

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA

Magistrada Ponente: Claudia María Arcila Ríos

Pereira, diecisiete (17) de septiembre de dos mil catorce (2014)

Acta No. 429 de 17 de septiembre de 2014

Expediente 66001-31-03-005-2012-00329-01

Procede la Sala a decidir los recursos de apelación que interpusieron los demandantes y la demandada Nueva EPS S.A. frente a la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira, el 23 de julio de 2013, en el proceso ordinario que promovieron los señores Alba Lucía Ramírez López y otros contra la entidad citada y la Fundación Cardiovascular del Niño del Risaralda.

I PRETENSIONES

Solicitan los demandantes se declare solidariamente responsables a los demandados de los perjuicios que sufrieron con motivo de la muerte del señor Antonio Ramírez Sánchez.

En consecuencia, se les condene a pagarles, a cada uno, una suma equivalente a 100 salarios mínimos mensuales por concepto de perjuicios morales y la misma suma por el daño a la vida de relación, debidamente indexadas y con intereses desde la ejecutoria de la sentencia hasta cuando se produzca el pago.

II HECHOS

Como constitutivos de la causa petendi la parte actora invocó los que a continuación se sintetizan:

1.- El señor William Ramírez López se encontraba afiliado a la entidad promotora de salud Nueva EPS S.A. y como beneficiario tenía a su padre Antonio Ramírez Sánchez.

2.- Este, el 7 de abril de 2009, ingresó a urgencias de la Fundación Cardiovascular del Niño de Risaralda con cuadro de dolor abdominal en epigastrio constante irradiado a dorso, con náuseas, vómito, diarrea, fiebre subjetiva, malestar general, diaforesis y dolor referido hacia región retroesternal; le ordenan electrocardiograma, ecografía abdominal total, cuadro hemático, parcial de orina, proteína C reactiva, amilasas, fosfatasa alcalina, bilirrubinas, creatina, nitrógeno ureico, glicemia y cropológico.

3.- El 8 de abril de 2009 le diagnosticaron síndrome icterico (insuficiencia secretora del hígado) o sea ictericia (tinte amarillo de la piel y las mucosas), colelitiasis (presencia de cálculos en la vesícula biliar) y vesícula escleroatrófico (vesícula completamente ocupada de cálculos). Ese mismo día, a las 17:20 horas, el médico Henry Medina deja constancia en la historia clínica: Cirugía, Colealitis, manejo ambulatorio, completar prequirúrgicos, le ordena un CPRE (colangiopancreatografía retrograda endoscópica ambulatoria) y le da de alta en las deplorables circunstancias en que se encontraba.

4.- En su residencia continuó con dolores, decaído, sin medicina que pudiera mejorar su estado, con analgésicos y ranitidina, esperando que le practicaran la colangiopancreatografía que nunca se realizó debido a la negligencia de las entidades encargadas de hacerlo.

5.- El 19 de abril de 2009, a las 9:30 pm, el citado señor regresó al servicio de urgencias de la Fundación demandada con dolor abdominal, tipo cólico, intenso y progresivo en epigastrio y emesis, le diagnosticaron colelitiasis y colesistitis (inflamación aguda de la vesícula biliar) y así transcurrió sin atención médica hasta el 20 de abril a las 9:30 pm cuando llegó el cirujano de turno; lo examinó y dijo que para practicar la cirugía necesitaba el examen recomendado CPRE consistente en estudio diagnóstico y terapéutico del páncreas y la vía biliar; le colocan sonda naso gástrica a libre drenaje y ampicilina sulbactam y quedan de practicarle el referido examen el 21 de abril.

6.- Ese día, a las 18:00 horas, lo trasladan a la clínica Comfamiliar para la realizarle el CPRE, pero debido a las condiciones clínicas en que se encontraba, decidieron aplazar el procedimiento y lo remitieron a la fundación accionada. En nota de evolución, el cirujano indica el deterioro general de su estado de salud, cuadro clínico compatible con sepsis (infección) seguramente de origen biliar y sospechosa de pancreatitis y el médico internista indica remisión a la Unidad de Cuidados Intensivos, diagnosticándole falla orgánica múltiple (complicación devastadora de varios órganos, por presencia de un cuadro de sepsis sistémica).

7.- El 22 de abril, en la UCI, es valorado por cirujano general, se realiza una tomografía axial computarizada y solicita valoración por nefrología; el 23 es examinado por la misma especialidad y lo encuentra en regulares condiciones y el 24 fallece sin que se le practicara la colecistectomía.

8.- Es evidente que la Fundación accionada no prestó la atención médica debida y oportuna al paciente, porque a pesar de los diagnósticos iniciales y siendo sus patologías de alto grado de morbilidad, lo remitieron para la casa, con analgésicos y sin practicarle el CPRE con urgencia; tampoco hizo nada la Nueva EPS aunque con la ecografía abdominal lo habían podido intervenir de manera inmediata, ya que se trataba de una urgencia de vida o muerte; además, el cirujano lo valoró once horas después de que la solicitud fuera registrada en la historia clínica y ya era 20 de abril.

9.- Lo anterior es corroborado con el informe del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, que transcribe parcialmente y en el que se concluyó que el fallecimiento se produjo por choque séptico secundario a complicaciones de una coledocolitiasis que comprometió las funciones respiratorias y renales en forma agresiva y además indicó que no se dio cumplimiento a la norma de atención, ni a los protocolos para la patología que presentaba el enfermo, las valoraciones fueron tardías, no se realizaron algunos exámenes relevantes a tiempo, ni se tomó la decisión quirúrgica oportuna.

10.- El señor Antonio Ramírez Sánchez tenía 73 años de edad, era casado con la señora Lucía López, quien falleció el 17 de junio de 2010 debido a complicaciones en la salud y pena moral por la muerte de su esposo; además vivía con sus hijos Martha Cecilia, Marino, Diana Patricia, y Alba Lucía y con sus nietos Iván Hernando, Brayan, Jhonny Alexander, Jhon Edisson y Valentina.

11.- Al mismo señor el sobreviven sus hijos y nietos, los aquí demandantes, quienes han sufrido doble pena moral por la muerte de sus padres y abuelos; el señor Antonio Ramírez Sánchez era una persona vigorosa y de buena salud; además mantenía una buena relación con los primeros y con su esposa.

III ACTUACIÓN PROCESAL

1.- Mediante proveído del 19 de octubre de 2011, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad, que venía conociendo del proceso, admitió la demanda.

2.- El representante legal de la Fundación Clínica Cardiovascular del Niño de Risaralda, por medio de apoderado judicial, dio respuesta al libelo. Aceptó solo de manera parcial alguno de los hechos de la demanda y se opuso a las pretensiones.

La Nueva EPS se pronunció de manera extemporánea.

3.- El 20 de marzo de 2012 se dio inicio a la audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento, fijación del litigio y decreto de pruebas; en audiencias posteriores se practicaron las pruebas solicitadas por las partes.

4.- Por auto del 31 de julio de 2012 la funcionaria que venía conociendo del proceso declaró su incompetencia para continuar tramitándolo de acuerdo con los artículos 18 y 20 del Código General del Proceso y ordenó remitirlo al Juzgado Civil del Circuito local.

5.- Correspondió el asunto al Juzgado Quinto de esa especialidad que asumió su conocimiento, decretó pruebas y dio traslado a las partes para alegar, oportunidad que aprovecharon las entidades demandadas.

IV SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Se dictó el 23 de julio de 2013. En ella se negaron las pretensiones de la demanda elevadas contra la Clínica Cardiovascular del Niño de Risaralda; se declaró civilmente responsable a la Empresa Promotora de Salud Nueva EPS S.A. de los perjuicios morales causados a Alba Lucía, Martha Cecilia, Diana Patricia, Luz Marina, Gloria Inés, William, Carlos Ariel y Marino Ramírez López y la condenó a pagarles, a cada uno, suma equivalente a diez salarios mínimos legales vigentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia, con intereses al 0.5% mensual desde entonces; se negaron las peticiones que ellos elevaron para obtener se les indemnizara el daño a la vida de relación; también las peticiones de los demás actores; se condenó a los demandantes a pagar las costas causadas a favor de la Fundación demandada y a la Nueva EPS a cancelar las que corresponden a los accionantes.

Para decidir así, consideró el funcionario de primer grado, en breve síntesis, que la Fundación Cardiovascular del Niño de Risaralda no fue la IPS que prestó atención al paciente, porque para entonces no tenía vida jurídica; tales servicios fueron suministrados por la IPS Procardio Servicios Médicos Integrales Ltda. de acuerdo con la prueba documental aportada y por ende, la primera carece de legitimación en la causa por pasiva. Luego se dedicó al análisis del dictamen rendido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, controvertido en audiencia oral, con fundamento en el cual concluyó que se presentó una falla médica al darse de alta al paciente sin efectuarle el examen CPRE; este se ordenó de manera ambulatoria y mientras se realizaba, el citado señor se agravó, hecho que no se debe a "la mora de la familia en la autorización del examen"; el error médico se produjo al ordenarlo de manera ambulatoria, sin tener en cuenta las inconveniencias que pudieran presentarse y la posibilidad de agravación de la situación patológica del enfermo.

