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el **29 de mayo de 2019** por el JUZGADO SEXTO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN, dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES de la DEMANDA y HECHOS RELEVANTES. Mediante demanda radicada el 05 de junio de 2013 (fl. 166 c. ppal.), BERTHA NUBIA GIRON DE FERNANDEZ, YADY MARITZA, ALMA CONSTANZA FERANDEZ GIRON, y NELCY FABIOLA FERNANDEZ PIZO, la primera en calidad de madre y las demás en su condición de hermanas del fallecido JUAN DAVID FERNANDEZ GIRON, solicitan declarar a COOMEVA EPS S.A. civil, moral y materialmente responsable "por los perjuicios ocasionados al hoy extinto JUAN DAVID FERNANDEZ GIRÓN y que concluyeron con la muerte de éste", y los perjuicios causados a las demandantes "con motivo de la mala atención de que fue víctima el hoy occiso", "**al no otorgar la medicina y órdenes de exámenes oportunamente, lo que conllevaron a la agravación de la enfermedad y posteriormente su muerte**". En consecuencia, piden condenar a la demandada a pagar las siguientes sumas de dinero, sin perjuicio de la condena en costas:

A favor de	Perjuicios morales	Perjuicios materiales
		Lucro cesante futuro
BERTHA NUBIA GIRON DE FERNANDEZ (madre)	100 SMLMV	\$63.666.000
NELCY FABIOLA FERNANDEZ PIZO (hermana)	50 SMLMV	
YADY MARITZA FERNANDEZ GIRON (hermana)	50 SMLMV	
ALMA CONSTANZA FERNANDEZ GIRON (hermana)	50 SMLMV	

Como sustento de las pretensiones, se relata en la demanda, que el señor JUAN DAVID FERNANDEZ GIRON a la fecha de su muerte contaba con 29 años de edad, vivía en casa de su progenitora BERTHA NUBIA GIRON DE FERNANDEZ, estaba afiliado a COOMEVA EPS, soltero, sin hijos y huérfano de padre.

Que la familia es de escasos recursos y cuando el señor JUAN DAVID enfermó, su madre dejó de trabajar para dedicarse a su cuidado, previo a su padecimiento el prenombrado laboraba para la empresa QUEST S.A.S., donde devengaba un salario mínimo mensual que para el año 2010 equivalía a \$ 535.000

Que al señor JUAN DAVID le fue detectada su patología el 01 de septiembre de 2010, fecha en la cual dejó de trabajar, *"debido a la gravedad de la enfermedad que le impedía seguir laborando y tenía que empezar su tratamiento riguroso"*. Luego de varios exámenes y diagnósticos el 08 de septiembre de 2010 ingresó a la FUNDACIÓN VALLE DE LILI siendo operado el 10 del mismo mes y año, y donde le fue confirmado la existencia de un **tumor cerebral canceroso**.

Que el 06 de octubre de 2010 el paciente fue diagnosticado con GLIOBLASTOMA MULTIFORME siendo ordenado *"tratamiento completo"*, el que *"no se debía interrumpir durante la radioterapia con el fin de garantizar el éxito del tratamiento"*.

Que el 23 de octubre de 2010 le fue practicada resonancia magnética, *"resultando una lesión de aspecto tumoral residual"*, por lo que el médico tratante recomendó realizar *"estudio ESPECTROSCOPIA"* y decide hospitalizarlo iniciando con cortisona y otros medicamentos para luego comenzar tratamiento complementario con *"TEMOZOLAMIDA"*.

Que el 16 de diciembre de 2010 terminó el tratamiento con *"TEMOZOLIMIDA"*, y se solicitó resonancia magnética con ESPECTROSCOPIA que no se practicó, por lo que *"a partir de esta fecha es el tiempo en que se inicia la ocurrencia por negligencia de los hechos para contar el término de caducidad art. 2341 C.C. y a partir de esa misma fecha tienen ocurrencia los hechos aquí demandados ya que sus efectos se prolongaron en el tiempo hasta su muerte"*, lo que se evidencia de la historia clínica en donde se indica que los medicamentos y exámenes ordenados por los galenos, no fueron entregados ni practicados oportunamente y otros no fueron autorizados por la EPS.

Que el fallecido fue enviado a su residencia en Popayán y cuando se agravó fue llevado de urgencia a la CLÍNICA LA ESTANCIA donde permaneció por pocos días, habida cuenta que siempre era remitido a la FUNDACIÓN VALLE DE LILI donde fue tratado, sin embargo, no se obtenía buenos resultados *"debido a la falta oportuna de los medicamentos ya que COOMEVA era negligente en la entrega oportuna de los mismos"*, como se extrae de la historia clínica.

Que en la epicrisis de la FUNDACIÓN VALLE DE LILI entre el 29 de abril al 05 de mayo de 2011, se indica que el paciente se encuentra en tratamiento ambulatorio *"con RT y Temodal que suspendió hace dos meses por falta de insumos en su EPS"*, y que *"no recibe tratamiento desde enero de 2011"*.

Que el 27 de abril de 2011 la madre del occiso presentó acción de tutela donde se describió los *"medicamentos anotados por la EPS COOMEVA a partir del 26 de enero de 2011"*, dentro de los que se relaciona el examen de espectroscopia *"que nunca le fue practicado al igual que no le fue suministrados todos los medicamentos para las dosis de TEMOZOLAMIDA DE 250 y 150 mgrs."*, situación que impidió que el tratamiento tuviera los *"resultados esperados"* como lo manifestaron los médicos en la historia clínica.

Que el 04 de mayo de 2011 se dejó señalado en el historial médico que *"preocupa la dificultad que ha tenido el paciente para recibir en forma adecuada su tratamiento ambulatorio, ocasionando falta de eficacia del tratamiento instaurado por tal motivo ante la recidiva considero prudente iniciar lo antes posible la terapia de tal forma que se ha hecho la solicitud del tratamiento para su inicio"*, igualmente el 05 de mayo de 2011 se anotó que el paciente *"no recibe medicación desde enero del 2011"*.

Que a folio 84 del expediente se indica en la historia clínica que el paciente no ha recibido regularmente su tratamiento por lo que se considera tratamiento intrahospitalario con TEMOZOLAMIDA ENDOVENOSA, y también se destaca en las anotaciones médicas que *"se ha atrasado su tratamiento en más de dos meses"*.

Que el mencionado medicamento no fue aplicado *"porque la EPS no lo entregó a tiempo perjudicando la salud del enfermo"*, y cuando fue facilitado en Popayán, el paciente se encontraba en la ciudad de Cali en la FUNDACIÓN VALLE DE LILI en compañía de su progenitora, razón por la que *"una amiga de la familia"* fue quien se desplazó a dicha ciudad para llevar el fármaco, destacando además que el suministro del mismo se realizó luego de la presentación de la acción de tutela.

Que a folio 90 del infolio se subraya que el paciente *"tiene pendiente la realización de espectroscopia por persistencia de lesiones nivel frontal, la única forma de conocer si esta lesión es residual o es necrosis es con este estudio, el cual por múltiples excusas administrativas por parte de su EPS no se ha podido"*

realizar lo cual ha retrasado un diagnóstico más acertado", examen que "nunca le fue realizado por falta de orden de su EPS COOMEVA".

Que a folio 99 del expediente se dejó constancia que ante la gravedad del paciente "sin posibilidad de curarlo" se decide "darle salida" y cuidados paliativos, los que no ha recibido ni siquiera con primera cita "por trámites de su EPS".

Que según los demandantes la fecha de negligencia y omisión por parte de la EPS, tiene como génesis el día 21 de enero de 2011, pues así quedo consignado en la historia clínica, dado que a partir de ese momento "dejó de recibir el tratamiento ordenado constantemente por el médico", siendo la excusa de la demandada que los medicamentos debía someterse "a un comité el cual no se reunía periódicamente".

Que la señora ALMA CONSTANZA FERNANDEZ GIRON, hermana del fallecido envió petición a COOMEVA EPS señalando la falta de atención de la entidad en la salud de su pariente, y el 17 de agosto de 2011 en un "momento de desespero" expresó a la demandada su dolor por dicha situación "vésperas de morir por la enfermedad que padecía", deceso que tuvo lugar el 21 de octubre de 2011.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y EXCEPCIONES DE MÉRITO.

COOMEVA EPS S.A. ¹ (fls. 207 a 241 c. ppal.), por medio de apoderada, resiste las pretensiones de la demanda, señalando que el paciente padeció un "glioblastoma multiforme (GBM) que es una forma agresiva de tumor cerebral canceroso, que de acuerdo a la literatura médica tiene una media expectativa de vida iniciando con el momento del diagnóstico de aproximadamente diez (10) a quince (15) meses".

Que el 10 de septiembre de 2010 se realizó "una craneotomía para resección de tumor de línea media frontoparietal derecha" pero la cirugía "no tiene intención curativa ninguna", pues únicamente sirve para "alargar el tiempo de vida del paciente que es en promedio entre 6 meses a 1 año".

Que el 11 de septiembre de 2010 fue confirmado el GBM y se indica que requiere "tratamiento con quimioterapia + radioterapia con temozolamida, 120 mg día por 6 semanas", destacando que se formula tratamiento completo "ya que este no se puede interrumpir durante la radioterapia con el fin de garantizar el éxito del tratamiento".