Se refirió luego a la idoneidad de la perito que rindió el informe ante la Fiscalía, la que encuentra en su sola condición de perito médico experto del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, "Sin que se pueda afirmar válidamente que para rendir el informe se requiera de la especialidad escogida por la parte demandada, la de ser patólogo".

Posteriormente expresó que la responsabilidad de la EPS y el nexo causal deviene de la atención que suministró la IPS Procardio con la que tenía una relación contractual, hecho admitido en la actuación procesal, sin que se haya aceptado el argumento de la primera en el sentido de que su deber se circunscribe a contratar con una IPS la prestación de servicios médicos, lo que además encontró sustentó en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

En relación con los perjuicios reclamados, estimó que se presumían los morales que sufrieron los hijos de la víctima, mas no los de los nietos y que las pruebas no demuestran la cercanía entre estos y su abuelo, sin que para ese caso pueda aplicarse la misma presunción. Respecto de todos los actores, consideró no probado el daño a la vida de relación porque no demostraron las actividades cotidianas que compartían, ni la celebración de fechas especiales.

V RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con el fallo, lo apelaron los demandantes y la Nueva EPS.

1.- El apoderado de los primeros alegó en este sede que los hechos que dieron lugar a la demanda sucedieron cuando los servicios de salud eran prestados por la IPS Procardio Servicios Médicos Integrales Ltda., pero desde el 23 de abril de 2009 la Fundación demandada, "en el papel entró a prestar el servicio"; fue esta entidad la que atendió al paciente pues lo valoró el mismo cirujano que hasta el 22 de abril del año citado era de la otra; desde la primera de tales fechas se le cambió el nombre y fueron unos mismos médicos, personal de enfermería y administrativo los que atendieron al señor Ramírez, en ese lugar nada cambió. Insiste que fue la Fundación demandada la que atendió al citado señor, la IPS, llámese como se llame no sufrió ninguna variación esencial en el giro de su actividad de prestar servicios médicos asistenciales a la Nueva EPS; se produjo una sustitución de patronos como la que consagra el artículo 67 del CST y surge la responsabilidad que consagra el artículo 69 de la misma obra.

Tampoco está de acuerdo con la cuantía en que fueron tasados los perjuicios morales a favor de los demandantes porque desconoce la jurisprudencia que los ha fijado hasta en 100 salarios mínimos, ni comparte la negativa en reconocer ese daño a los nietos del señor Ramírez Sánchez en razón al vínculo de consanguinidad que los une porque la discrecionalidad del juez no puede rayar con la arbitrariedad. Aduce que ha debido reconocerse el daño a la vida de relación porque los hijos de la víctima perdieron la oportunidad de seguir gozando de la presencia de su padre, de sus enseñanzas, protección, apoyo, de su experiencia para guiarlos y de disfrutar con él en épocas especiales.

Solicita se revoque la sentencia impugnada en cuanto negó las pretensiones de la demanda frente a la Clínica Cardiovascular del Niño de Risaralda y se le condene en forma solidaria con la Nueva EPS a pagar los daños reclamados; se modifique la cuantía en que fueron tasados los perjuicios morales e imponer las demás condenas solicitadas. Además, no se condene en costas a sus representados y por tal concepto se fijen las agencias en derecho a cargo de la referida EPS en una suma acorde con la condena que llegue a imponerse en esta instancia.

2.- El apoderado de la Nueva EPS adujo que en la sentencia se señala como causa eficiente del resultado dañino la ausencia de una prueba diagnóstica denominada CPRE, la que ordenó la IPS tratante en la primera internación del paciente, con el fin de establecer el procedimiento a seguir, pero a su juicio no fue esa la única causa eficiente del desenlace porque además influyeron la edad, la evolución temporal de la enfermedad, el tiempo en acudir al médico a partir de los síntomas iniciales, la atención inicial brindada, la definición del procedimiento a seguir, la indicación de quién debería hacer la CPRE porque la entidad que lo atendió no tenía habilitado el servicio; las órdenes emanadas de la IPS, el tiempo en hacerlas efectivas por parte de los responsables y la culpa de la parte actora por dicha demora.

Considera que las primeras cinco causas citadas son fundamentales y explica que el daño va evolucionando por hechos de los que resultan ajenas las entidades demandadas y que deben ser tenidos en cuenta por la naturaleza de la obligación asumida porque no se acude a un servicio médico sin un potencial hecho dañoso en proceso, de donde surge la necesidad de atención por parte de un profesional que pueda entender, atender y poner su conocimiento y experiencia en mejorar al paciente o disminuir el mal que lo aqueja; es por eso que se ha dicho que la actividad médica genera obligaciones de medio y no de resultado; muchos de los resultados no esperados no se deben a una mala práctica de la medicina, sino a riesgos implícitos en la patología tratada.

Expresa que en el caso particular, la IPS toma las decisiones necesarias para lograr la mejoría del paciente y ordena los exámenes que están habilitados para esa entidad; se sugieren otros que no lo están y en esas condiciones se llega a las causas 4 y 5 atrás citadas sin que el juzgado haya tenido en cuenta que, como lo dijo la IPS demandada al responder la demanda, no era la encargada de tomarle la CPRE y tampoco de autorizarlo, pues no tiene tal servicio habilitado, ni lo ha ofertado y por tal razón no puede calificarse de negligente su conducta. Hace una valoración probatoria de la demanda y su contestación para decir que en el proceso no se puso en duda lo manifestado y que por tal razón se evidencia que el motivo para dar salida al paciente no fue arbitrario dada la evolución temprana de la patología y que como la impresión diagnóstica CPRE no se realizaba en Procardio, era necesario realizar los trámites para ello en otra institución; además esa salida era conveniente para salvaguardar la salud del enfermo, teniendo en cuenta su edad y situación patológica, a fin de evitar que pudiera afectarse con otro tipo de enfermedad, en razón a la naturaleza del sitio.

Explica que dentro del tiempo razonado para los efectos y en razón a que se trataba de una prueba ambulatoria, se requería de las autorizaciones necesarias para el procedimiento; la Nueva EPS la expidió en tiempo, como lo demuestra el interrogatorio absuelto por su representante, pero el paciente o sus responsables no acudieron de manera inmediata, sino casi seis días después "con una enfermedad que iba evolucionando, y acudiendo ya cuando la situación era tardía", hasta el punto que la prueba no pudo ser realizada pues era necesario que se estabilizara, lo que no sucedió. A su juicio, la práctica de esa prueba dependió de personas ajenas a la EPS, esta cumplió su obligación contractual al expedir la autorización; en adelante la responsabilidad es del paciente y finalmente de la IPS que ha de hacerla con criterio profesional, pero fue peor la decisión de los familiares del enfermo, al esperar más de seis días "para tomarse la prueba diagnóstica CPRE".

Luego se refiere a la ausencia de pruebas en el proceso para deducir la responsabilidad y concluye que las allegadas sugieren la inexistencia del daño en las condiciones alegadas, motivo por el cual la parte demandante no cumplió la carga de demostrar los hechos en que sustenta sus pretensiones; en el proceso está demostrado que en ningún momento hubo obstáculos en el tratamiento indicado por el médico, mas no la existencia de un nexo causal entre la conducta endilgada a la parte

que representa y el perjuicio reclamado y así, desaparece la responsabilidad.

Afirma que está demostrada "la tacha de sospecha de los testigos", la "carencia" de información de cada uno de ellos y la falta de idoneidad de la perito. En relación con este último aspecto indicó que su dictamen se fundamentó en documentos, o sea que no tuvo acceso al paciente cuando estaba vivo; tampoco al cadáver y emitió su concepto con la historia clínica, años después de los hechos, generó más que definiciones, conjeturas sobre el desarrollo de la patología del paciente y después de transcribir el artículo 116 de la ley 1395 de 2010, expresó que la perito no acreditó su idoneidad, porque en la declaración que rindió dijo que no era especialista en gastroenterología sino en patología y define lo relativo a esa ciencia. Manifiesta que si bien la testigo técnica es médico, carece de la especialidad que se requiere en el caso concreto y solicita "desestimar ese testimonio técnico", luego de lo cual se dedica a criticar las manifestaciones del dictamen rendido. Concluye entonces que no se cuenta con medios probatorios que permitan inferir que la causa de la muerte del señor Antonio Ramírez Sánchez fue la no realización del CPRE.

Luego menciona que los actos médicos no fueron desplegados por la Nueva EPS que por ley no se compromete con sus afiliados a prestar los servicios de salud, sino a garantizar su acceso, obligación que cumple por medio de una red prestadora que puede constituir con sus propias IPS "o contratadas", cada una de las cuales actúa con total independencia y autonomía, bajo su discrecionalidad científica, sin que puedan elevarse pretensiones frente a la Nueva EPS que solo son exigibles a la IPS, pues aquella únicamente celebra contratos de afiliación al sistema. Insiste en que es el equipo de salud el que debe observar la *lex artis*, los protocolos de atención y ajustar su conducta a las normas de la ley 23 de 1981, sin que sea posible para la entidad que representa controlar, supervisar y vigilar las de los profesionales de la salud contratados por la IPS y no puede deducirse una responsabilidad solidaria, porque esta solo tiene origen legal o contractual, nada de lo cual se ha producido en este caso. Asumir su responsabilidad por el acto médico equivale a una responsabilidad objetiva basada en el hecho de un tercero que no está en posibilidad de controlar o dirigir y en relación con el ejercicio de las profesiones de salud rige el principio de confianza, sin que se pueda esperar que la EPS tenga un vigilante para cada acto de los médicos.

Se refiere a la *lex artis* para afirmar que el acto médico depende exclusivamente de los sujetos que lo desarrollan de manera directa, estos se encuentran bajo el control y vigilancia de la IPS, salvo que sea propia, lo que no se da en este caso y son ellos quienes saben y determinan el porqué de cada actuación, pero se pretende con la sentencia que la EPS dirija cada uno de esos actos, dejando de lado que la obligación "de una aparte" es de medio y no de resultado y de otra, la imposibilidad física de cualquier institución de tener un auditor para cada procedimiento. Producida la muerte del paciente no siempre se debe presumir, como ahora se hace, la falta de calidad en el servicio "porque cada uno de los elementos deben ser estudiados de manera

autónoma”, para establecer si se presenta una falla en el servicio a título de responsabilidad contractual. Solicita se revoque el fallo proferido y se absuelva a las demandadas. En subsidio, se mantenga la condena en las condiciones “planteadas por el a-quo”.

VI CONSIDERACIONES

PRESUPUESTOS PROCESALES

Como se hallan satisfechos, la sentencia será de mérito. Además, ninguna causal de nulidad se observa que pueda afectar la actuación.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

Con fundamento en la responsabilidad médica, de la que no se expresa en la demanda su naturaleza contractual o extracontractual, pretenden los demandantes se declare a la Nueva EPS S.A. y a la IPS Fundación Clínica Cardiovascular del Niño de Risaralda, solidariamente responsables de los perjuicios morales y del daño a la vida de relación que sufrieron a causa de la muerte de su padre y abuelo, señor Antonio Ramírez Sánchez, al no ser debidamente atendido en la última de tales entidades en época en la que se encontraba afiliado como beneficiario a los servicios de salud que debía garantizar la primera.

Entiende la Sala que la acción propuesta se fundamenta en la responsabilidad civil extracontractual al reclamar los actores el daño que personalmente sufrieron con motivo de la muerte del señor citado y están legitimados en la causa para hacerlo porque acreditaron con los documentos de origen notarial aportados con la demanda, el vínculo de parentesco que los unía con la víctima directa del daño¹.

Así lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia:

“1. Cuando la víctima directa de un acto lesivo, fallece como consecuencia del mismo, sus herederos están legitimados para reclamar la indemnización del perjuicio por ella padecido, mediante el ejercicio de la denominada acción hereditaria o acción hereditatis, transmitida por el causante, y en la cual demandan, por cuenta de éste, la reparación del daño que hubiere recibido.

“Dicha acción es de índole contractual o extracontractual, según que la muerte del causante sea fruto de la infracción de compromisos previamente adquiridos con el agente del daño, o que se dé al margen de una relación de tal linaje, y como consecuencia del incumplimiento del deber genérico de no causar daño a los demás.

“Al lado de tal acción se encuentra la que corresponde a todas aquellas personas, herederas o no de la víctima directa, que se ven perjudicadas con su deceso, y mediante la cual pueden reclamar la reparación de sus propios daños. Trátase de una acción en la cual actúan jure proprio, pues piden por su propia cuenta la reparación del perjuicio que personalmente hayan

¹ Ver folios 32 y 42 a 64 del cuaderno principal.

experimentado con el fallecimiento del perjudicado inicial, y su naturaleza siempre es extracontractual, pues así la muerte de éste sobrevenga por la inobservancia de obligaciones de tipo contractual, el tercero damnificado, heredero o no, no puede ampararse en el contrato e invocar el incumplimiento de sus estipulaciones para exigir la indemnización del daño que personalmente hubiere sufrido con el fallecimiento de la víctima-contratante, debiendo situarse, para tal propósito, en el campo de la responsabilidad extracontractual. Se trata entonces de acciones diversas, por cuanto tienden a la reparación de perjuicios diferentes. La primera, puesta al alcance de los causahabientes a título universal de la víctima inicial, que se presentan en nombre del causante, para reclamar la indemnización del daño sufrido por éste, en la misma forma en que él lo habría hecho. La segunda, perteneciente a toda víctima, heredera o no del perjudicado inicial, para obtener la satisfacción de su propio daño....”²

Por pasiva está legitimada la Nueva EPS. En efecto, de acuerdo con los artículos 48 y 49 de la Constitución Nacional, la salud es un servicio público y corresponde al Estado organizarlo, dirigirlo y reglamentarlo; puede además prestarlo directamente o por medio de comunidades organizadas o por particulares, de acuerdo con el artículo 365 de la misma Carta.

Con fundamento en esas normas surge el Sistema General de Seguridad Social en Salud que regula la ley 100 de 1993 y con él una nueva especie de responsabilidad, diferente a la que existía entre el médico y su paciente: aquella que debe asumir frente a su afiliado la entidad que en virtud a esa ley se compromete a prestar los servicios médicos, las Entidades Promotoras de Salud.

Ese sistema permite a las EPS prestar la atención médica de muy diversas formas. Pueden hacerlo personalmente o empleando distintos recursos humanos y técnicos, que a su vez dan origen a otra serie de vínculos entre ellas y las instituciones prestadoras de servicios de salud o médicos con los que contrata la prestación de los servicios que se obliga a garantizar, para lo cual se encuentran autorizadas por el literal k) del artículo 156 de la referida ley.

La reglamentación del sistema por parte del Estado aunque restringe la voluntad particular, no impide establecer un vínculo entre la entidad promotora de salud y el afiliado, en cuanto este tiene libertad para escoger aquella a la que quiere pertenecer y se obliga a cancelarle el valor de la respectiva cotización. Como contraprestación la EPS asume la obligación de garantizarle la prestación del servicio de salud.

En consecuencia, la víctima de un daño, derivado de una irregular atención médica, con motivo de la relación que surge de la afiliación, puede demandar a la Entidad Promotora de Salud con el fin de obtener la indemnización de perjuicios causados por medio de la Institución Prestadora de Salud de que se sirve para garantizar los servicios que

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar providencia de 18 de mayo de 2005, referencia: Expediente No. 14415.

ofrece prestar, porque además, dentro de sus funciones está la de: "Establecer los procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad de los servicios prestados por las instituciones prestadoras de salud." (artículo 178, numeral 6º, ley 100 de 1993)

Está demostrado en el proceso que el señor Antonio Ramírez Sánchez se encontraba afiliado al Sistema General de Seguridad Social en el régimen contributivo que ofrece la Nueva EPS³.

También, que para la prestación de esos servicios médicos, la referida entidad había suscrito contrato con la sociedad Procardio Servicios Médicos Integrales Ltda.⁴ Además, de acuerdo con la historia clínica del señor Ramírez Sánchez, fue esa entidad la que brindó atención al paciente por la época en que se produjo su fallecimiento. Lo mismo relató la representante legal de la Nueva EPS en el interrogatorio que absolvió.

Y la ejecución defectuosa de los servicios médicos por parte de la sociedad Procardio Servicios Integrales Ltda. compromete a la Nueva EPS, entidad que, se reitera, en virtud de un contrato se obligó con el paciente a garantizarle los servicios de salud. Así lo ha explicado la jurisprudencia:

"Pertinente advertir, en las voces del artículo 177 de la Ley 100 de 1993 (D.O. 41148, 23 de diciembre de 1993), por la cual se crea el sistema de seguridad social integral conformado con los regímenes de pensiones, salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios definidos por la ley para la efectiva realización de los principios de solidaridad, universalidad y eficiencia enunciados en el artículo 48 de la Constitución Política, la función básica de las Entidades Promotoras de Salud de "organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados", y la de "establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud" (artículo 177, num. 6º, ibídem, subraya la Sala), que les impone el deber legal de garantizar la calidad y eficiencia de los servicios de salud, por cuya inobservancia comprometen su responsabilidad, sea que lo presten directamente o mediante contratos con las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) y profesionales respectivos (artículo 179, ejusdem).