¹ Notificada personalmente a través de apoderada – fl. 205 c. ppal

Que el 23 de octubre de 2010 se realiza una resonancia magnética encontrando *"un extenso edema frontoparietal con compromiso de sustancia blanca"*, por lo que se decide hospitalizar y se otorga incapacidad médica de 30 días, lo que quiere decir, que a menos de un mes de la cirugía *"y como se espera en este tipo de tumores que NO pueden ser extraídos en su totalidad"* se muestra una lesión tumoral residual extensa en el cerebro; la hospitalización tampoco tiene intención curativa.

Que en el resultado de la resonancia nuclear magnética en la opinión que se observa a folio 75 de la demanda, se indica que *"si se justifica se recomienda realizar estudio de espectroscopia para una mejor caracterización"*, por lo que si en el momento no se practicó es *"porque se había dejado a discreción, reserva o ponderación, por ello indican claramente "si se justifica" "*, toda vez que se está frente a la forma más agresiva de tumor cerebral canceroso.

Que al paciente le fueron entregados por COOMEVA EPS SA *"todos los medicamentos y órdenes, en especial del examen de espectroscopia, como quedó demostrado ante el Juzgado Sexto Civil Municipal de Popayán mediante oficio de mayo 03 de 2011"*, razón por la que la muerte del señor JUAN DAVID FERNANDEZ GIRON no se debió a la falta de medicamentos y estudios médicos, sino *"a la enfermedad GBM que como se dijo es un tumor altamente maligno"*.

Que los ciclos de quimioterapia prescritos al paciente fueron suministrados por la EPS como se registra en la historia clínica de hematooncología del 28 de diciembre de 2010 donde se consigna *"termino tratamiento con temozolamida + RDT (radioterapia) en diciembre 20 de 2010"*, por lo que nunca se suspendió el tratamiento pero ya existía un tumor residual.

Que contrario a lo señalado en la demanda, los exámenes no salvan la vida del enfermo, máxime cuando a 20 de diciembre de 2010 el paciente finalizó el tratamiento con quimioterapia la que no iba a preservar su existencia, dado que el GBM no tiene tratamiento curativo, de ahí que a pesar de la cirugía, quimioterapia, y radioterapia el promedio de supervivencia del enfermo es de 1 año.

Que el 5 de julio de 2011 se explica la gravedad de la situación a los familiares y la imposibilidad de brindar tratamiento con intención curativa, por lo que se entregan teléfonos de contacto, pautas para consultar y se da salida, *"se ordena traslado a casa en ambulancia, visita una vez por semana y se formulan medicamentos"*.

Que la acción de tutela presentada el 27 de abril de 2011 por la madre del paciente, tenía como objetivo el pago de incapacidades superiores a 180 días por parte de la EPS o el Fondo de Pensiones Horizonte, sin embargo, en relación con otras peticiones frente a la prestadora de salud, se encontraba la de que el medicamento temozolamida no sea estudiado por el Comité Técnico Científico porque *"demora unos veinte días"*, por lo que en cumplimiento de la medida provisional ordenada por el Juez Constitucional en auto del 28 de abril de 2011, se superó este hecho según oficio radicado ante la dependencia judicial el 3 de mayo de 2011 por cuanto se entregó a un familiar la orden de servicio para ese fármaco; agrega que al tratarse de un servicio NO POS y de alto costo ameritaba *"un procedimiento interno necesario para su control"*.

Que la espectroscopia había sido autorizada desde el 26 de enero de 2011, y si la Clínica Valle de Lili *"de haberla considerado necesaria hacerla, habría procedido durante su hospitalización a realizarla"*, no obstante, como se dijo anteriormente *"quedó a criterio de los facultativos especialistas, dado la magnitud del cáncer GBM"*.

Que la anotación del 4 de mayo de 2011 consignada por la doctora ANGELA REGINA ZAMBRANO HARVEY *"sobre las dificultades para el manejo ambulatorio y que no recibe la medicación desde enero de 2011, no es cierta"*, pues entre enero y mayo de 2011 COOMEVA EPS entregó en lo relevante las ordenes de servicio Nos. 287008 de enero 24 de 2011, 287011 de enero 24 de 2011, 291289 de febrero 18 de 2011, 291290 febrero 18 de 2011, 301848 de abril 29 de 2011 y 302069 de mayo 2 de 2011 para el medicamento temozolamida y No. 287539 de enero 26 de 2011 para el estudio espectroscopia por resonancia. Añade que la especialista se contradice en dicha afirmación, pues en la historia clínica dejó establecido que el tratamiento con temozolamida terminó el 16 de diciembre de 2010 e inició temozolamida en enero 26 de 2011 debido a la reaparición de un tumor *"que nunca pudo ser extraído totalmente"*.

Que los servicios NO POS que le fueron formulados al paciente fueron entregados, inclusive se suministró pañales desechables, ENSURE y cama hospitalaria, lo que demuestra que la EPS cumplió a cabalidad con su usuario de acuerdo a lo que la IPS tratante determinaba, sin embargo, COOMEVA *"desconoce"* si la medicación entregada al señor JUAN DAVID FERNANDEZ GIRON le fue *"suministrada o no"* dado que *"son hechos que no le constan"*.

Que en consulta con medicina paliativa el 17 de julio de 2011, se considera que por deterioro progresivo del paciente es necesaria hospitalización para

monitorización y manejo de su estado general siendo tratado con analgésicos y anti convulsionantes, medicina familiar y fonoaudiología para ayudarle en la activación de deglución de alimentos con terapias.

Que los correos enviados por la señora ALMA CONSTANZA FERNANDEZ GIRON son respuestas injuriosas que no pueden entenderse como expresiones de dolor, máxime cuando la EPS y su red de prestadores le realizaron todos los procedimientos propios para tratar la grave enfermedad que padecía el paciente.

Como EXCEPCIONES DE MÉRITO formula las denominadas:

a) *"Inexistencia de las obligaciones demandadas por parte de COOMEVA EPS S.A."*, en tanto que el diagnóstico que presentaba el paciente no contaba con tratamiento curativo y el existente únicamente tiene como propósito *"aumentar un poco la escasa sobrevida o probabilidad de supervivencia"*, de ahí que no está demostrado que la muerte del señor JUAN DAVID GIRON FERNANDEZ se debió a una supresión en el tratamiento durante dos meses, y en gracia de discusión *"aun con cualquier tratamiento"* se produciría el fallecimiento.

Que la EPS suministró todos los medicamentos y exámenes prescritos por los médicos tratantes al paciente, por lo que cumplió con todas sus obligaciones frente al afiliado, siendo su deceso *"consecuencia inevitable de la mortal enfermedad"* que padeció, razón por la que debe declararse probada la excepción, máxime cuando los demandantes no señalan en dónde radica el incumplimiento de la demandada.

b) *"Caso fortuito"*, toda vez que el glioblastoma multiforme que padeció el paciente, es el tumor más agresivo del sistema nervioso y el que tiene el peor índice de supervivencia, además de que *"en forma invariable reaparece luego de la cirugía y a pesar de recibir tratamientos con quimioterapia y radioterapia, la RECIDIVA o reaparición del tumor es inevitable"*, dado que los tratamientos para esta clase de enfermedad *"no tienen una indicación curativa clara"*. Dicho padecimiento es un hecho imprevisible y cuando se presenta es irresistible por más atenciones, cuidados y esfuerzos supremos se hubieran brindado.

c) *"Enriquecimiento sin causa"*, por cuanto el presunto incumplimiento de la EPS en la entrega de medicamentos y de la espectroscopia no está demostrado, y en el evento de llegar a acceder a las peticiones demandadas, la búsqueda de la indemnización deprecada por las cuatro actoras, madre y hermanas *"reflejan un desmedido e injustificado de obtener un lucro de una EPS que no les ha causado ni producido ningún daño a su afiliado ni a las demandantes, que se*

desprendieran de la voluntad de la Administradora", por tanto de llegarse a ordenar una condena en contra de la entidad sin fundamento jurídico como en el presente asunto, "haría incurrir en la existencia de un enriquecimiento que le significaría una pérdida correlativa para otras personas que necesitan de la universalidad del servicio".

d) "*Prescripción*", sobre todos aquellos derechos que se puedan afectar con ese fenómeno, sin que constituya reconocimiento de responsabilidad alguna.

En escrito separado **llamó en garantía a LIBERTY SEGUROS S.A.** con fundamento en la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 206725 (fls. 1 a 2 c. llamamiento)², no obstante, ante la falta de notificación oportuna de la aseguradora por parte de la EPS, por auto del 23 de abril de 2014 (fls. 8 a 9 c. llamamiento) la a quo dispuso "**declarar que operó el fenómeno de la caducidad para obtener la vinculación de la llamada en garantía**".

3. LA SENTENCIA APELADA. En ella se resolvió: i) Declarar no probadas las excepciones de mérito formuladas por el extremo pasivo denominadas "*Inexistencia de las obligaciones demandadas por parte de Coomeva*", "*caso fortuito*", "*enriquecimiento sin justa causa*", "*prescripción*" e "*innominada*"; ii) declarar civilmente responsable a COOMEVA EPS S.A. por los perjuicios morales causados a las demandantes, los cuales se tasan así: BERTHA NUBIA GIRON el equivalente a 80 SMLMV, YADY MARITZA y ALMA CONSTANZA FERNANDEZ GIRON, y NELCY FABIOLA FERNANDEZ PIZO el equivalente a 30 SMLMV para cada una de ellas, sumas que deberá cancelar la demandada; iii) declarar que no hay lugar a tasar perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente y lucro cesante; iv) condenar en costas a la demandada en favor de la parte actora, incluidas las agencias en derecho que se fijan en la suma de \$5.000.000; y v) archivar el proceso.