"Es principio del sistema organizado, administrado y garantizado por las Entidades Promotoras de Salud (EPS), la calidad en la prestación de los servicios de salud, atención de las condiciones del paciente según las evidencias científicas, y la provisión "de forma integral, segura y oportuna, mediante una atención humanizada" (artículo 153, 3.8, Ley 100 de 1993).

"En idéntico sentido, las Entidades Promotoras de Salud (EPS), son responsables de administrar el riesgo de salud de sus afiliados, organizar y garantizar la prestación de los servicios

³ Ver folio 65, cuaderno No. 1

⁴ Ver folios 762 a 770, cuaderno No. 1

integrantes del POS, orientado a obtener el mejor estado de salud de los afiliados, para lo cual, entre otras obligaciones, han de establecer procedimientos garantizadores de la calidad, atención integral, eficiente y oportuna a los usuarios en las instituciones prestadoras de salud (art. 2º, Decreto 1485 de 1994).

“Igualmente, la prestación de los servicios de salud garantizados por las Entidades Promotoras de Salud (EPS), no excluye la responsabilidad legal que les corresponde cuando los prestan a través de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) o de profesionales mediante contratos reguladores sólo de su relación jurídica con aquéllas y éstos. Por lo tanto, a no dudarlo, la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuna, lesiva de la calidad exigible y de la lex artis, compromete la responsabilidad civil de las Entidades Prestadoras de Salud y prestándolos mediante contratación con Instituciones Prestadoras de Salud u otros profesionales, son todas solidariamente responsables por los daños causados, especialmente, en caso de muerte o lesiones a la salud de las personas.

“...

“Ahora, cuando se ocasiona el daño por varias personas o, en cuya causación intervienen varios agentes o autores, todos son solidariamente responsables frente a la víctima (art. 2344, Código Civil; cas. civ. sentencias de 30 de enero de 2001, exp. 5507, septiembre 11 de 2002, exp. 6430; 18 de mayo de 2005, SC-084-2005], exp. 14415).

“Ostensible, es la legitimación en la causa por pasiva de la Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A. y la Asociación Médica de Especialistas Pragma S.A.-Clínica Pragma S.A., de quienes, según quedó sentado, se pretende la responsabilidad civil solidaria por los daños reclamados a título personal por el hijo, padres y hermanas a causa del fallecimiento de Aream Alexander Verano con ocasión de la prestación de los servicios médicos...”⁵

No está legitimada en la causa por pasiva la Fundación Clínica Cardiovascular del Niño de Risaralda, como lo concluyó el Juzgado de primera sede, porque al señor Antonio Ramírez Sánchez le fueron prestados los servicios médicos, entre el 7 y el 24 de abril de 2009, en la Clínica Procardio Servicios Integrados, tal como se infiere de la historia clínica incorporada al proceso, con la que la Nueva EPS tenía contrato suscrito para prestar a sus afiliados los servicios médicos asistenciales que hacen parte de las coberturas del Plan Obligatorio de Salud –POS-⁶. Además, de conformidad con la certificación expedida por la Secretaría de Salud del Departamento de Risaralda, a la Fundación demandada se le reconoció personería jurídica mediante Resolución 0194 del 23 de abril de 2009⁷, es decir solo un día antes de la fecha en que murió el señor de marras.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 17 de noviembre de 2011, MP. Dr. William Namén Vargas, expediente: 11001-3103-018-1999-00533-01

⁶ Folios 762 a 770, cuaderno No. 1

⁷ Folio 33, cuaderno No. 1

No hay entonces de dónde deducir que la Fundación Cardiovascular del Niño de Risaralda, entre el 7 y 24 de abril de 2009, hubiese actuado como IPS de la Nueva EPS y por ende, no estaba legitimada para intervenir en la causa por pasiva por no ser la llamada a responder.

LA RESPONSABILIDAD

El artículo 2341 del Código Civil dice: *"El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o delito cometido"*. A partir de esa disposición la doctrina y la jurisprudencia han diseñado los tres elementos que configuran la responsabilidad aquiliana: 1) un hecho generador del daño; 2) la culpa o dolo del sujeto a quien se le endilga responsabilidad y 3) la relación de causalidad necesaria entre uno y otro.

1.- El daño está acreditado con la copia de la historia clínica que se incorporó al proceso⁸, que da cuenta de la atención médica brindada al paciente en la en las que se plasma lo relacionado con los servicios que se le prestaron entre el 7 y el 24 de abril de 2009 cuando falleció, hecho este último que de probó con el documento de origen notarial que se incorporó con la demanda⁹.

2.- Sobre la culpa y el nexo causal, la doctrina y jurisprudencia vigentes, en el campo de la responsabilidad civil por el acto médico, han enseñado que puede producir responsabilidad para el profesional o la entidad que lo ejecuta y por ende, la obligación de indemnizar el daño que se llegue a causar al paciente, de incurrirse en fallas al emitir un diagnóstico o al ejecutar un determinado tratamiento, porque esa especie de responsabilidad, ya sea contractual o extracontractual, se rige por el criterio de la culpa probada por tratarse de una obligación de medio, salvo cuando se asume de manera expresa la de obtener un determinado resultado que no se logra.

El artículo 1º de la Ley 23 de 1981 consagra como principios, fundamento esencial para el desarrollo de las normas sobre ética médica, en el numeral 1º, que la medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distinciones de nacionalidad, ni de orden económico-social, racial, político y religioso, y en el numeral 2º impone al médico la obligación de estudiar al paciente, como persona que es, en relación con su entorno, con el fin de diagnosticar la enfermedad y sus características individuales y ambientales, y adoptar las medidas, curativas y de rehabilitación correspondientes y el 4º enseña que la relación médico-paciente es elemento primordial en la práctica médica y para que tenga éxito debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico.

⁸ Ver folios 545 a 647, cuaderno No. 1

⁹ Folio 39, cuaderno No. 1

Constituye deber entonces para el médico actuar con diligencia y cuidado en la atención profesional que preste al paciente, con el fin de obtener su curación o mejoría, pero como por regla general su obligación es de medio, no de resultado, en caso de no obtener el que se espera solo se le puede atribuir responsabilidad en la medida en que se demuestre que incurrió en culpa por haber desatendido esos deberes.

Obra en el proceso copia de la historia clínica del señor Antonio Ramírez Sánchez, remitida por la fundación demandada, en cuyo poder se encuentra y que autorizó su Departamento Jurídico¹⁰.

De ese documento que en forma desorganizada, incompleta y en algunos apartes ilegible, surge que el señor Antonio Ramírez Sánchez, de setenta y tres años de edad, el 7 de abril de 2009 ingresó al servicio de urgencias de la Clínica Procardio con dolor abdominal y retroesternal desde un día antes y se le recomendaron una serie de exámenes.

El día siguiente, a las 14:15 horas se señala como diagnóstico síndrome ictérico y colelitiasis; al examinar la ecografía se consigna colelitiasis, vesícula escleroatrófica, infiltración grasa difusa y pendiente por valoración de cirujano para definir conducta. En la misma fecha, a las 17:20 horas, fue examinado por ese especialista que recomienda cirugía, como diagnóstico nuevamente cita colelitiasis, ordena manejo ambulatorio con analgesia y completar prequirúrgicos CPER (colangiopancreatografía retrograda endoscópica); además, le da salida.

El 19 de abril del mismo año ingresa nuevamente el paciente al servicio de urgencias con dolor abdominal, tipo cólico, intenso, progresivo en epigastrio, se irradia a la espalda, enemesis en varias ocasiones, manejado con dolex y ranitidina sin mejoría. Como antecedentes se señala colelitiasis, hace una semana tiene pendiente cirugía, como plan se señala analgesia y paraclínicos; se practican nuevos exámenes.

El 20 de abril, a las 18:20 es valorado por médico cirujano y de acuerdo con lo que resulta legible, se consigna que presenta "historia de dolor tipo cólico en epigastrio e hipocondrio derecho irradiado a la espalda, con enemesis... malestar general... murphy blumber insinuado" y se incluyen varios diagnósticos, de los que resulta legible solo el término "peritonitis?". A las 20:20 es nuevamente valorado por cirugía general y se anota que el paciente ha tenido cuadros de ictericia obstructiva y está programado para CPRE el día siguiente; ahora con cuadro similar asociado a distensión abdominal "que considero corresponde a ileo reflejo". Como plan, se consigna: "sonda nasogástrica a libre drenaje, iniciar ampicilina sulbactam. CPRE mañana, se explica al paciente y a sus hijos".

En informes de enfermería de la misma fecha se consigna que el paciente continúa con mucho dolor, a pesar del medicamento y que no duerme en toda la noche. En otra, se expresa: "Confamiliar, que los papeles se los recibieron en cirugía pero que no sabe a qué hora es el examen. La hija del pte dice que a las 7:00 a.m. va a Confamiliar para averiguar".

¹⁰ Folios 545 a 647, cuaderno No. 1

El 21 del mes citado, a las 10:30 médica cirujana ambulatoria plasma como diagnósticos dolor abdominal, cuadro de decaimiento general, mareo, paciente afebril, mucosa oral semiseca, sin síndrome de dificultad respiratoria, ruidos intestinales disminuidos, distendido, doloroso a la palpación difusa, sin signos de irritación peritoneal, sin edemas, pendiente CPRE. Solicitó una serie de exámenes y "hospitalizar en cirugía general".

A las "19 15" sin señalarse fecha alguna, se expresa, en nota de enfermería, que el paciente presenta gran dificultad respiratoria, se informa al médico internista quien de inmediato se hace presente, ordena cambio de oxígeno de cánulas por máscara y se traslada a la Unidad de Cuidados Intensivos.

Aparecen también en la historia clínica notas después de su ingreso a la Unidad de Cuidados Intensivos, desde el 22 de abril de 2009, en las que se señala que es su segundo día en ese lugar. En tales anotaciones se consignan las valoraciones que se le hicieron, los exámenes practicados y entre otras cosas, se menciona que fue valorado por cirujano general, quien "no considera llevarlo a cirugía"; a las 12 horas de su ingreso con leve mejoría desde el punto de vista clínico y paraclínico, con leve disminución de azohados pero persiste oliguria, se solicita valoración por nefrología; la condición del paciente es grave por sepsis de origen abdominal: pancreatitis aguda severa, en falla múltiple de órganos, con insuficiencia renal aguda que requiere hemodiálisis.

El 23 de ese mes se plasmó que presenta episodio de taquicardia supraventricular de complejos estrechos asociada a hipotensión y graves signos de hipoperfusión con amiodarona; se le suministran medicamentos pero continúa muy hipotenso hipoperfundido; el pronóstico es reservado; no interactúa absolutamente nada; sin sedación, en coma profundo, en muy malas condiciones generales, conectado a soporte ventilatorio y a máquina de hemodiálisis, sin mejoría alguna.

El 24 de abril, que se encuentra en pésimas condiciones generales, en anasarca, hipotenso, taquicárdico, con soporte vasopresor, "abdomen globuloso, tenso, distendido, edema de pared abdominal, sin peristaltismo, edema; generalizado, frialdad distal, signos de hipoperfusión generalizados, piel marmórea, moteada, acrocianótico, con graves signos de vasoconstricción periférica, neurológico: en coma, no responde a ningún estímulo". Se indica que el paciente está en condición grave por síndrome de disfunción multiorgánica; no ha habido respuesta al manejo instaurado, en choque refractario. El plan, continuar con manejo médico y a las 10:15 se expresa que el paciente presenta hipotensión y bradicardia sostenidas y finalmente entra en asistolia; se declara fallecido.

Se aportó además una constancia expedida por el Secretario General de la Clínica Comfamiliar, en la que indica que de acuerdo con la historia clínica, el señor Antonio Ramírez Sánchez fue recibido en la Unidad de Urgencias de esa entidad, remitido de la Clínica Procardio el 21 de abril de 2009 para rehabilitación de CPRE, ingresó en regulares condiciones,

con pruebas de laboratorio alteradas y según el mismo documento, el cirujano encargado de realizar el procedimiento, recomienda verificar datos de las pruebas de laboratorio, "se dan instrucciones de manejo y transfusiones para realizar el procedimiento el viernes siguiente (3 días después), se contraremite para continuar el tratamiento y se deja programación para el día 24 de abril de 2009)", sin que se tengan otros datos del caso, "el paciente no regresó"¹¹.

También se incorporó al proceso copia auténtica de un dictamen rendido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Dirección Regional Occidente, Seccional Risaralda, en relación con la muerte del señor Antonio Ramírez Sánchez, practicado a instancias de la Fiscalía 18 Seccional de Pereira¹².

En ese trabajo, la experta, después de resumir la historia clínica del paciente, expresó que de acuerdo con la literatura médica, los cálculos en la vía biliar constituyen una de las patologías del aparato gastrointestinal de mayor frecuencia, siendo la coledocistitis la forma más simple; con la edad aumenta su incidencia, también las complicaciones, que se acompañan de una elevada morbilidad y mortalidad. Explica que en el caso concreto, el señor Antonio Ramírez Sánchez, de setenta y tres años de edad, ingresa el 7 de abril con un cuadro de dolor abdominal y vómito; al examen físico se evidencia ictericia (tinte amarillo de la piel y de las mucosas); luego de realizados unos paraclínicos en los que se comprueba elevación de bilirrubinas, se le diagnostica colecistitis y se solicita valoración por cirujano, quien lo hace el día siguiente, emite el mismo diagnóstico y solicita en forma ambulatoria un CPRE (colangiopancreatografía retrógrada endoscópica) y sin tener en cuenta el porcentaje de complicaciones que se presentan en pacientes adultos con tal enfermedad, le da de alta.

Es manejado en forma ambulatoria con analgésicos; doce días después, sin que se haya realizado en CPRE, reingresa nuevamente al servicio de urgencias por dolor abdominal y emesis; al examen físico presenta Murphy insinuado (signo clínico que indica inflamación del peritoneo); se solicitan nuevamente paraclínicos que reportan alteraciones de las pruebas hepáticas (bilirrubinas elevadas fosfatasa alcalina elevada); también hemograma que muestra leucocitos con neutrofilia (lo que indica una infección bacteriana); ecografía de difícil valoración técnica. Se le hospitaliza y se solicita valoración por cirujano general. Aduce que hasta ese momento, con la clínica, los antecedentes del paciente y los resultados paraclínicos, cursaba con un cuadro de colecistitis aguda que según la literatura médica es una complicación de coledocistitis y tiene alto porcentaje de morbimortalidad.

Indicó que el cirujano general valoró al paciente once horas después de que la solicitud fue registrada en la historia clínica; en la nota de evolución no registra el concepto médico evaluativo de los paraclínicos e inicia manejo con antibióticos y espera la realización del CPRE. Al día siguiente, el 21 de abril, es evolucionado por médico general en horas de la mañana y encuentra paciente muy decaído, mucosas semisecas y

¹¹ Folio 708, cuaderno No. 1

¹² Folios 651 a 662, cuaderno No. 1

solicita paraclínicos, sin que la historia clínica contenga notas de médico general o de especialista que evalúen los resultados, los que son valorados en la Clínica Confamiliar en horas de la tarde cuando le iban a realizar la CPRE.

Al reingreso a la clínica Procardio, en la misma fecha, llega el paciente en malas condiciones, valorado por cirujano general indica que debe continuar manejo médico; internista lo examina y ordena ingresarlo a la Unidad de Cuidados Intensivos; no hay otra recomendación por cirugía general, a pesar de que el paciente presenta una complicación de una patología quirúrgica. Este evoluciona en forma tórpida a pesar de la atención que se le suministró en la UCI y fallece el 24 de abril.

Considera que hay relación de causalidad entre el manejo por cirugía general del enfermo en su primer ingreso al servicio de urgencias al disponerse que fuera ambulatorio y las complicaciones que presentó; también al segundo ingreso, entre la tórpida evolución y que lo llevó a la muerte y la valoración tardía y falta de decisión en el tratamiento quirúrgico; también en el manejo médico en el servicio de quirúrgicos en la clínica Procardio entre la omisión en la evolución médica y deterioro clínico del paciente.

Expresó que la muerte del señor citado se produjo por choque séptico secundario a complicaciones de una coledocolitiasis que comprometió las funciones respiratorias y renales en forma agresiva y explicó que de acuerdo con lo revisado en la literatura, no se cumplieron las normas de atención ni los protocolos para la patología que presentaba el paciente; la coledocolitiasis se debió confirmar imagenológicamente; sin embargo, los hallazgos clínicos y paraclínicos, junto con la evolución del enfermo, indicaban la alta probabilidad de esa patología, las valoraciones quirúrgicas fueron tardías y no se realizaron algunos exámenes, ni se tomó la decisión quirúrgica oportuna; las ecografías sí lo fueron y respecto a la CPRE no se indica si estaba siendo tramitada por la familia o por la EPS y se consideraba criterio fundamental para la intervención; el procedimiento no se pudo realizar porque cuando lo trasladaron a la clínica Comfamiliar con ese fin, el 21 de abril, se hallaba descompensado en su estado de salud.

El juzgado laboral que venía conociendo del proceso dio traslado de tal dictamen a las partes y tanto el apoderado de los demandantes como el de la EPS demandada solicitaron se interrogara a la perito sobre su idoneidad y el contenido del trabajo. Tal acto se cumplió en el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Neiva, comisionado para el efecto.