Lo anterior, tras considerar la funcionaria de primer grado, que la falta de suministro del tratamiento y medicamentos completos formulados por los galenos tratantes, fueron "*determinantes para el avance y deterioro de la enfermedad, pues en estos casos según la literatura médica científica a la que el despacho se refirió³ en pacientes con GLIOBLASTOMA tiene un 19% de probabilidad de supervivencia en personas entre las edades de 20 a 44 años, rango en el cual se encontraba el paciente para ese momento*", que si bien no se puede predecir lo que sucederá en cada caso particular, en este evento "*si tuvo incidencia directa*

² Admitido por auto del 29 de octubre de 2013 – fl. 7 c. llamamiento en garantía

³ No se menciona ninguna referencia bibliográfica.

en el deterioro de su enfermedad, pues no se pudo contrarrestar los avances de la misma" al no haberse suministrado oportunamente el medicamento TEMOZOLAMIDA y autorizarse la práctica del examen ESPECTROSCOPIA ordenado por los médicos especialistas, lo que generó un retraso e impidió que los facultativos de la FUNDACIÓN VALLE DE LILI realizaran "un diagnóstico más acertado", por lo que la excepción de mérito denominada "inexistencia de las obligaciones demandadas por parte de COOMEVA EPS S.A." no está llamada a prosperar.

Tampoco acoge la excepción de "caso fortuito" invocada por el extremo pasivo, pues señala la a quo, "que si bien el tumor que padecía JUAN DAVID era uno de los más agresivos para él y que puede padecer el ser humano, no por ello implica que no se deban utilizar todos los medios científicos que tiene la ciencia a su alcance para contrarrestar sus efectos, pues por el contrario, la obligación de la EPS radica en impedir la reaparición del tumor una vez se practicó la cirugía, lo cual se lograba sólo con la continuidad de un tratamiento médico ordenado como era el suministro de medicamentos y expedición de órdenes para la práctica del examen, pues la sola cirugía por sí misma no agotaba el tratamiento POS quirúrgico que el paciente requería". Agrega, que aunque el diagnóstico de GLIOBLASTOMA "es uno de los más duros", "la batalla contra el mismo dependía de que se suministrará el tratamiento de manera oportuna cosa que en este caso no ocurrió", sin que pueda considerarse que se estaba ante una "situación imprevisible", dado que "la lex artis prevé que para cada enfermedad existe un tratamiento a seguir según los protocolos médicos que se han preestablecido para cada enfermedad".

Misma suerte corren las excepciones de "enriquecimiento sin causa" y "prescripción", argumentando la falladora, que contrario a lo expresado por la parte demandada, los efectos indemnizatorios se derivan de la declaratoria de responsabilidad que se realice en la sentencia, y que en vista de que los hechos materia de estudio acaecieron en el mes de septiembre del año 2010, la presente acción "se impetró en tiempo".

Que está acreditado que la actuación de COOMEVA EPS "no fue la mejor", dado que "el tratamiento se postergó y el trámite efectuado fue una barrera para el mejor pronóstico de la enfermedad del paciente, sin que los galenos adscritos a la EPS expidieran órdenes de suministro de medicamentos y de exámenes oportunamente, lo que retrasó un mejor diagnóstico durante el tiempo que el paciente estuvo en la FUNDACIÓN VALLE LILI... la que por el contrario si estuvo atenta a ofrecer la atención médica al paciente utilizando todos los medios

científicos y diagnósticos que estuvieron a su alcance para darle el tratamiento adecuado, el que finalmente no se logró frente a la traba administrativa de la EPS COOMEVA de esta ciudad, que con su equipo médico dilató en el tiempo su gestión y que no se observó que fuera de manera eficiente”.

Que en razón de lo anterior, están demostrados los hechos causantes del daño como lo son *“la falta de ordenar oportunamente por parte la EPS COOMEVA los exámenes diagnósticos y los medicamentos que le fueron ordenados en su momento a JUAN DAVID FERNANDEZ”*; el nexa causal por cuanto esa omisión impidió que los galenos de la FUNDACIÓN VALLE LILI *“propiciaran un diagnóstico más acertado para efectuar el tratamiento posterior a la cirugía efectuada a JUAN DAVID FERNANDEZ de una manera eficiente y digna”*; y el daño que se produjo por *“la reaparición del tumor maligno y la consecuencia de pérdida de movimiento, dolores intensos de cabeza y finalmente el deceso del paciente”*.

Que COOMEVA EPS está obligada a indemnizar los daños morales causados a las demandantes, como integrantes del núcleo familiar del fallecido en su condición de progenitora y hermanas, por el dolor sufrido por aquellas, el cual se tasa en 80 SMLM para la primera y 30 SMLMV para las demás, más no se reconocen los perjuicios materiales reclamados, *“toda vez que al fallecido JUAN DAVID FERNANDEZ le fueron canceladas sus incapacidades médicas, por lo tanto no se considera que haya afectación al patrimonio material del afiliado”*.

4. LA APELACIÓN ⁴ (fs. 529-531 c. ppal.). La apoderada de la parte demandada expuso sus reparos concretos en los siguientes términos:

- Indebido análisis y valoración probatoria, toda vez que la sentencia se apoyó únicamente en las acciones de tutela instauradas por la señora BERTHA NUBIA GIRÓN, desconociendo el trámite que legalmente debía adelantar la EPS ante la solicitud de un medicamento NO POS para ese año 2011, solicitando la aprobación del Comité Técnico Científico – CTC acorde con lo establecido en la Resolución No. 3099 del 19 de agosto de 2008 vigente para esa época.

Que con lo anterior se demostró que COOMEVA EPS S.A. no negó ningún servicio médico ni interfirió en el tratamiento suministrado al paciente, sino que debía someter la orden médica para aprobación del referido Comité, el que debía reunirse al menos 1 vez por semana y posterior a ello informar al médico tratante la decisión.

⁴ Se interpuso por ambos extremos procesales, pero ante la falta de sustentación oportuna de las demandantes, mediante auto del 28 de agosto de 2020 se declaró desierta la alzada por ellas formulada.

Que en este caso la orden emitida por la médico ANGELA ZAMBRANO de la Fundación Valle de Lili prescribiendo el tratamiento con TEMOZOLAMIDA por 2 meses, databa del 12 de abril de 2011 y la acción de tutela se instauró el 28 de abril de 2011, cuando apenas había transcurrido el término prudente para que el CTC se reuniera para tratar no solo la situación de ese paciente sino también otros asuntos, sin que pueda predicarse un retardo injustificado.

Que COOMEVA EPS S.A. autorizó los medicamentos y exámenes prescritos por el galeno tratante, cumpliendo con sus obligaciones contractuales, al punto que el día 12 de mayo de 2011 cuando se emite la sentencia de tutela, ya se había configurado un hecho superado, desvirtuándose de esta manera el retardo o falta de atención oportuna a que hizo alusión la *a quo* en su providencia, pues el intervalo entre la solicitud del medicamento TEMOZOLAMIDA – 12 de abril de 2011 y la orden de entrega de la misma – 29 de abril de 2011, fue de solo 17 días, sin que se demostrara de manera alguna que ese lapso contribuyó al avance y deterioro de la enfermedad base GLIOBLASTOMA MULTIFORME GRADO 2.

Que en la historia clínica del señor JUAN DAVID FERNANDEZ con fecha 13 de mayo de 2011, en el acápite ANALISIS Y CONDUCTA, refiere el galeno que “comenta” con los especialistas Dr. URIBE y Dra. ZAMBRANO que indican colocación de analgesia dipirona y dexametasona 16 mg “*por el momento no hay más que ofrecer al paciente debido a la progresión de la enfermedad*”, lo que quiere decir que pese al tratamiento suministrado la patología continuaba progresando.

Que en la historia clínica con fecha 05 de julio de 2011 se anota que se le explica a los familiares la gravedad de la situación, la imposibilidad de suministrar un tratamiento “*de intención curativa*”, se traslada a su casa y se ordena analgésicos, antidepresivos, “*pues se trata de una patología mortal de manera que para la fecha de su lamentable deceso estaba recibiendo tratamiento paliativo, pues no había posibilidad alguna de prolongar su vida, que dicho sea de paso y como se observa en la misma historia clínica, el paciente tenía un severo deterioro en todos sus sistemas y padecía de fuertes dolores, de manera que los tratamientos estaban direccionados a mejorar la calidad de vida del paciente no a prolongar la misma como lo entendió el A QUO sin sustento científico ni técnico alguno*”.

- Incumplimiento de la carga de probar el nexo de causalidad y la culpa médica, dado que la parte actora no demostró que el fallecimiento del paciente se debió a una supuesta tardanza en el suministro del medicamento

TEMOZOLAMIDA, en tanto no obran en el proceso testimonios ni experticios técnicos que permitan arribar a esa conclusión. Que por el contrario, con la historia clínica se demostró que la causa del deceso se atribuye única y exclusivamente a la enfermedad de base GLIOBLASTOMA MULTIFORME RECIDIVANTE, que corresponde al *"más agresivo tumor del sistema nervioso central que se asocia con la más baja tasa de sobrevivencia de todos los cánceres humanos a pesar del tratamiento agresivo"*.

Que en vista de que está acreditado que la actuación de COOMEVA EPS S.A. fue *"diligente, ininterrumpida, eficaz, y que su atención fue oportuna, sumado a la evidencia del manejo adecuado del cuadro clínico conforme los protocolos y guías médicas"*, se deben declarar probadas las excepciones de mérito propuestas, negar las pretensiones del libelo, y condenar en costas a la parte demandante.

- Respecto a la condena en perjuicios pide considerar la situación del paciente JUAN DAVID FERNANDEZ quien padecía de una patología incurable y mortal y cuya supervivencia aun con tratamiento no superaba los 12 meses, por lo que no podía tomarse el máximo valor indemnizable como si se tratara de un paciente en condiciones normales.

Que la Juez impuso una excesiva condena por perjuicios morales, sin tener en cuenta lo señalado por la Corte en sentencias SC15996-2016 y SC13925-2016, ésta última en la que se fijó esa clase de perjuicio en *"\$60.000.000 como máximo en condiciones normales"*.

Que en caso de que la Sala acceda a mantener la condena por ese concepto, se pondere el valor de la indemnización de acuerdo con la enfermedad del fallecido, pues si bien su deceso generó dolor en la familia *"éste era un hecho inminente"* a causa de la patología que lo aquejaba.

En cuanto al lucro cesante, señala que ninguna de las demandantes logró demostrar que dependía económicamente del señor FERNANDEZ, y como está probado que el causante cotizaba al sistema de seguridad social en salud, *"a este corresponde indemnizar a la familia del cotizante por su fallecimiento ante una mortal enfermedad de origen común"*.

Que al no haberse demostrado la causación del daño material, debe aplicarse la sanción prevista en el parágrafo del artículo 206 del C.G.P.

- Igualmente solicita revocar la condena en costas impuesta a cargo del extremo pasivo, "pues la parte demandante en cabeza de quien estaba la carga de la prueba incumplió con la misma".

5. ACTUACIÓN RELEVANTE DE SEGUNDA INSTANCIA. Ejecutoriada el auto que admitió la alzada, se dispuso la prórroga para emitir decisión de fondo, y entrado en vigencia el Decreto legislativo 806 del 4 de junio del 2020 ⁵, se corrió traslado para la sustentación escrita de la apelación ⁶, **oportunidad que fue utilizada únicamente por la parte demandada**, por lo que mediante auto del 28 de agosto de 2020 se declaró desierta la alzada incoada por las demandantes, providencia que no fue objeto de ningún recurso.

5.1. SUSTENTACIÓN DE LA ALZADA (fs. 15 a 17 c. del Tribunal). La apoderada de la entidad demandada presentó escrito en los mismos términos de sus reparos concretos expuestos ante la Juez de primer nivel, solicitando revocar la decisión de primer grado y en su lugar declarar probadas las excepciones de fondo incoadas por ese extremo procesal, y en el evento de disponer alguna condena a cargo de COOMEVA EPS S.A., efectuar la ponderación del perjuicio conforme lo ahí señalado.

CONSIDERACIONES

1. Tal como lo señaló en el fallo impugnado la señora Juez Sexta Civil del Circuito de Popayán, los presupuestos procesales están satisfechos en este asunto, luego no hace falta pronunciamiento particularizado al respecto distinto al de mencionar, que tampoco se advierte ningún vicio que pueda invalidar lo actuado hasta este momento ni las partes presentaron alegato en tal sentido.

2. Es además a esta Colegiatura a la que le corresponde conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia proferida por la a quo bajo la órbita de la competencia fijada en razón del factor funcional consagrado en el art. 31-1 en concordancia con el 35 del CGP, siendo del caso pronunciarse en principio "**solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante**" (inciso primero del Art. 328 ibídem), para revocar o reformar la decisión si a ello hubiera lugar.

2.1. Por consiguiente, los esbozos teóricos y referentes jurisprudenciales sobre la institución de la **responsabilidad civil médica** que citó la juzgadora de primer

⁵ Por el cual se adoptaron entre otras, diversas medidas para "...agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica".

⁶ Mediante auto de fecha 17 de julio de 2020, en la forma y términos señalados en el Art. 14 del D.L. 806 del 4 de junio de 2020.

grado, pueden entenderse en su mayoría replicados en esta decisión al no ser ellos blanco del ataque de los impugnantes.

2.2. Basta simplemente precisar que el **marco jurídico** sobre la responsabilidad civil médica lo dan, en lo que resultan aplicables los artículos 63, 1604, 1613 a 1616, 2341 y ss. del Código Civil, Ley 23 de 1981 (Código de Ética Médica), el Decreto 3380 de 1981 y la Ley 100 de 1993 y sus concordantes⁷.

2.3. De entrada se advierte, que la exigencia de responsabilidad civil a las instituciones que prestan servicios de salud, se encuentra admitida desde antaño por los estrados judiciales, sin que ello implique que esta Sala y la judicatura en general, arroje la sofisticada premisa, de que siempre que un paciente tiene quebrantos o complicaciones de salud subsiguientes al ingreso a un establecimiento hospitalario y/o a un procedimiento o tratamiento médico u análogo, automáticamente se estructuren en contra de la institución y/o de los profesionales que lo atendieron, los presupuestos de la responsabilidad civil, toda vez que en este tipo de responsabilidad, como en cualquiera otra, **deben concurrir TODOS** los elementos o presupuestos materiales para el éxito de la pretensión.

2.4. Dicho de otro modo, la responsabilidad civil, contractual o extracontractual tiene aplicabilidad en el campo médico, ya sea individual o institucional, de manera semejante a cómo puede examinarse en otros campos, siendo en todo caso como **regla general, un régimen de responsabilidad por CULPA PROBADA** ⁸.

2.5. Sobre la **responsabilidad médica institucional** tiene dicho la jurisprudencia, que aquella se origina cuando "se incurre en culpa profesional o institucional del caso (...). 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**

⁷ Este tipo de responsabilidad se ha definido jurisprudencialmente como: "*una especie de la responsabilidad profesional sujeta a las reglas del ejercicio de la profesión de la medicina, y cuando en cualquiera de sus fases de prevención, pronóstico, diagnóstico, intervención, tratamiento, seguimiento y control, se causa daño, **demostrados los restantes elementos de la responsabilidad civil**, hay lugar a su reparación a cargo del autor o, in solidum si fueren varios los autores...*" (CSJ SC12947-2016, 15 sep. 2016, rad. No. 11001 31 03 018 2001 00339 01 MP. MARGARITA CABELLO BLANCO)

⁸ Acorde con la tradicional jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, esta clase de responsabilidad puede presentarse de dos formas: "*la «contractual» se estructurará, cuando previamente existe una relación jurídica entre las partes, es decir, subyace una convención válida, cuyo incumplimiento es fuente de perjuicios para alguno de los extremos de tal enlace. La «extracontractual», por su parte, se origina al margen de cualquier vínculo jurídico previo entre quienes se han enlazado por causa del daño*". CSJ SC15996-2016, 29 nov. 2016, rad. No. 11001-31-03-018-2005-00488-01 MP. LUIS ALONSO RICO PUERTA

paciente, esto es, igualmente indispensable que exista relación de causalidad entre la primera y los últimos"⁹ lo que es predicable cuando se demanda a las denominadas EPS y/o IPS (Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Salud).

Explica también la Corte, que en el marco de la **responsabilidad organizacional**, "para atribuir la autoría a los miembros particulares, basta con seleccionar las **operaciones que el juez considera significativas o relevantes para endilgar el resultado a uno o varios miembros de la organización, esto es, aquellas acciones, omisiones o procesos individuales que según su marco valorativo incidieron de manera preponderante en el daño sufrido por el usuario e imputarlo a aquellos sujetos que tuvieron control o dominio en la producción del mismo... La culpa de la persona jurídica se establece en el marco de una unidad de acción selectivamente relevante donde deben tomarse en consideración los flujos de la comunicación entre los miembros del sistema además de las acciones y omisiones organizativas"¹⁰.**

3. Tras estas precisiones iniciales, los problemas jurídicos que se plantean para resolver el recurso de apelación, se contraen a establecer: i) si la juez de primer grado incurrió en una indebida valoración probatoria, que la llevó equivocadamente a acceder a las pretensiones resarcitorias, evento en el que se determinará si es procedente revocar la decisión apelada; o en caso contrario, ii) si hay lugar a reducir la condena impuesta por concepto de perjuicios morales a favor de las demandantes; y iii) si es viable exonerar de la condena en costas al extremo pasivo.

4. La Tesis de la Corporación es, que la *a quo* adoptó su decisión sin el debido soporte probatorio, dado que no se encuentran acreditados los presupuestos de la responsabilidad médica demandada, y por consiguiente debe revocarse el fallo apelado. A la anterior conclusión se arriba con apoyo en el siguiente análisis jurídico y probatorio:

4.1. Las ya mencionados demandantes reclaman a su favor la declaratoria de responsabilidad médica, en calidad de progenitora y hermanas del fallecido JUAN DAVID FERNANDEZ GIRON, parentesco que se acreditó con los respectivos registros civiles de nacimiento (fs. 4-7 c. ppal.).

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia sustitutiva de julio 12 de 1994, M.P. Pedro Lafont Pianetta, en G.J. CCXXXI N° 2470, pág. 306.

¹⁰ CSJ STC3722-2019, 26 mar. 2019, rad. No. 11001-02-03-000-2019-00800-00 MP. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

4.2. Para la fecha de ocurrencia de los hechos, según se desprende de la copia de la historia clínica y las certificaciones visibles a folios 242 y 243 del cuaderno principal, JUAN DAVID FERNANDEZ GIRON (q.e.p.d.) se encontraba afiliado en calidad de cotizante a COOMEVA EPS S.A., y como las aquí demandantes corresponden a terceras ajenas a ese vínculo existente entre el afiliado o usuario y las entidades prestadoras del servicio de salud, la pretensión resarcitoria se sitúa en el campo de la **responsabilidad médica extracontractual** ¹¹.

4.3. Con relación al **daño** cuya reparación se reclama dentro de esta *litis*, y acorde con lo expresamente consignado en la demanda, el mismo se materializa con el deceso de JUAN DAVID FERNANDEZ GIRON, acaecido el 21 de octubre de 2011 como consta en la copia del respectivo registro civil de defunción (fl. 8 c. ppal.).

4.4. En lo que concierne a la "**culpa**" imputada al extremo pasivo, la misma se desprende de la sola revisión de la documental adosada, que da cuenta de algunos episodios de **negligencia administrativa, desidia e indolencia** con que procedió COOMEVA EPS S.A. frente a la enfermedad catastrófica que aquejaba a su afiliado, pues pese a la gravedad de su condición y a las predecibles consecuencias fatales en la humanidad del mismo, **retardó la entrega de medicamentos indispensables para la continuidad de su tratamiento (TEMOZOLAMIDA), no garantizó la práctica del examen especializado ordenado por los galenos tratantes para un adecuado diagnóstico (ESPECTROSCOPIA), ni gestionó la atención oportuna del paciente por "cuidados paliativos"**, éstos últimos a los que tan solo tuvo acceso luego de su ingreso por el servicio de urgencias a la CLINICA LA ESTANCIA y la FUNDACIÓN VALLE DE LILI.

4.4.1. En efecto, de la bitácora médica arrojada al infolio (fs. 18 a 26, 71 a 121, cd fl. 327, y fs. 328 a 426 c. ppal.) se extrae la cronología de la atención en salud recibida por el paciente, que **en lo relevante** se sintetiza así:

- El 10 de septiembre de 2010 al señor JUAN DAVID FERNANDEZ GIRON le fue diagnosticado en la FUNDACIÓN VALLE DE LILI "*tumor vs lesión inflamatoria frontoparietal línea media derecha*", para lo cual le fue practicada "*craneotomía para resección de tumor de línea media frontoparietal derecho con paciente despierto*", procedimiento sin complicaciones pasando a hospitalización (fs. 71 a 72 c. ppal.).

¹¹ CSJ SC15996-2016, 29 nov. 2016, rad. No. 11001-31-03-018-2005-00488-01 MP. LUIS ALONSO RICO PUERTA

- En informe de patología del 11 de septiembre siguiente, la Doctora NORA GUARIN DIAZ a partir del tejido obtenido determina como diagnóstico "**GLIOBLASTOMA MULTIFORME**" (fl. 346 c. ppal.)

- El 06 de octubre de 2010 la Doctora ANGELA ZAMBRANO HARVEY – Hematóloga de Oncología Clínica de la FUNDACIÓN VALLE DE LILI deja la siguiente nota: "Paciente con diagnóstico de **glioblastoma multiforme grado II**, quien necesita tratamiento con quimioterapia + radioterapia con **temozolamida 10 mgs día por 6 semanas. Se formula tratamiento completo ya que este no se debe interrumpir durante la radioterapia con el fin de garantizar el éxito del tto**" (fs. 73 y 349 c. ppal.).

- El 23 de octubre de 2010 el señor JUAN DAVID FERNANDEZ GIRON ingresa nuevamente a la FUNDACIÓN VALLE DE LILI, siendo examinado por el Neurólogo JAVIER MAURIO LOBATO quien señala: "Paciente quien fue atendido en septiembre del año en curso por presentar una masa frontoparietal derecho con un edema severo perilesional que comprometía el cuerpo calloso, se extendía hasta el diencéfalo. En esa ocasión el paciente fue operado despierto realizando una resección volumétrica de una lesión captante en el sitio descrito sin complicaciones. Patología: glioblastoma multiforme. Se dio salida y durante la evolución ambulatoria y realizando trámites para el tratamiento complementario presenta una cefalea intensa acompañada de hemiparesia izquierda rápidamente progresiva. Atendido inicialmente en su ciudad de origen (Popayán) de donde remiten.

Se realiza una resonancia magnética en esta institución encontrando un extenso edema frontoparietal con compromiso de sustancia blanca, diencéfalo y mesencéfalo del lado derecho. Por esta razón y **por el deterioro rápidamente progresivo del paciente** se decide hospitalizar para tratamiento del edema cerebral..." (fs. 74 y 357 c. ppal.)

De esa misma fecha son los resultados de la **resonancia nuclear magnética (RNM)** practicada al paciente, señalando el Radiólogo LUIS FERNANDO CASTILLO PEREZ: "Lesión de aspecto tumoral residual o recidivante de localización parietal con compromiso de los comportamientos y extra axial, asociado a antecedente quirúrgico...**si se justifica se recomienda realizar estudio ESPECTROSCOPIA para una mejor caracterización**" (fs. 75 y 362 c. ppal.)

- Al paciente se le autorizó la salida el 28 de octubre de 2010, prescribiéndole medicamentos, explicando a la familia signos de alarma y recomendaciones (fl. 74 c. ppal.).

- Con fecha 17 de diciembre de 2010 obra constancia del Doctor AURELIO ANGULO MOSQUERA del servicio de radioterapia de la FUNDACIÓN VALLE DE LILI en la que se indica que el señor JUAN DAVID FERNANDEZ "del 2 de noviembre al 16 de diciembre del año en curso recibió tratamiento con intención curativa SNC... el tratamiento es bien tolerado, se remite a Oncología para continuar con su manejo" (fl. 336 c. ppal.)

- El **28 de diciembre de 2010** la Oncóloga tratante de la FUNDACIÓN VALLE DE LILI (Doctora ANGELA ZAMBRANO HARVEY) anota: "RMN con lesión residual o persistente, se solicitó RMN con **espectroscopia**... Paciente con diagnóstico de glioblastoma multiforme grado II quien recibió tratamiento con quimioterapia + radioterapia con temozolamida. **Se formula tratamiento con temozolamida**" (fl 76 c. ppal.).

- Con fechas 10 a 15 de febrero de 2011 obra historial médico de la CLÍNICA LA ESTANCIA, en su mayoría ilegible, del que tan solo se alcanza a extraer el ingreso por urgencias de JUAN DAVID FERNANDEZ GIRON, la atención inicial y las gestiones adelantadas por el personal de esa institución ante COOMEVA EPS, para efectuar el traslado del paciente a la FUNDACION VALLE DE LILI (fs. 114 a 120 c. ppal. y archivo ATN2 cd fl. 327 c. ppal.).

- En revisión del **12 de abril de 2011** la Dra. ZAMBRANO HARVEY de la FUNDACIÓN VALLE DE LILI señala: "Paciente con diagnóstico de glioblastoma multiforme, resecado con resección parcial según patología N F-10-1003 el día 11 de septiembre de 2010. Terminó tratamiento con temozolamida + RDT en diciembre 16 de 2010, inició temozolamida en enero 26 de 2011... RMN con lesión residual o persistente, **se solicitó RMN con ESPECTROSCOPIA en dic de 2010... se formula tratamiento con temozolamida tercer y cuarto ciclo. Nuevamente se vuelve a insistir en la realización de la ESPECTROSCOPIA, ya que esta RMN se continúa observando la lesión a nivel frontal, la única forma de conocer si esta lesión es residual o es necrosis es con este estudio**" (fl. 18 c. ppal.). En la misma data la especialista diligenció el formato de justificación de uso para medicamentos fuera del POS por la **TEMOZOLAMIDA** (fs. 19 y 20 c. ppal.)

- El **19 de abril de 2011** el paciente asiste a cita de control con el Neurocirujano FERNANDO VELASQUEZ de la FUNDACIÓN VALLE DE LILI, quien anota: "control glioma IV, sin mayores cambios clínicos, en tto con oncología clínica, trae RM que muestra lesiones, una parietal derecha y otra temporal profunda derecha que según informe radiológico no se puede descartar como recidiva vs. necrosis pos radioterapia... **se debe aclarar la etiología de sus hallazgos entre tumor**

recidivante vs. radionecrosis, se pide ESPECTROSCOPIA para ello", ordena consulta de control o seguimiento por medicina especializada, terapia física integral, terapia ocupacional integral, y otorga incapacidad médica por 30 días (fs. 21 a 26 c. ppal.).

- El **27 de abril de 2011** el paciente es ingresado por urgencias a la CLÍNICA LA ESTANCIA ¹² con "cefalea intensa opresiva región frontal que se exacerba con el esfuerzo físico", se deja constancia que el paciente refiere "**que desde hace 2 meses no le han hecho la quimioterapia por problemas con la entidad**". Se le suministra medicamentos y atención inicial y al día siguiente se ordena su remisión a la FUNDACIÓN VALLE DE LILI (archivo ATN3 cd fl. 327 c. ppal.).

- El señor JUAN DAVID FERNANDEZ GIRÓN ingresa por urgencias a la FUNDACIÓN VALLE DE LILI el **29 de abril de 2011** con diagnóstico de "tumor de comportamiento incierto o desconocido de otras partes especificadas del sistema nervioso central", siendo atendido por el Neurocirujano JUAN ALFONSO URIBE ARANGO quien anotó: "paciente conocido con dx de glioblastoma multiforme operado en spt 2010 con **tratamiento ambulatorio con RT y TEMODAL, que suspendió hace dos meses por falta de insumos en su EPS.** Hoy viene remitido de Popayán por cuadro de cefalea de varios días para valoración y manejo... pte gcs 15 con hemiparesia izq con abombamiento sobre región parietal der sobre la zona de la craneotomía. Se le toma RM con gadoleno que muestra la reproducción del tumor con invasión a la dura, galea y hueso. Otra lesión subcortical, ganglioblastoma profunda y otra lesión temporal con signos de necrosis y captación intensa. Hay gran edema cerebral hemisférico subyacente a la lesión... se le explica a la familia el estado y **mal pronóstico** y se hospitaliza para manejo del edema cerebral e iniciar manejo sintomático" (fs. 49 y 77 c. ppal.)

- El **02 de mayo de 2011** la Hemato – oncóloga ANGELA REGINA ZAMBRANO HARVEY deja la siguiente nota: "el día 11 de septiembre de 2010 terminó tratamiento con temozolamida + RDT en diciembre 16 de 2010. **Inició temozolamida en enero 26 de 2011, paciente quien no ha recibido de manera regular su tratamiento** por lo que considero realizar tratamiento intrahospitalario con temozolamida endovenosa. Se explica al paciente y se le inicio tto a la mayor brevedad" (fs. 51 y 78 c. ppal.).

- El **03 de mayo de 2011**, la referida especialista consignó: "paciente con dx de glioblastoma multiforme recidivante quien **no ha recibido tratamiento de manera**

¹² Se itera que la historia clínica correspondiente a la atención suministrada en esa institución es en su mayoría **ilegible**.

adecuada por lo que se ha atrasado su tratamiento en más de dos meses, vista la **progresión de la enfermedad considero que se beneficia de recibir el tratamiento de manera endovenosa" (fs. 50 y 79 c. ppal.).**

- El **04 de mayo siguiente**, la Oncóloga tratante señaló: "se hizo solicitud de medicamentos endovenosos teniendo en cuenta las dificultades que se ha tenido para su manejo ambulatorio, pues **en el momento no se puede determinar falla terapéutica ya el paciente no recibe la medicación desde enero de 2011...** **Preocupa la dificultad que ha tenido el paciente para recibir en forma adecuada su tratamiento ambulatorio, ocasionando falta de eficacia del tratamiento instaurado**, por tal motivo ante la recidiva considero prudente iniciar lo antes posible la terapia de tal forma que se ha hecho la solicitud del tratamiento para su inicio" (fs. 50 y 52, y 80 c. ppal.).

- Al paciente se le autorizó la salida el 05 de mayo de 2011 realizando recomendaciones de manejo ambulatorio (fs. 53 y 81 c. ppal.).

- El **13 de mayo de 2011** JUAN DAVID FERNANDEZ ingresa por urgencias a la FUNDACIÓN VALLE DE LILI a causa de una fuerte cefalea, y el mismo día se da de alta consignando la Médico General CAROLINA GARCÍA RAMÍREZ lo siguiente: "**Paciente tiene pendiente la realización de ESPECTROSCOPIA por persistencia de lesiones nivel frontal. La única forma de conocer si esta lesión es residual o es necrosis es con este estudio, el cual por múltiples excusas administrativas por parte de su EPS no se ha podido realizar, lo cual ha retrasado un diagnóstico más acertado...** se comenta pcte con médicos tratantes Dr. URIBE NEUROQX y Dra. ZAMBRANO HEMATO – ONCOLOGA, que indican colocación de analgesia dipirona y dexametasona 16 mg ev, **por el momento no hay más que ofrecer al pcte debido a la progresión de la enfermedad**" (fl. 90 c. ppal.).

- El **22 de mayo de 2011** el paciente es remitido de consulta externa a hospitalización en la FUNDACIÓN VALLE DE LILI, y la médico general ROCIO VIVIANA FRANCO TORRES anota: "... en el día de hoy asiste a control médico por consulta externa con la Dra. ZAMBRANO quien encuentra masa en región parietooccipital derecha que ha aumentado notoriamente de tamaño, asociado a exacerbación de las cefaleas de forma más frecuente, aun con medicamentos, tramadol gotas y acetaminofén tab por lo cual considera que el paciente cursa con **progresión de la enfermedad, considerando esta de muy mal pronóstico**, decide hospitalizar por el alto riesgo de complicaciones e iniciar manejo de segunda línea..." (fl. 93 c. ppal.).

- El **22 de junio de 2011** la Oncóloga ANGELA ZAMBRANO de la FUNDACIÓN VALLE DE LILI advierte: "paciente en quien **la enfermedad ha progresado de manera importante**, considerando esta muy mal pronóstico, sin embargo considero hospitalizar para dar manejo con segunda línea que por el riesgo a complicaciones decido hospitalizar de manera urgente" (fl. 333 c. ppal.).

- El **23 de junio de 2011** la Oncóloga tratante deja la siguiente nota: "Paciente que continuó manejo con temozolamida pero hace poco en mayo se documentó progresión, sin embargo **encontrando que el tratamiento no fue regular se consideró continuar con temozolamida ahora en evidencia de mayor progresión con síntomas neurológicos**. Paciente de muy mal pronóstico dado por el tiempo corto a la progresión por lo tanto considero que no hay beneficio en cambiar de línea de tto, sin embargo el paciente se encuentra en franco deterioro neurológico, considero prudente revaloración x neurocirugía y por cuidados paliativos. Se explicó a la mamá" (fs. 94 y 97 c. ppal.)

En la misma fecha es valorado por el Neurocirujano FERNANDO VELASQUEZ LASPRILLA, quien advirtió: "Paciente que continuó manejo con temozolamida pero está presentando de nuevo aparición de signos y síntomas con aparición de masa en cráneo en área quirúrgica y en nueva resonancia muestra reaparición de su masa con invasión a cráneo y cuero cabelludo así como la aparición de una nueva masa intracerebral en región temporal derecha, **hallazgos que empeoran ostensiblemente el pronóstico y considero solo tratamiento paliativo**" (fs. 94 y 97 c. ppal.).

- El **24 de junio de 2011** el Médico CARLOS ALFONSO CHAVARRO DOMINGUEZ del área de cuidados paliativos de la FUNDACIÓN VALLE DE LILI anota: "Paciente con glioblastoma multiforme que fue resecado parcialmente, recibió quimioterapia pero con progresión de la enfermedad. Valorado por los servicios de neurocirugía y de oncología, **sin posibilidad de ofrecerse manejo con intención curativa**. Se le explica esta situación al paciente y a su madre, dicen comprender que **no se le dará más quimioterapia ni se le puede curar la enfermedad**" (fs. 94 y 98 c. ppal.)

- El **25 de junio de 2011** se autoriza la salida del paciente, con recomendaciones y signos de alarma, ordenándose medicación de base y analgesia, y consulta externa de cuidado paliativo (fs. 95 a 96 y 99 c. ppal.).

- El **27 de junio de 2011** el paciente es ingresado por urgencias a la CLÍNICA LA ESTANCIA con "cefalea intensa opresiva en región frontal que se exacerba con el

esfuerzo físico", se le suministra medicamentos y atención inicial y el 30 de junio se autoriza su salida (archivo ATN4 cd fl. 327 c. ppal.).

- El 02 de julio de 2011 nuevamente ingresa por urgencias a la CLÍNICA LA ESTANCIA refiriendo "*cefalea intensa*". Se infiere que en la entidad le suministraron medicamentos y la atención inicial hasta el 03 de julio siguiente. El historial es ilegible (archivo ATN5 cd fl. 327 c. ppal.).

- El **05 de julio de 2011** JUAN DAVID FERNANDEZ GIRON ingresa por urgencias a la FUNDACIÓN VALLE DE LILI, debido a "*cefalea intensa que no mejora con múltiples medicamentos*" manifestando su progenitora que **hasta ese momento no ha recibido primera cita para cuidados paliativos "por trámites de su EPS"**, y que en la IPS de Popayán le indican que el tratamiento definitivo debe suministrarse en esa Fundación. Es valorado por el Médico CARLOS ALFONSO CHAVARRO DOMINGUEZ del área de cuidados paliativos, quien ordena medicamentos para controlar el dolor debido a la "*imposibilidad de dar tratamiento con intención curativa*", y salida del paciente con traslado a casa en ambulancia (fs. 101 y 103 c. ppal.)

- El **10 de julio de 2011** el paciente ingresa por urgencias a la CLÍNICA LA ESTANCIA con "*cefalea fuerte y vómito desde el día anterior*", se le suministra medicamentos para el dolor y atención inicial y al día siguiente se autoriza su salida prescribiendo medicamentos, manejo y terapias domiciliarias (archivo ATN6 cd fl. 327 c. ppal.).

- El **16 de julio de 2011** nuevamente ingresa por urgencias a la CLÍNICA LA ESTANCIA en "*regulares condiciones generales*", manifestando su progenitora que desde el día anterior no ingiere alimentos y tampoco habla. Se deja nota que el afiliado se encuentra en "*cuidados paliativos*", se le suministran medicamentos y se gestiona su traslado a la FUNDACIÓN VALLE DE LILI (archivo ATN7 cd fl. 327 c. ppal.).

- El **17 de julio de 2011** el paciente ingresa por medicina general en la FUNDACIÓN VALLE DE LILI consignándose como causa de admisión lo siguiente: "*paciente con antecedentes: glioma multiforme...**manejo paliativo el cual no ha recibido primera cita por trámites de su EPS.** Hoy consulta nuevamente por cefalea intensa que no mejora con múltiples medicamentos por lo que remiten. Paciente que viene de Popayán, manifiesta que en IPS le dicen que tratamiento definitivo debe ser en nuestra institución, comentado con Dr. Chavarro de cuidado paliativo para realizar manejo posiblemente en Betania. **Actualmente***

según familiar ha tenido deterioro progresivo de su estado general con ausencia de habla y cefaleas constantes" (fs. 105 y 110 c. ppal.).

En la misma fecha el Dr. CHAVARRO encuentra al paciente "en mala condición, somnoliento, refiere cefalea intensa, no ha comido en los últimos dos días, sin control de esfínteres, hemiparesia izquierda... con **mayor deterioro neurológico, con dolor de difícil manejo...** el deterioro neurológico es evidente desde la última hospitalización, con crecimiento de masas tumorales en cabeza. **Paciente sin posibilidad de manejo con intensión curativa.** Lesiones no quirúrgicas y sin posibilidad de ofrecer quimioterapia y radioterapia", ordena su ingreso a hospitalización (fs. 105 y 106, y 111 c. ppal.).

- El **22 de julio de 2011** se autoriza la salida del paciente, ordenándose medicamentos de rutina, incapacidad y traslado en ambulancia (fs. 108 y 113 c. ppal.).

4.4.2. También se aportó como prueba copia de algunas piezas procesales de la **acción de tutela promovida en el mes de abril de 2011**¹³ por la señora BERTHA NUBIA GIRON como agente oficiosa de JUAN DAVID FERNANDEZ contra COOMEVA EPS, consistentes en:

- Auto admisorio del 28 de abril de 2011 (fs. 29 a 30 c. ppal.)

- Notificación a la accionada del 29 de abril siguiente (fl. 63 c. ppal.)

- Contestación de COOMEVA EPS en la que asegura haber emitido las autorizaciones para todos los servicios y medicamentos requeridos por el paciente, entre ellos la *TEMOZOLAMIDA* (el 18 de febrero de 2011, 29 de abril de 2011 y 02 de mayo de 2011), y la *ESPECTROSCOPIA POR RESONANCIA* (el 26 de enero de 2011), según relación o listado que se incluye en ese escrito, solicitando negar el amparo por hecho superado, aportando copia de dos órdenes de servicio de fecha 02 de mayo de 2011 y 29 de abril de 2011 para el medicamento *TEMOZOLAMIDA* (fs. 33 a 37 c. ppal.).

- Acta de la diligencia de "ampliación" de la acción de tutela realizada el 12 de mayo de 2011, en la que la accionante informó que **los medicamentos prescritos a su hijo le fueron entregados el 29 de abril de 2011 "cuando él ya estaba hospitalizado en Valle de Lili"**, que ya habían pasado más de 15 días desde que se ordenó ese medicamento, "lo que ha venido retardando el tratamiento, como consta en la historia clínica y esto está agravando la salud de mi hijo", afirma que

¹³ No se acompaña el comprobante de la oficina de reparto para esclarecer el día exacto.

el examen de ESPECTROSCOPIA CEREBRAL hasta ese momento no ha sido autorizado por COOMEVA EPS, que "la enfermedad le ha avanzado por la falta de tratamiento oportuno" (fl. 48 c. ppal.)

- Copia de la epicrisis expedida por la FUNDACIÓN VALLE DE LILI el 05 de mayo de 2011 (fs. 49 a 53 c. ppal.) de donde se extrae la misma información reseñada en líneas anteriores respecto de la atención médica brindada a JUAN DAVID FERNÁNDEZ GIRÓN desde el 29 de abril de 2011 al 05 de mayo de 2011.

- Copia del **fallo de tutela proferido el 12 de mayo de 2011** por el Juzgado Sexto Civil Municipal de Popayán (fs. 55 a 62 c. ppal.), en cuya parte motiva la funcionaria consignó, entre otras cosas, lo siguiente:

"Manifiesta la accionante que su hijo JUAN DAVID FERNANDEZ fue diagnosticado con cáncer de cerebro, requiriendo hospitalización, y que sus médicos tratantes le han ordenado medicamentos para quimioterapia tales como TEMOZOLAMIDA por 100 mgs y por 250 mgs así como el examen ESPECTROSCOPIA, sin embargo no le han sido autorizados por COOMEVA EPS, porque deben pasar por Comité, lo cual le han informado tiene un trámite de 20 días, y que su hijo los requiere de forma urgente, que son de escasos recursos y no los pueden adquirir, pues su hijo está en incapacidad médica hace más de 180 días y ella está dedicada a su cuidado, por lo cual no puede trabajar.

(...)

La historia clínica que aporta la madre, no le deja duda al Juzgado que el tratamiento no ha sido continuo, que ha tenido suspensiones por falta de insumos en su EPS, como el médico tratante lo deja anotado, que su tratamiento se ha atrasado, no ha sido recibido de manera adecuada, mostrando el galeno su preocupación por esta situación, pues la historia del 4 de mayo de 2011, informa que no recibe medicación desde enero de 2011, lo cual produce falta de eficacia del tratamiento.

De tal manera que la actitud de COOMEVA EPS en la mora en expedir las autorizaciones de servicio que viene requiriendo su afiliado, constituye una omisión que a todas luces ha transgredido los derechos fundamentales de esta persona, que en las condiciones que se encuentra merece especial protección.

Se observa entonces, que efectivamente el servicio de salud objeto de la tutela, ha sido autorizado, tratándose de los medicamentos como lo demostró COOMEVA EPS con las autorizaciones adjuntadas a la respuesta a la tutela, pero esto ocurrió ante la medida provisional que decretó el Juzgado, puesto que estaban solicitados desde el 13 de abril, indicándosele al paciente que la fecha de respuesta sería el 6 de mayo de 2011 como consta en el recibo de solicitud de justificación de servicios/medicamentos NO POS, es decir casi un mes después la EPS COOMEVA decidiría sobre el suministro o no de los servicios solicitados sin tener en cuenta que se trata de una enfermedad catastrófica que amerita la atención urgente e inmediata del paciente.

Además de lo anterior, a pesar de hacer parte de lo ordenado en la medida provisional, que COOMEVA EPS expidiera la autorización del examen ESPECTROSCOPIA, no fue autorizado o por lo menos no lo demostró así la EPS, y de la historia clínica de su última hospitalización en VALLE DE LILI aportada por la agente oficiosa, no obra que se le haya practicado."

Con fundamento en esas consideraciones, el Juzgado encontró acreditada la **vulneración del derecho fundamental a la salud** del agenciado y dispuso conceder el amparo deprecado, **ordenando a COOMEVA EPS expedir de manera inmediata la autorización para el examen de ESPECTROSCOPIA prescrito por el médico tratante a su afiliado JUAN DAVID FERNANDEZ**, además del tratamiento integral. El comentado fallo se notificó a la EPS el 17 de mayo de 2011 (fl. 63 c. ppal.)

4.4.3. La parte demandada acompañó una relación que asegura corresponde a la "totalidad" de servicios ordenados a su afiliado, entre ellos el medicamento "TEMOZOLAMIDA" que se dice fue autorizado el 15 y 16 de octubre de 2010, 24 de enero de 2011, 18 de febrero de 2011, 29 de abril de 2011, 02 y 17 de mayo de 2011, 02 y 23 de junio de 2011, 05 y 26 de julio de 2011, y el examen de "ESPECTROSCOPIA POR RESONANCIA" presuntamente autorizado el 26 de enero de 2011, sin embargo, no se acompaña copia de ésta última autorización ni se allegó ningún otro medio de convicción que demuestre la práctica de dicho examen (fs. 245 a 263 c. ppal.).

4.4.4. Lo hasta aquí reseñado respalda la conclusión antes enunciada de hallarse acreditada la "culpa" de la persona jurídica demandada, pues como acaba de verse, la documental adosada pone al descubierto la conducta remisa a cumplir con la prestación de un servicio oportuno y eficaz, **sin que sea admisible ninguna de las justificaciones expuestas en la contestación de la demanda**, en tanto no cabe duda de la importancia de la continuidad del tratamiento para una persona diagnosticada con cualquier tipo de cáncer, quien bajo ninguna circunstancia debe someterse a una espera prolongada como consecuencia de la convocatoria o reunión del Comité Técnico Científico, dado que se trata de una **carga administrativa que el afiliado en esas condiciones no está en el deber de soportar**.

A ello se suma, que de acuerdo con el historial médico, los galenos justificaron con suficiencia la necesidad del examen de "ESPECTROSCOPIA", es decir, no se trataba de una "sugerencia" como se indica por la demandada, sino un imperativo para efectuar un diagnóstico acertado sobre los nuevos síntomas que presentaba el paciente, y en todo caso, aun de pensarse que estuviera a discreción de los especialistas tratantes, COOMEVA EPS S.A. tampoco acreditó haber expedido oportunamente la respectiva autorización que según manifiesta no fue utilizada por los galenos de la FUNDACIÓN VALLE DE LILI por no considerarlo necesario.

4.5. Ahora, el escollo insalvable en este asunto es lo atinente al **nexo causal** o ligamen existente entre la conducta antijurídica o culpa administrativa endilgada a la demandada y el daño cuyo resarcimiento se reclama, toda vez que la demostración de la primera por sí sola no permite la aplicación de la consecuencia resarcitoria en la forma que se depreca.

4.5.1. En este punto, es importante resaltar, que de acuerdo con la jurisprudencia patria, **al ser el Juez ajeno al conocimiento médico:**

“(…) 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 (...)”¹⁴ (Resaltado fuera del texto).

“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 (...)”¹⁵ (Resaltado fuera del texto).

Ello quiere decir, que para determinar la existencia de una responsabilidad médica, salvo los casos en que de acuerdo con los pronunciamientos de la misma Corte es posible predicar una culpa virtual por evidente y manifiesta anormalidad de las consecuencias del acto médico¹⁶, en principio, se requiere de una **prueba de carácter científico o mínimamente un testimonio experto**, pues no de otra manera puede el Juez arribar a conclusiones sobre las consecuencias para la salud y la vida de un paciente, derivadas de la acción u omisión en la prestación de un servicio de salud.

De manera que, no habiéndose aportado o solicitado por las interesadas en este asunto una prueba de esa clase, y contrario a lo señalado por la funcionaria de primer grado, **con la sola lectura de la historia clínica y los interrogatorios de parte por ellas rendidos, no es posible para esta judicatura establecer con algún grado de certeza que la tardanza en entregar el medicamento “TEMOLOZAMIDA” y la omisión en autorizar el examen de “ESPECTROSCOPIA” imputables a COOMEVA EPS S.A., fuera el detonante o causante de la “agravación” de la enfermedad del señor JUAN DAVID FERNANDEZ GIRON y su posterior fallecimiento.**

¹⁴ CSJ. Civil. Sentencia 183 de 26 de septiembre de 2002, expediente 6878 – Cita incluida en el texto original.

¹⁵ CSJ SC003-2018, 12 ene. 2018, rad. No. 11001-31-03-032-2012-00445-01, MP. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

¹⁶ CSJ SC7110-2017, 24 may. 2017, rad. No. 05001-31-03-012-2006-00234-01 MP. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

4.5.2. Ciertamente los facultativos de la FUNDACIÓN VALLE DE LILI consignaron en la historia clínica que el tratamiento con el medicamento “TEMOZOLAMIDA” no se debía interrumpir durante la radioterapia con el fin de garantizar el éxito del mismo, no obstante, la EPS retardó la entrega de ese medicamento por espacio de dos meses, y por ende los galenos advirtieron la imposibilidad de verificar “la eficacia” del tratamiento.

Es de resaltar que **en ninguna de esas anotaciones los especialistas conceptuaron con contundencia que la tardanza en suministrar la TEMOZOLAMIDA fuera la causante de la progresión de la enfermedad o el mal pronóstico del paciente**, es más, en la nota del 04 de mayo de 2011, la Oncóloga tratante señaló que no se podía determinar “la falla terapéutica”, y si bien expresó su preocupación por cuanto el señor FERNANDEZ GIRON no estaba recibiendo en forma adecuada su “tratamiento ambulatorio”, en manera alguna señaló que ello generó el deterioro en la salud del usuario, ni mucho menos que incidió en su posterior fallecimiento.

Y es que no puede pretenderse que con la sola lectura que realice el operador judicial quien no cuenta con conocimiento en esa materia, desentrañe o deduzca una consecuencia médica no consignada expresamente por los galenos, que valga destacar, no fueron citados por la parte interesada para que rindieran su testimonio y precisaran el alcance de sus observaciones.

De la misma manera, en cuanto al examen de ESPECTROSCOPIA en los registros clínicos se menciona la necesidad del mismo “*para una mejor caracterización*” y así establecer si la lesión que presentaba el paciente era residual o correspondía a una necrosis, lo que les permitiría realizar un adecuado diagnóstico, sin embargo, **los especialistas no consignaron puntualmente qué efectos adversos ocasionó la falta de ese examen;** máxime cuando se evidencia que practicaron otro tipo de exámenes con el propósito de esclarecer a qué obedecían esos síntomas, y continuaron con la atención médica que consideraron pertinente.

4.5.3. Memórese que “...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 brinde al proceso esos elementos propios de la ciencia –no conocidos por el común de las personas y de suyo sólo familiar en menor o mayor medida a aquéllos que la practican– y que a fin de cuentas dan, con carácter general las pautas que ha de tener en cuenta el juez para atribuir a un antecedente la categoría jurídica de causa. 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. (...).¹⁷

4.5.4. Adviértase además, que en los hechos y pretensiones del escrito introductor, no se mencionó expresamente que el daño que dicen haber sufrido las demandantes, se concretara en la **"pérdida de la oportunidad"** o **"chance de vivir"** de su hijo y hermano fallecido, y aun aceptándose en gracia de discusión que sí se invocó la misma, la Corporación tampoco encuentra demostrados y perfeccionados los presupuestos axiológicos ¹⁸ desarrollados por la jurisprudencia para desentrañar la existencia de esa "especie" independiente de daño, principalmente, que el "chance" u "oportunidad" del señor JUAN DAVID FERNANDEZ GIRON de recuperar su salud o prolongar su vida fuera "seria, verídica, real y actual", toda vez que no se cuenta con concepto médico alguno que así lo asegure, reiterándose que resulta improcedente para el operador judicial realizar inferencias sobre cuestiones que requieren conocimientos especializados ajenos a su competencia, ni mucho menos, ordenar una indemnización por **"una probabilidad abstracta y vaga"**¹⁹, como aquí sucede.

Precisamente sobre ese particular, el Consejo de Estado sostuvo:

*"En síntesis, cuando se pretende la indemnización de los daños derivados de la omisión o tardanza de las entidades obligadas a prestar los servicios médicos, **debe quedar acreditado no el resultado final de la lesión o enfermedad que originó la solicitud de atención, sino la existencia de la PROBABILIDAD QUE TENÍA EL PACIENTE DE RECUPERAR SU SALUD O PRESERVAR SU VIDA y que esa expectativa se perdió en forma definitiva como***

¹⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia Expediente 6878, 26 de septiembre de 2002, M.P. Jorge Santos Ballesteros

¹⁸ En sentencia SC7824-2016 del 15 jun. 2016, retomando pronunciamientos anteriores de esa misma Corporación, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema señaló: "Sus presupuestos axiológicos, para que pueda considerarse como daño indemnizable según la elaboración jurisprudencial de esta Corporación refieren a: (i) Certeza respecto de la existencia de una legítima oportunidad, y aunque la misma envuelva un componente aleatorio, la "chance" diluida debe ser seria, verídica, real y actual; (ii) Imposibilidad concluyente de obtener el provecho o de evitar el detrimento por razón de la supresión definitiva de la oportunidad para conseguir el beneficio, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en inconveniente; y (iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado; no es cualquier expectativa o posibilidad la que configura el daño, porque si se trata de oportunidades débiles, lejanas o frágiles, no puede aceptarse que, incluso, de continuar el normal desarrollo de las cosas, su frustración inevitablemente conllevaría en la afectación negativa del patrimonio u otros intereses lícitos. Dicho de otro modo, el afectado tendría que hallarse, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en un escenario tanto fáctico como jurídicamente idóneo para alcanzar el provecho por el cual propugnaba" (Rad. No. 11001 31 03 029 2006 00272 01 MP. MARGARITA CABELLO BLANCO)

¹⁹ CSJ SC10261-2014, 04 ago. 2014, rad. No. 11001 31 03 003 1998 07770 01 MP. MARGARITA CABELLO BLANCO

consecuencia de la actuación imputable a la entidad. El grado de probabilidad que tenía el paciente de lograr el beneficio será, entre otros factores, el que determine la indemnización"²⁰ (Resaltado fuera del texto).

4.5.5. Por último, es de anotar, que en la demanda también se reclamó -aunque tangencialmente - "los perjuicios ocasionados al hoy extinto JUAN DAVID FERNANDEZ GIRÓN y que concluyeron con la muerte de éste", pedimento que no fue objeto de pronunciamiento por la Juez de primer nivel y que no le mereció reparo alguno a la parte que lo solicitó, por lo que en aplicación de lo previsto en el inciso segundo del artículo 287 y el inciso cuarto del artículo 328 del C.G.P. ²¹ imposibilita a esta Sala examinar lo pertinente e incursionar en ese particular.

5. Así las cosas, no habiendo atendido la parte actora la carga probatoria que le correspondía en este asunto, en aras de acreditar el **nexo causal** presupuesto *sine qua non* para que se configure la responsabilidad que se reclama, se responde afirmativamente el primer problema jurídico propuesto, toda vez que la decisión atacada se apoyó en una indebida valoración de los medios suasorios, y por lo tanto se **revocará** la misma para en su lugar y ante la falta de prueba del nexo causal en este caso de responsabilidad, **desestimar** las pretensiones de la demanda.

Al tenor del numeral 4° del artículo 365 del C.G.P., se condenará en costas de ambas instancias a la parte demandante.

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

RESUELVE:

Primero: REVOCAR la sentencia proferida el 29 de mayo de 2019 por el JUZGADO SEXTO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN, dentro del asunto de la referencia. En su lugar SE DENIEGAN las pretensiones de la demanda.

Segundo: Condenar en costas de ambas instancias a la parte demandante en favor de la parte demandada. Como agencias en derecho de esta instancia se fija la suma equivalente al 1 % del total de las pretensiones negadas (Acuerdo No.

²⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B, sentencia del 05 de marzo de 2015, rad. No. 08001-23-31-000-2000-03119-01 (34921) CP. RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO.

²¹ Que en su orden prescriben que "El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado;..." y "El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único...".

1887 de 2003 modificado por Acuerdo 2222 del mismo año), la que será incluida en la liquidación correspondiente conforme lo normado en el artículo 366 del C.G.P.

Corresponde a la funcionaria de primer nivel establecer las agencias en derecho de la primera instancia.

Tercero: Una vez ejecutoriado el presente proveído, DEVUÉLVASE el expediente al despacho de origen, previas las desanotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.



JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA
Magistrado ponente



DORIS YOLANDA RODRÍGUEZ CHACÓN
Magistrada



MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES
Magistrado

AB.