En esa oportunidad explicó la experta que es médica especialista en medicina forense, médica cirujana general. Explicó que los médicos forenses no necesariamente tienen que ser especialistas para pronunciarse en eventos en los que hay una especialidad o varias implicadas, pues se hace una lectura del expediente y de la historia clínica, se fundamentan en la literatura médica, protocolos y dan un concepto de la atención recibida, si se ajustó a la *lex artis*; que la historia clínica llegó al Instituto de Medicina Legal y el informe respectivo lo dirigió a la Fiscalía que lo solicitó. Después de resumir el contenido del

dictamen que emitió, dice que el procedimiento CPRE puede ser diagnóstico o terapéutico; al paciente le diagnosticaron cálculos, pero estaba amarillo, lo que indica una complicación y cuando eso sucede hay que practicar ese examen para determinar en qué sitio está el cálculo, para que el cirujano decida dónde y cómo opera. Dijo que existen ciertos protocolos que los médicos deben atender, de acuerdo con cada organismo y en este caso debía practicarse el examen CPRE para evitar complicaciones al paciente, teniendo en cuenta su edad y antecedentes. Considera que no debió ordenarse en forma ambulatoria.

Al dictamen de que se trata la Sala concede valor demostrativo, sin que pueda dudarse de la idoneidad de la perito que lo rindió, por no ser especialista en gastroenterología sino en patología, como lo alega el apoderado de la Nueva EPS, ya que al ser parte del Instituto de Medicina Legal debe entenderse que tiene la formación necesaria para rendirlo. Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia:

“La circunstancia de que el concepto técnico de que trata, fuese emitido por médicos “patólogos” y “patólogos clínicos”, no lo desvirtúa, puesto que como lo señaló el propio Instituto en la complementación que presentó (fl. 50, cd. 2), esa circunstancia “no implica necesariamente que los especialistas que realizaron el análisis en medicina legal, no puedan hacer estas consideraciones, en cuanto a que en su proceso de formación académica durante su especialización realizan correlaciones clínico patológicas desde el punto de vista académico en el interior de las facultades de medicina e igualmente lo hacemos cada que (sic) nos llega un caso forense”, explicación que, a su turno, no mereció ningún reproche a la parte actora.”¹³

Tampoco se puede negar valor probatorio a ese dictamen porque la experta no valoró al paciente mientras estuvo vivo y tampoco su cadáver, pues de aceptarse argumento como ese, el que aduce el apoderado de la Nueva EPS al sustentar el recurso que ahora se decide, ninguna prueba de tal naturaleza tendría fuerza demostrativa a pesar de que no exige el legislador, para demostrar la culpa en casos como el que ahora ocupa la atención de la Sala, que el dictamen pericial deba ser practicado en las condiciones planteadas por el citado impugnante.

El análisis en conjunto de las pruebas que se acaban de resumir, demuestra que el señor Antonio Ramírez Sánchez ingresó al servicio de urgencias de la clínica Procardio el 7 de abril de 2009; se le diagnosticó colelitiasis y el cirujano recomendó intervenirle quirúrgicamente, previo a lo cual debía practicarse el procedimiento CPRE, el que ese mismo experto mandó realizar de manera ambulatoria y así dio de alta al enfermo. Empero, hubo nuevamente de ingresar por urgencias el 19 siguiente, en condiciones más graves, sin que el examen recomendado se hubiese practicado.

¹³ Sala de Casación Civil, sentencia del 30 de noviembre de 2011, MP. Arturo Solarte Rodríguez, expediente 76001-3103-002-1999-01502-01

También que el médico cirujano que valoró al enfermo en la primera oportunidad no asumió con responsabilidad la prestación del servicio a su cargo con el fin de obtener su recuperación y proteger su vida, que finalmente perdió, sin que se le hubiese practicado la intervención quirúrgica que recomendó, por la ausencia del examen CPRE que nunca se realizó.

Esa falla se encuentra en la circunstancia de que a pesar de que el médico especialista ordenó el referido examen y como dijo la perito del Instituto del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, era menester practicarlo para ubicar el lugar donde se encontraba el cálculo hallado y determinar la forma como se realizaría la intervención quirúrgica, aquel profesional abandonó al paciente; no tuvo en cuenta su edad, setenta y tres años; tampoco sus antecedentes médicos, pues era hipertenso, todo lo cual exigía mayor atención de su parte; ordenó que ese examen se practicara de manera ambulatoria y le dio de alta recomendándole analgésicos para paliar el dolor, pero ninguna medida adoptó para hacer un seguimiento a sus dolencias, no le advirtió sobre las consecuencias que la demora en practicarlo podía producir en su salud y su vida, ni le señaló una fecha en la que debía regresar para practicarle la cirugía, todo lo cual solo denota una inadecuada prestación del servicio médico que el enfermo requería.

Además, el mismo señor ingresó nuevamente por urgencias a la clínica Procardio el 19 de abril de 2009 y a pesar de que persistían sus dolencias y su estado de salud se agravaba, no se realizó en esa entidad gestión alguna para obtener la práctica del examen recomendado y aunque se le practicaron otros, como lo explicó la perito del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, fueron valorados tardíamente.

El examen recomendado ha debido entonces practicarse con prioridad desde la primera ocasión en que el enfermo fue valorado, ante la recomendación del cirujano de intervenirle quirúrgicamente, pero, se repite, nada hizo por obtenerlo ni por señalar siquiera el término prudencial en que debía realizarse y así permitió que la salud del paciente se agravara a raíz de las complicaciones que se presentaron y que lo llevaron a la muerte.

Sobre los deberes del médico, ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

“La jurisprudencia de esta Sala ha señalado que “(...) el galeno debe asumir, con un elevado e ímpoluto sentido de la responsabilidad, una serie de conductas encaminadas a la humanización (humanitas) y a la profesionalización de su elevado ministerio, vale decir un plexo de deberes que, articulados, integran la-llamada-deontología médica (tejido comportamental), enderezada, entre varios cometidos, a la búsqueda de una cabal prestación del servicio a su cargo y, ante todo, al respeto irrestricto de la vida humana, y a la preservación o mejoramiento de la salud-física y mental-e integridad de las personas, rectamente entendida, todo de cara a la sociedad y a

los demás profesionales inmersos en la misma ciencia, sus pares. (...) el médico, en el ejercicio de su profesión, está sometido al cumplimiento de una serie de deberes de diversa naturaleza, muy particularmente de raigambre ética-no por ello desprovistos de eficacia jurídica-, los cuales podrán servir de parámetro para evaluar, en un momento determinado, el grado de diligencia y responsabilidad empleados por el galeno en el cumplimiento de su oficio. Es por ello por lo que, se ha entendido que las normas que disciplinan la ética médica, se traducen en componente de su *lex artis*, con todo lo que ello supone, especialmente en la esfera de su responsabilidad, como tal, susceptible de ser valorada o, si se prefiere, juzgada, por los órganos y autoridades competentes para ello. (...) ” (sentencia de 18 de diciembre de 2009, exp. 1999-00533-01).

“11.-De lo anterior se desprende entonces, que 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...”¹⁴

De acuerdo con los argumentos expuestos y con fundamento en la jurisprudencia transcrita, se considera probada la culpa por falla en el servicio médico, ante el manejo descuidado del cirujano de la clínica Procardio, entidad con la cual la Nueva EPS había suscrito convenio para la prestación de servicios médicos a sus afiliados, pues dadas las circunstancias que ofrecía el caso concreto, no actuó aquella institución con la diligencia que exigía el caso concreto.

Para la Sala no tienen acogida los argumentos de la EPS impugnante en cuanto pretende trasladar la responsabilidad en la demora para la práctica del examen PCRE a los familiares de la víctima, porque como se ha dicho, desde el primer ingreso del señor Antonio Ramírez Sánchez al servicio de urgencias se le ordenó la realización de una cirugía, previo a lo cual se mandó aquel procedimiento, sin que el cirujano hubiese adoptado medida alguna para que se llevara a cabo con la prontitud que era menester dados los antecedentes del paciente y lo abandonó totalmente, nada de lo cual advirtió a los parientes del enfermo, o por lo menos de ello no hay prueba en el plenario.

En síntesis, se considera probada la culpa del médico cirujano que atendió al citado señor en la Clínica Procardio, ante el abandono a que lo sometió después de recomendarle un examen previo a la cirugía que dispuso practicar. Además, que la falta de atención oportuna, impidió la práctica de la intervención quirúrgica y así se agravó su

¹⁴ Sala de Casación Civil, sentencia del 30 de agosto de 2013, MP. Dra. Ruth Marina Díaz Rueda, expediente 11001-31-03-018-2005-00488-01

estado de salud, que nunca recuperó, pues presentó múltiples complicaciones que produjeron su muerte, sin que ni el referido examen ni la cirugía se hubiesen practicado.

Así entonces, se consideran demostrados todos los elementos de la responsabilidad civil médica que se endilga a la Nueva EPS, en razón a que con la clínica Procardio, en la que se cometió la falla, había suscrito contrato para la prestación de los servicios médicos a sus afiliados.

LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS

1.- Solicitaron los actores se condenara a los demandados a pagarles, a cada uno, por concepto de perjuicios morales, la cantidad de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes. El juzgado los tasó en diez, a favor de los señores Alba Lucía, Martha Cecilia, Diana Patricia, Luz Marina, Gloria Inés, William, Carlos Ariel y Marino Ramírez López, hijos de la víctima, al presumir el dolor que sintieron por la muerte de su progenitor. Los negó en relación con los demás actores, nietos del citado señor porque no se demostró la cercanía entre ellos y su abuelo.

El apoderado que los representa está inconforme con esas decisiones porque la jurisprudencia ha fijado esa clase de perjuicio en la suma reclamada y porque no se reconoció a los nietos de la víctima teniendo en cuenta el vínculo de consanguinidad que los une.

En relación con esa clase de daño, ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

“...cuando se predica del daño moral que debe ser cierto para que haya lugar a su reparación, se alude sin duda a la necesidad de que obre la prueba, tanto de su existencia como de la intensidad que lo resalta, prueba que en la mayor parte de los supuestos depende en últimas de la correcta aplicación, no de presunciones legales que en este ámbito la verdad sea dicha el ordenamiento positivo no consagra en parte alguna, sino de simples presunciones de hombre cuyo papel es aquí de grande importancia, toda vez que quien pretenda ser compensado por el dolor sufrido a raíz de la muerte de un ser querido, tendrá que poner en evidencia —según se lee en brillantes páginas que forman parte de los anales de jurisprudencia administrativa nacional— no sólo el quebranto que constituye factor atributivo de la responsabilidad ajena “... sino su vinculación con el occiso (...) su intimidad con él, el grado de su solidaridad y, por lo mismo, la realidad de su afectación singular y la medida de esta ...”, añadiéndose que a tal propósito “... por sentido común y experiencia se reconocen presunciones de hombre de modo de partir del supuesto de que cada cónyuge se aflige por lo que acontezca al otro cónyuge, o los progenitores por las desgracias de sus descendientes y a la inversa, o que hay ondas de percusión sentimental entre parientes inmediatos ...” (Consejo de Estado, Sección 3ª; expediente 1651, aclaración de voto del conjuer doctor Fernando Hinestrosa, 25 de febrero de 1982), siendo por cierto esta línea de pensamiento la misma prolijada

por la Corte (cfr, casación civil de 28 de febrero de 1990, arriba citada), hace poco menos de tres años, al proclamar sin rodeos y con el fin de darle al tema la claridad indispensable, que cuando en el campo de la prueba del daño no patrimonial la jurisprudencia civil ha hablado de presunción “ha querido decir que esta es judicial o de hombre. O sea que la prueba dimana del razonamiento o inferencia que el juez lleva a cabo. Las bases de este razonamiento o inferencia no son desconocidas, ocultas o arbitrarias. Por el contrario, se trata de una deducción cuya fuerza demostrativa entronca con clarísimas reglas o máximas de la experiencia de carácter antropológico y psicológico, reglas que permiten dar por sentado el afecto que los seres humanos, cualquiera sea su raza y condición social, experimentan por sus padres, hijos, hermanos o cónyuges ...”, presunción que naturalmente puede ser destruida puesto que “...necio sería negar —prosigue la Corte— que hay casos en los que el cariño o el amor no existe entre los miembros de una familia; o no surge con la misma intensidad que en otra, o con respecto a alguno o algunos de los integrantes del núcleo. Más cuando esto suceda, la prueba que tienda a establecerlo o, por lo menos, a cuestionar las bases factuales sobre las que el sentimiento al que se alude suele desarrollarse —y por consiguiente a desvirtuar la inferencia que de otra manera llevaría a cabo el juez— no sería difícil, y si de hecho se incorpora al proceso, el juez, en su discreta soberanía, la evaluará y decidirá si en el caso particular sigue teniendo cabida la presunción o si, por el contrario, ésta ha quedado desvanecida ...”; resumiendo, entonces, no obstante ser tales, los perjuicios morales puros también “... están sujetos a prueba, prueba que, cuando la indemnización es reclamada por los parientes cercanos del muerto, las más de las veces puede residir en una presunción judicial. Y nada obsta para que ésta se desvirtúe por el llamado a indemnizar, poniéndole de presente al fallador aquellos datos que, en su sentir, evidencian una falta o una menor inclinación entre parientes ...”¹⁵.

La Sala comparte los argumentos del funcionario de primera sede que impuso condena por los perjuicios de que se trata a favor de los hijos de la víctima, con fundamento en la presunción a que se refiere la jurisprudencia transcrita, porque las reglas sociales, psicológicas y de la experiencia enseñan que los seres humanos, ante la muerte de los más cercanos miembros de la familia, experimentan sentimientos de dolor, soledad, vacío y pesadumbre y como esa presunción no fue desvirtuada, procedía la condena impuesta.

Esa clase de perjuicio es indeterminable y de naturaleza extrapatrimonial, lo que ha permitido al juez ejercitar el arbitrium iudicium en su reparación y como lo ha aceptado de vieja data la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, más que ostentar un carácter resarcitorio, cumple una función paliativa, tratando con ella de obtener que la víctima reciba una compensación suficiente, acorde con la aflicción.

Su reparación pecuniaria conlleva una fuente de alivio frente al dolor sufrido, de manera tal que se proporcione al perjudicado una

¹⁵ Sentencia 3383 de noviembre 25 de 1992

satisfacción por el que se le causó, una razonable retribución para quien resultó menoscabado en sus intereses no patrimoniales.

Aunque para establecer su cuantía corresponde al juez obrar según su prudente arbitrio, la existencia personal del daño sufrido debe ser acreditada, así como la intensidad del agravio.

En el caso bajo estudio está demostrado que el señor Antonio Ramírez Sánchez falleció a consecuencia de una falla médica en la clínica Procardio con la que la Nueva EPS tenía contrato para la prestación de servicios médicos a sus afiliados.

Ese daño afecta los sentimientos más íntimos de sus hijos, los que no todos los seres experimentan de la misma forma y por tal razón, a pesar del dolor que padecen, no siempre será posible apreciarlo en toda su magnitud y por ende resultan de difícil cuantificación. Sin embargo, al establecer la cuantía, el discreto arbitrio del juez no puede abrir el camino para fijar excesivas condenas, pero tampoco en cuantía que no alcance a repararlo.

En consecuencia, como no se puede desconocer el sufrimiento que han debido experimentar los hijos de la víctima ante el fallecimiento de su padre, se considera prudente aumentar la cuantía en que fueron establecidos por el juez de primera sede, teniendo en cuenta que esta Sala, siguiendo diferentes sentencias de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido el valor de tales perjuicios, en casos extremos, hasta en \$55.000.000 cuando se trata por ejemplo de indemnizar el perjuicio moral que se causa a un padre por la muerte de un hijo. En este caso se establecerán en \$40.000.000 para cada una de los reclamantes a que se hace referencia para corregir la ínfima tasación que se hizo en primera instancia.

En tal sentido se modificará el fallo de primera sede.

De otro lado, la condena se hará en una suma determinada de dinero, pues como se ha visto, con la indemnización decretada se pretende mitigar en algo a los hijos del difunto el sentimiento profundo de dolor causado con su muerte, ya que el daño no puede ser reparado y por ende, no es del caso actualizarla en la forma solicitada en la demanda, aspecto sobre el cual dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia 6492 de agosto 17 de 2001, con ponencia del Dr. Jorge Santos Ballesteros:

"...En cuanto a los factores o patrones que han de utilizarse para la fijación del daño moral... considera ahora la Corte que en razón de ser la cuantía del daño moral un asunto que queda reservado al justo criterio del fallador, y como quiera que no se trata en ese evento más que de mitigar el dolor que sufre el demandante a consecuencia del hecho dañoso, y no en estricto sentido de una reparación propiamente dicha, no tendría sentido acudir a patrones (corrección monetaria, oro, Upac, dólar, UVR) cuya utilidad práctica consiste con mayor o menor eficacia en mantener en el

tiempo la tasación del daño, en servir de correctivo de la desvalorización de la moneda nacional, que con el paso del tiempo pierde su poder adquisitivo y por tanto hace irrisoria una suma fijada en pesos, a modo de indemnización por equivalente. Es lo que ocurre con la cifra que el censor menciona (\$ 4.000.000) como el valor de los 300 gramos oro fijado por el tribunal como daño moral pagadero a cada uno de los demandantes. Porque de la suma de \$ 1.000.000 (Sent. 168 mayo 8/90) como pauta guía la Corte pasó a \$ 4.000.000 (Sent. 71 mayo 30/94) y hoy incluso la ha elevado a \$ 10.000.000 (Sent. 12 de mayo 5/99).”.

Se mantendrá sin embargo la decisión de negar esa clase de perjuicios a los demandantes que los reclaman en su calidad de nietos del mismo señor, porque como lo concluyó el funcionario de primera sede, no opera para ellos la presunción a que se refiere la última jurisprudencia transcrita que se estima aplicable entre parientes del grado más próximo, pero que no tiene aplicación en situaciones diversas. Por ende, ha debido acreditarse en el plenario la cercanía que ellos tenían con su abuelo, a efectos de obtener la respectiva indemnización, pero ello no se logró.

En efecto, en el curso del proceso se escuchó al señor Fabián Loaiza Sánchez, quien dijo ser vecino de los demandantes. Expresó que es mucho el perjuicio moral que han debido sufrir los hijos, sobrinos y nietos del señor Antonio Ramírez Sánchez con su muerte, porque era quien llevaba la vocería en acontecimientos especiales, como cumpleaños y navidad, para que se hiciera algo; se les veía el amor mutuo por la forma de comportarse; era una familia muy unida. Empero, ese testigo, aunque dijo que el citado señor vivía con cuatro de sus hijos y unos nietos, solo mencionó los nombres de algunos de los primeros, mas no los de los segundos; el juzgado tampoco lo interrogó al respecto ni le exigió dar la razón de la ciencia de su dicho. En esa forma, de ese testimonio no resulta posible deducir el perjuicio moral que reclaman los últimos.

Carlos Alberto Arias Patiño, yerno de Antonio Ramírez, expresó que este vivía con sus hijos Alba Lucia, Martha, Marino y Diana, no recuerda más porque del lugar donde reside casi no se mueve; de vez en cuando lo visitaba, llegaba con sus niños y él los cargaba; vio muy afectados a los hijos, pero no sabe cuántos viven o están muertos. Con él vivían Alba Lucía, Marta, Diana y Marino, llegaba alguno de los otros y se quedaba una semana o dos, pero en eventos especiales se reunían todos. No hizo pues el deponente mención a la forma cómo se desarrollaba la relación entre los nietos y el abuelo para deducir la existencia del perjuicio moral que aquellos reclaman.

Lo mismo puede concluirse de las expresiones de Fredy Franco Alba, también vecino de Arturo, a quien conoce de toda la vida, pues aunque afirmó que a su fallecimiento, “esa gente empezó para atrás”, la vida les cambió y están muy deprimidos, refiriéndose a los nietos, solo recuerda el nombre de Brayan.

En este aparte considera la Sala necesario precisar que no será menester pronunciarse en relación a la tacha que se formuló respecto del testigo Carlos Alberto Arias Patiño, porque como se explicó, sus afirmaciones nada con grado de verosimilitud aportan al proceso.

2.- Solicitaron también los demandantes, por el daño a la vida de relación una suma equivalente a 100 salarios mínimos mensuales, pero el juzgado se negó a reconocerlos con el argumento de que no demostraron las actividades cotidianas que compartían con el causante y que se viesan afectadas con su muerte.

En sentencia 11842 del 19 de julio de 2000, el Consejo de Estado aclaró que el perjuicio fisiológico debía ser reemplazado por el de daño a la vida de relación, porque no debe limitarse a los casos de lesiones corporales que producen alteraciones a nivel orgánico, sino que debe extenderse a todas aquellas situaciones que alteran la vida de relación de las personas; ni a la imposibilidad de gozar de los placeres de la vida, porque puede referirse además al esfuerzo excesivo de realizar actividades rutinarias; ni se trata solo de la afectación sufrida por la persona en su relación con las demás, sino también con las cosas del mundo.

La Corte Suprema de Justicia se ha referido a esa clase de daño:

"5. En este orden de ideas, la Corte, a manera de compendio, puntualiza que el daño a la vida de relación se distingue por las siguientes características o particularidades: a) Tiene naturaleza extrapatrimonial o inmateral, en tanto que incide o se proyecta sobre intereses, derechos o bienes cuya apreciación es económicamente inasible, por lo que no es dable efectuar una mensura que alcance a reparar en términos absolutos la intensidad del daño causado; b) adquiere trascendencia o se refleja sobre la esfera externa del individuo, situación que también lo diferencia del perjuicio moral propiamente dicho; c) en las situaciones de la vida práctica o en el desenvolvimiento que el afectado tiene en el entorno personal, familiar o social se manifiesta en impedimentos, exigencias, dificultades, privaciones, vicisitudes, limitaciones o alteraciones, temporales o definitivas, de mayor o menor grado, que él debe soportar o padecer, las cuales, en todo caso, no poseen un significado o contenido monetario, productivo o económico; d) no solo puede tener origen en lesiones o trastornos de tipo físico, corporal o psíquico, sino también en la afectación de otros bienes intangibles de la personalidad o derechos fundamentales, e incluso en la de otro tipo de intereses legítimos; e) según las circunstancias de cada caso, puede ser sufrido por la víctima directa de la lesión o por terceros que igualmente resulten afectados, como, verbigracia, el cónyuge, el compañero o la compañera permanente, los parientes cercanos o los amigos, o por aquella y estos; f) su reconocimiento persigue una finalidad marcadamente satisfactoria, enderezada a atemperar, lenificar o aminorar, en cuanto sea factible, los efectos negativos que de él se derivan; y g) es una noción que debe ser entendida dentro de los precisos límites y perfiles enunciados, como un daño autónomo que se refleja en la afectación de la actividad social

no patrimonial de la persona, vista en sentido amplio, sin que pueda pensarse que se trata de una categoría que absorbe, excluye o descarta el reconocimiento de otras clases de daño - patrimonial o extrapatrimonial- que posean alcance y contenido disímil, ni confundirlo con estos, como si se tratara de una inaceptable amalgama de conceptos, puesto que una indebida interpretación conduciría a que no pudiera cumplirse con la reparación integral ordenada por la ley y la equidad, como infortunadamente ha ocurrido en algunos casos, en franco desmedro de los derechos que en todo momento han de asistir a las víctimas...”¹⁶.

Como puede verse, inicialmente la jurisprudencia del Consejo de Estado y actualmente la de la Corte Suprema de Justicia amplió el espectro de los daños extrapatrimoniales para incluir dentro de estos, como susceptible de indemnización, el daño a la vida de relación que entonces coexiste con el perjuicio moral que llegue a ser reconocido a la víctima.

Ese daño guarda relación con la afectación de la esfera exterior del individuo y que resulta alterada cuando se disminuye su calidad de vida o se imposibilita o dificulta relacionarse con las personas o las cosas y en general, cuando circunstancias como esas le impiden disfrutar la vida en condiciones normales y por ende, la persona se ve obligada a soportar su existencia en condiciones más difíciles que los demás y que antes de producirse el daño, no existían.

En el caso concreto la demanda con la que se inició el proceso no da cuenta de hecho alguno que sustente la existencia del daño a la vida de relación que reclamaron los demandantes y en consecuencia, no hay cómo deducir que el fallecimiento del señor Ramírez Sánchez, además del perjuicio moral, tuvo trascendencia en su esfera externa y los afecta en sus relaciones con los demás o con las cosas del mundo en la forma como lo explica la sentencia transcrita y en consecuencia, imponer una condena por el concepto que se analiza, implica desconocer el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil que al consagrar el principio de la congruencia, le impone al juez la obligación de dictar sentencia de acuerdo con los fundamentos fácticos en que se apoyan las pretensiones de la demanda.

Al formular los alegatos en esta sede, alegó el apoderado que representa a los demandantes que ha debido reconocerse ese daño porque los hijos de la víctima perdieron la oportunidad de seguir gozando de la presencia de su padre, de sus enseñanzas, protección, apoyo, de su experiencia para guiarlos y de disfrutar con él en épocas especiales. Tales hechos, además de que no pueden ser apreciados, mas bien guardan relación con el daño moral que sufrieron con la pérdida de su progenitor.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primer grado que negó su reconocimiento.

¹⁶ Sentencia 1997-09327 de 13 de mayo de 2008, Magistrado Ponente: César Julio Valencia Copete.

VII CONCLUSIONES Y FALLO

De acuerdo con lo expuesto, se confirmará sentencia recurrida, pero el ordinal tercero será modificado respecto de la cuantía en que fueron tasados los perjuicios morales a favor de los hijos del señor Antonio Ramírez Sánchez.

Y se abstendrá la Sala de imponer condena en costas en esta sede, de conformidad con el numeral 3º del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior del distrito Judicial de Pereira Risaralda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira, el 23 de julio de 2013, en el proceso ordinario que promovieron los señores Alba Lucía Ramírez López y otros contra la Nueva EPS y la Fundación Cardiovascular del Niño del Risaralda.

SEGUNDO.- MODIFICAR el ordinal tercero del referido fallo. En consecuencia, se condena a la Nueva EPS S.A. a pagar a cada uno de los demandantes allí enlistados, la suma de \$40.000.000.

TERCERO.- Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,

CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS

EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO