



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA DE CASACIÓN CIVIL**

**FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ**

**Magistrado Ponente**

**SC8219-2016**

**Radicación n° 11001-31-03-039-2003-00546-01**

(Aprobada en sesión de diecisiete de mayo de dos mil dieciséis)

Bogotá D.C., veinte (20) de junio de dos mil dieciséis (2016).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por los opositores, frente a la sentencia de 29 de enero de 2013, proferida por la Sala Civil de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Henry García Donado, quien actúa en nombre propio y en representación de Andrik Sebastián García Rojas; Diego Julián y Janeth Lucía Rojas Guarín; Victorino Rojas y Martha Lucía Guarín de Rojas, a título personal y como padres de Andrés Felipe Rojas Guarín, contra la Entidad Promotora de Salud Famisanar Limitada Cafam y Colsubsidio, y el Hospital Universitario San Ignacio, al que fue llamada en garantía Liberty Seguros S.A.

## **I.- EL LITIGIO**

1.- Los accionantes, en su condición de familiares cercanos, pidieron que la E.P.S. Famisanar y el Hospital Universitario San Ignacio les indemnizaran los perjuicios causados por omisión en la prestación de servicio médico a María Victoria Rojas Guarín, quien falleció, diferenciados así (fls. 8 al 10 cno. 4):

a.-) Para cada uno de ellos, en gramos oro:

(i) Un mil (1.000) por lesión moral.

(ii) Dos mil (2.000) por la violación del derecho a la vida y la familia.

b.-) Por lucro cesante:

(i) Veintisiete millones seiscientos sesenta y tres mil ciento sesenta y ocho pesos (\$27'663.168) a Andrik Sebastián García Rojas.

(ii) Setenta y siete millones trescientos sesenta y cuatro mil cuatrocientos setenta y ocho pesos (\$77'364.478) a Henry García Donato.

c.-) Cinco millones de pesos (\$5'000.000) de daño emergente.

2.- Los sustentos fácticos de sus aspiraciones se

resumen así (fls. 10 al 25 cno. 1):

a.-) De la unión conyugal de Victorino Rojas y Martha Lucía Guarín fueron fruto Andrés Felipe, Alejandra Milena, Janneth, Diego Julián y María Victoria Rojas Guarín. Esta última contrajo matrimonio con Henry García Donato (8 mar. 1997), con quien procreó a Andrik Sebastián García Rojas.

b.-) María Victoria laboró en Eficacia S.A. y fue cotizante de la E.P.S. Famisanar desde el 20 de octubre de 1999.

c.-) La trabajadora ingresó al Hospital Universitario San Ignacio el 5 de diciembre de ese año, diagnosticándole *«tumores corticales o subcorticales de fosa anterior y fosa media»*, que ameritaban una intervención quirúrgica.

d.-) La entidad promotora de salud solo autorizó cubrir el seis por ciento (6%) de los costos, *«por no tener el mínimo de semanas cotizadas prescrito en el art. 61 del Decreto 806 de 1998»*, resultando imposible a sus parientes asumir el noventa y cuatro por ciento (94%) restante, por lo que fue dada de alta en grave estado de salud el 31 de diciembre.

e.-) En fallo de tutela de 5 de enero de 2000, el Juzgado Ochenta y Cinco Penal Municipal de Bogotá le ordenó a Famisanar autorizar y asumir todos los gastos de la *«resección de tumores corticales y subcorticales de fosa*

*anterior y fosa media», que se llevó a cabo a los dos (2) días, pero esa dilación ocasionó el deceso de la paciente y el sufrimiento de su esposo, hijo y demás familiares.*

3.- Los demandados, una vez notificados, se opusieron y excepcionaron, así:

a.-) E.P.S. Famisanar Ltda.: *«Inexistencia de responsabilidad contractual», «las IPS se encuentran obligadas legalmente a atender la urgencia», «inexistencia de responsabilidad extracontractual de la E.P.S. Famisanar debido que no existe conducta culposa, ni nexo causal entre el hecho y el daño debido a culpa exclusiva de los familiares de la víctima» y «las obligaciones del médico son de medio y no de resultado» (fls. 49 al 64 cno. 4).*

b.-) Hospital Universitario San Ignacio: *«causa extraña, culpa de la víctima, hecho de un tercero, fuerza mayor, caso fortuito, inexistencia de responsabilidad (...), inexistencia de obligación de indemnizar, falta de interés y legitimación para pedir, nulidad relativa, prescripción, compensación, [y] falta de derecho del demandante» (fls. 215 al 237 cno. 4).*

4.- El centro asistencial llamó en garantía a Liberty Seguros S.A., que al comparecer adujo las defensas de *«prescripción de la acción», «falta de configuración de los elementos de la responsabilidad - inexistencia de responsabilidad» y «falta de demostración de los perjuicios reclamados», frente a los promotores, y la «extensión y*

*cobertura de la póliza N° 200381*», *«límite del valor asegurado y aplicación del deducible»* e *«inexistencia de la obligación de indemnizar el lucro cesante y daños morales»*, respecto del convocante (fls. 15 al 18 y 47 al 56 cno. 6).

5.- El Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá declaró no probadas las excepciones, absolvió a la aseguradora y condenó solidariamente a Famisanar Limitada E.P.S. y el Hospital Universitario San Ignacio a pagar (fls. 152 al 185 cno. 8):

a.-) Un lucro cesante de ciento veintiséis millones seiscientos cuarenta mil setecientos cincuenta y ocho pesos (\$126'640.758) para Henry García Donato y Andrik Sebastián García.

b.-) Perjuicios morales discriminados así:

(i) Cien (100) *«salarios mínimos legales vigentes»* (sic), cada uno, en favor de Henry, Andrik, Martha Lucía Guarín y Victorino Rojas.

(ii) Cincuenta (50) *«salarios mínimos legales vigentes»* (sic), por persona, a Andrés Felipe, Janneth y Diego Julián Rojas Guarín.

6.- El superior confirmó la decisión de primera instancia, al desatar la apelación de ambos opositores (fls. 55 al 78 cno. 10).

## II.- FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO

Se resumen en estos términos:

1.- Las reclamaciones de los gestores son de estirpe extracontractual por tratarse de terceros afectados que no tienen algún «*vínculo obligacional preexistente*» con sus oponentes, independientemente del que sí existía con la difunta María Victoria Rojas Guarín. De todas maneras como el Hospital Universitario San Ignacio la atendió precisamente por estar afiliada a la E.P.S., recayendo en ésta un deber de vigilancia de la labor de la I.P.S., ambos deben «*responder solidariamente por los hechos de que se les acusa*».

2.- Toda vez que ni el profesional de la salud ni la entidad prestadora se comprometen a lograr la mejoría o curación del enfermo, pues, su cometido es «*colocar todo su conocimiento, técnica, pericia y esfuerzo para remediar la afección*», la responsabilidad médica se deduce es «*por la culpa probada*». De ahí que, independientemente de que se aplique en estos eventos la teoría de la carga dinámica de la prueba o la de «*probabilidad suficiente*», el aspecto central es la «*relación de causalidad adecuada*», como se dijo en CSJ SC 30 ene. 2001, rad 5507.

3.- En este caso «*la muerte temprana de María Victoria Rojas Guarín (q.e.p.d.)*, estuvo mediada por un actuar negligente de la institución hospitalaria», lo que se

revela con la *«inoportuna autorización de los procedimientos requeridos»*, como da cuenta la historia clínica, donde aparece que el tratamiento quirúrgico era prioritario y la salida del centro de atención obedeció a *«problemas administrativos que se concretaron en la falta de autorización del procedimiento»* por la E.P.S. Famisanar. Eso también se constata en la respuesta que dio el Hospital a la acción de tutela formulada.

4.- Se caen de su peso los argumentos de que pudiera darse un *«tratamiento ambulatorio de la patología, previo a su intervención»* y que los familiares pidieron pasar con ella las fiestas de fin de año, por la relevancia de la anterior evidencia y la ausencia de registros que los corroboren.

5.- Los restantes medios de convicción también dan certidumbre de que *«el Hospital erró al dar de alta a la paciente»*, como relató Luís Arturo Sánchez, quien a pesar de no ser especialista en Neurología fue enfático en que, de no ser factible que la atendieran allí, debieron remitirla donde si pudieran hacerlo. Eso también lo refuerza la *«experticia rendida por el Hospital Simón Bolívar a través de varios profesionales y especialistas»*.

6.- A pesar de que obran versiones de *«médicos y personas idóneas en el área de la Neurología»* pedidas por el contradictor en respaldo de la viabilidad del *«tratamiento ambulatorio»*, el testigo Jorge Humberto Aristizábal Maya, especialista en la materia, concordó con que era necesaria

«la extracción de la masa tumoral» soslayada «por razones administrativas y por la falta de remisión de la paciente a otra institución», lo que «habría traído quizás otro panorama clínico diferente de cara a la responsabilidad que aquí se endilga», sin que tuviera relevancia que la enferma estuviera asintomática.

7.- La excusa de la E.P.S. de que era aplicable la Resolución 5261 de 1994 por falta de semanas cotizadas, «debe tenerse como un acto de confesión de su inactividad en procura del mejor estar de la paciente», sin que fuera admisible para exculparse porque esas normas se han desatendido en casos similares, por la prevalencia de los «cánones constitucionales de protección a la salud en conexidad con la vida».

8.- La sanción del numeral 2 del párrafo 2 del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil no se configura, ya que «las pruebas en su conjunto revelan que hubo negligencia en la prestación del servicio médico».

9.- La tasación de los perjuicios del *a quo* fue acorde con las pruebas en el sentido de que María Victoria estaba residiendo con sus padres y hermanos, a quienes les colaboraba económicamente.

10.- La llamada en garantía queda libre de asumir algún pago porque «los perjuicios reconocidos en la sentencia no se encontraban pactados dentro del contrato de seguro».

### **III.- LAS DEMANDAS DE CASACIÓN**

Los contradictores presentaron sendos escritos de sustentación, planteando Famisanar Ltda. un solo ataque por la vía directa, mientras que el Hospital Universitario San Ignacio propone cuatro, el inicial por igual senda y los otros tres por violación indirecta de normas sustanciales, como consecuencia de errores de hecho probatorios.

Se despacharán en conjuntó la única acusación de la E.P.S. y la primera del Hospital, por coincidir en sus reparos. Lo propio se hará con la segunda y tercera de éste último, que buscan la exoneración de la condena. Finalmente se abordará la cuarta, relacionada con la disminución del monto a indemnizar.

#### **DEMANDA DE LA E.P.S. FAMISANAR LIMITADA**

##### **ÚNICO CARGO**

Denuncia la vulneración frontal, por falta de aplicación, de los artículos 29 de la Constitución Política; 177, 179 y 185 de la Ley 100 de 1993; 10, 17 y 117 de la Resolución 5261 de 1994; 60 y 61 del Decreto 806 de 1998; y 2341, 2343 y 2344 del Código Civil.

Edifica el cuestionamiento así:

1.- Se desatendió el conjunto normativo que regula el Sistema General de Seguridad Social en Salud, conformado

por la Ley 100 de 1993 y los manuales de actividades, intervenciones y procedimientos, para garantizar *«el acceso a los contenidos específicos del Plan Obligatorio de Salud, la calidad de los servicios y el uso racional de los mismos»*, donde se contempla que la atención a pacientes en caso de una enfermedad *«ruinosa o catastrófica»*, requiere de por lo menos cien (100) semanas cotizadas *«para tener derecho a la cobertura económica de su patología»*.

2.- En el caso de la aportante fallecida, su tratamiento estaba considerado como de alto costo en el artículo 18 de la Resolución 2561 de 1994, lo que reforzaba el Decreto 806 de 1998, vigente para la época de los hechos.

3.- Se desatendió que *«las Entidades Promotoras de Salud cuando afilian a sus usuarios se comprometen a prestarles un Plan Obligatorio de Salud pero dentro de los parámetros fijados por la misma Ley»* y que si la atención se hace por medio de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, éstas se *«encuentran obligadas a brindar a todas las personas atención de urgencias en forma inmediata sin exigir trámite adicional alguno, ni mediar autorización de la Entidad Promotora de Salud, como lo disponía el artículo 10 de la Resolución 5261 de 1994»*.

4.- Incluso el deceso no fue causado por la E.P.S. sino que se *«trató de un evento natural conforme al alto grado de desarrollo de la patología padecida»*, ya que cuando se acudió al centro asistencial el hecho dañoso *«estaba instaurado en su organismo»* y de haberse tomado

decisiones diferentes *«en un altísimo porcentaje, el desenlace final no habría cambiado»* por la gravedad de la patología.

## **DEMANDA HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN IGNACIO**

### **PRIMER CARGO**

Señala como infringidos rectamente los artículos 177, 178, 179 y 185 de la Ley 100 de 1993; 10, 17, 21 y 33 de la Resolución 5261 de 1994; 10 del Decreto 47 de 2000; y 1610, 1613, 1614 y 2341 del Código Civil.

Estructura la censura en estos términos:

1.- El fallador no diferenció la atención de urgencias, que está ampliamente regulada y fue satisfactoria, de un tratamiento prioritario con protocolo y régimen de responsabilidad disímiles, cuando el incumplimiento de las entidades debía analizarse desde la perspectiva que correspondía a cada uno.

2.- Para cuando ocurrieron los hechos el concepto de *«atención inicial de urgencias»* se refería a la estabilización de los signos vitales del paciente, un diagnóstico de impresión y determinar el lugar donde se prestaría el servicio *«tomando como base el nivel de atención y el grado de complejidad de la entidad que realiza la atención inicial de urgencia»*, lo que cumplió con creces el Hospital Universitario San Ignacio, sin que haya lugar a *«responder por las funciones asignadas a la E.P.S. Famisanar, entre*

ellas, **organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados** (resaltado del texto) y la «expedición de autorizaciones de tratamientos en forma oportuna».

3.- Para el 30 de diciembre de 1999, la situación de María Victoria ya no se catalogaba como de «atención inicial de urgencias», porque para ese momento ya se había «estabilizado», sino que correspondía a una «enfermedad considerada como catastrófica» pendiente de la autorización de la E.P.S., estando autorizado que se diera de alta al tenor del artículo 33 de la Resolución 5261 de 1994.

### CONSIDERACIONES

1.- Los familiares cercanos de María Victoria Rojas Guarín, piden que se les indemnicen los perjuicios por el fallecimiento de ésta, como consecuencia de la deficiente atención que recibió en un centro especializado, autorizado para el efecto por la E.P.S. a la cual estaba afiliada.

2.- La sentencia condenatoria de primer grado fue confirmada por el Tribunal, porque se estableció que el Hospital Universitario San Ignacio fue negligente al no autorizar oportunamente los procedimientos que necesitaba la paciente, quien falleció, debiendo resarcir los daños ocasionados solidariamente con Famisanar, en virtud del deber de vigilancia.

3.- Los opositores se amparan en que procedieron

acorde con las directrices de las normas que rigen el «Sistema General de Seguridad Social en Salud» de la Ley 100 de 1983, así como los Decretos 806 de 1998 y la Resolución 5261 de 1994, las que pasó por alto el fallador.

4.- Siempre que se endilga la infracción frontal de normas sustanciales, es labor del recurrente demostrar cómo se produjo el desvío del juzgador, ya sea al pasar por alto las que gobiernan el caso, basarse en las que le son ajenas o, a pesar de acertar en la elección, darles una lectura que no corresponde; eso sí, con prescindencia de discusiones probatorias y fácticas que se entienden superadas.

Al respecto la Corte en SC 15 nov. 2012, rad. 2008-00322, citada en SC10561-2014, señaló que

*[e]l ataque contra la sentencia del ad quem, cuando se invoca la violación directa de la ley sustancial, requiere de la aceptación de todos los hechos que en ella se tuvieron por probados y sin que se pueda exteriorizar inconformidad con los medios de convicción obrantes en el plenario, toda vez que la labor argumentativa del censor sólo puede estar orientada a descubrir los falsos juicios sobre las normas materiales que regulan el caso, ya sea por falta de aplicación, al no haberlas tenido en cuenta; por aplicación indebida, al incurrir en un error de selección que deriva en darles efectos respecto de situaciones no contempladas; o cuando se acierta en su escogencia pero se le da un alcance que no tienen, presentándose una interpretación errónea (...) Corresponde, por ende, a una causal de pleno derecho, encaminada a develar una lesión producida durante el proceso intelectual que realiza el fallador, por acción u omisión, en la labor de escogencia y*

*exégesis de la regulación que considera aplicable, con un resultado ajeno al querer del legislador.*

5.- La «*Declaración Universal de Derechos Humanos*», proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, en su artículo 22, elevó a tal categoría el que

*(...) toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.*

Corresponde la «*seguridad social*», por ende, a una garantía inalienable e indeclinable de orden superior, que surge en repuesta a principios de equidad y compensación, enfocada en la atención de necesidades básicas para un adecuado desenvolvimiento de los asociados, cuyo objetivo final es el bienestar común.

En Colombia dicho concepto tiene un amplio espectro en el ámbito constitucional, que se irradia en aspectos individuales y familiares, si se tiene en cuenta que, como se destacó en CC C-408/94,

*[d]esde el artículo 1°, la Carta aborda el derecho a la seguridad social, al organizar la República como un Estado Social de Derecho. Esta forma del Estado trae implícito el comentado derecho a la seguridad social. Comprende la solidaridad colectiva que hace resaltar la obligación del poder público, de la*

*Sociedad y del propio hombre, de asistir a los ciudadanos a fin de procurarles una mejor forma de vivir. Luego, de ese desarrollo de principio, varios artículos del capítulo 2 del título II, "De los Derechos Sociales, Económicos y Culturales", determinan con mayor claridad los contenidos de la seguridad social. Se preceptúa allí: la protección integral de la familia (art. 42); la protección de la mujer durante el embarazo y después del parto (art. 43); se incluye entre los derechos fundamentales de los niños la obligación de la familia, la sociedad y el Estado, de asistirlos y protegerlos (art. 44); los niños menores de un año tienen derecho incluso más allá de los límites de la simple seguridad social, a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado (art. 50); los adolescentes tienen derecho a su protección y formación integral, y la garantía de su participación en los organismos públicos y privados que tengan a su cargo la protección, educación y progreso de la juventud (art. 45); la protección y asistencia de las personas de la tercera edad, su seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia (art. 46); la atención especializada a los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales (art. 47); el derecho de los colombianos a la salud y al ambiente (art. 49); el derecho a la vivienda digna (art. 51); el derecho a la recreación (art. 52).*

Eso mismo resaltó la Corte en SC 4 may. 2009, rad. 2002-00099-01, al fijar

*(...) la inteligencia genuina de la locución seguridad social integral, concebida como el conjunto armónico de sujetos públicos y privados, normas y procedimientos inherentes a los regímenes de pensiones, salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios definidos por el legislador para procurar la efectiva realización de los principios de solidaridad, universalidad y eficiencia enunciados en el artículo 48 de la*

*Constitución Política y desarrollados por la Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias.*

6.- La «*atención de la salud*» a que alude expresamente el artículo 49 de la Constitución Política, como una de las manifestaciones de la «*seguridad social*», tiene especial relevancia por su incidencia en la inviolabilidad del «*derecho a la vida*» de que trata el artículo 11 *ibídem*, pues, una deficiencia en la prestación del servicio puede culminar con una afrenta directa a éste último.

Es por esto que la labor regulatoria del Estado sobre la materia debe responder a patrones de eficiencia e idoneidad que brinden una especial protección a la población débil y necesitada, como se acotó en SC 17 sep. 2013, rad. 2007-00467-01, al precisar que

*[p]or medio de la Ley 100 de 1993 se creó el sistema de seguridad social integral, con el objeto de garantizar los derechos irrenunciables de toda persona y la comunidad en general, para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que las afectan (...) Corresponde a un servicio público obligatorio, que es direccionado, coordinado y controlado por el Estado, pero que puede ser prestado por entidades públicas o privadas, ya sea que se trate de los regímenes generales de pensiones, salud, riesgos profesionales y los aspectos sociales complementarios (...) En lo que se refiere concretamente al tema de salud, su fin está encaminado a crear condiciones de acceso para toda la población en los diferentes niveles de atención, aplicando los principios de universalidad; solidaridad; igualdad; obligatoriedad; prevalencia*

*de derechos; enfoque diferencial; equidad; calidad; eficiencia; participación social; progresividad; libre escogencia; sostenibilidad; transparencia; descentralización administrativa; complementariedad y concurrencia; corresponsabilidad; irrenunciabilidad; intersectorialidad; prevención y continuidad.*

7.- El artículo 168 de la Ley 100 de 1993 es fiel reflejo de una política de *«seguridad social integral»*, ya que contempló un deber irrestricto de atención en caso de urgencias, a cargo de *«las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud»*, sin consideración a la *«capacidad de pago»* del paciente ni a la preexistencia o no de contrato, cita u orden previa.

Agregó como se distribuye el pago respectivo, diferenciando que corresponde a la Entidad Promotora de Salud donde esté afiliado quien la enfrenta o, en su defecto, al Fondo de Solidaridad y Garantía, cuando acontecen en *«accidentes de tránsito, en acciones terroristas ocasionadas por bombas o artefactos explosivos, en catástrofes naturales u otros eventos expresamente aprobados»* por el organismo competente.

Afrontar esas situaciones extraordinarias no quedó restringido a que se efectuaran determinados aportes o cotizaciones. Es más, dicha norma se declaró exequible en CC C-408/94, por no reñir con el artículo 49 de la Constitución que

*(...) dispone sobre el cubrimiento de la salud una facultad en favor de la ley para establecer las competencias de la Nación, las*

*entidades territoriales y los particulares y para determinar los aportes a su cargo, "en los términos y condiciones" que preceptúe; y, agrega, que "señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria".*

Incluso en CC C-089/98, a pesar de que se estudió el artículo 24 de la Ley 352 de 1997, relacionado con períodos mínimos de cotización en materia de «Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional», se tuvo acorde con la Constitución con la observación de que

*(...) el precepto sería inconstitucional si la exigencia en mención - períodos mínimos de cotización- se hiciera extensible a los casos de urgencia o gravedad. En tales ocasiones no existen períodos mínimos de cotización ya que todas las entidades de salud, por mandato de la Carta, están obligadas a prestar los servicios de salud independientemente de la capacidad de pago. Además, están de por medio, fuera de la conservación de la salud, que es exigible por toda persona, el peligro que pueda afrontar la vida o la integridad personal del paciente (arts. 11 y 12 C.P.), derechos fundamentales que prevalecen sobre cualquier consideración económica.*

Y en igual análisis al inciso segundo del artículo 164 de la Ley 100 de 1993, sobre preexistencias, en CC C-112/98 se anotó que

*(...) la misma ley 100/93 en su artículo 168, obliga a todas las entidades de salud de carácter público o privado, a prestar los servicios médicos correspondientes a todas las personas independientemente de su capacidad de pago. El costo de estos servicios está a cargo del Fondo de Solidaridad y Garantía o de la Entidad Promotora de Salud a la que esté afiliado el usuario,*

*respectivamente (...) Entonces, bien puede afirmarse que ante situaciones de urgencia no es posible oponer períodos mínimos de cotización pues su exigencia violaría los derechos a la salud y a la vida de las personas que, padeciendo de una enfermedad que requiere tratamiento de "alto costo", necesiten de atención médica y hospitalaria en forma inmediata. Los períodos de espera en esas situaciones constituyen un riesgo para la salud y ponen en peligro la vida de los usuarios*

8.- Con posterioridad a esos pronunciamientos se expidió el Decreto 806 de 1998, reglamentario de la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de ese servicio público, que en sus artículos 60 y 61 trataron lo referente a «*períodos mínimos de cotización*» en servicios de alto costo, y en el 62 las excepciones a esa exigencia cuando se tratara de «*las actividades, intervenciones y procedimientos de promoción y fomento de la salud y prevención de la enfermedad, que se hagan en el primer nivel de atención, (...) como también la atención inicial de urgencia*».

Se desarrolló así el citado artículo 164 de la Ley 100 de 1993, fijando porcentajes de participación cuando se superara esa etapa «*inicial*», de acuerdo con la proporción de la cotización faltante para completar los topes, que estaba en cien (100) semanas si se trataba de «*enfermedades catastróficas*».

A pesar de que los citados preceptos 60 al 62 fueron derogados por el Decreto 2353 de 2015, las mismas estaban vigentes para la época en que ocurrieron los hechos en

1989, de ahí su trascendencia.

9.- Si bien la observancia del ordenamiento jurídico es imperioso para los encargados de administrar justicia, no puede pasarse por alto que de conformidad con el artículo 4 de la Constitución Política en *«todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales»*.

Regla que concuerda con los artículos 5° de la Ley 57 de 1887, según el cual, *«[c]uando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla»* y 9 de la Ley 153 de 1887, al establecer que la *«Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente»*.

Discernimiento que consiste en la aplicación de la *«excepción de inconstitucionalidad»*, con el propósito de reconocer la supremacía de las normas de orden superior frente a las de menor entidad, sin que conlleve la derogatoria de estas últimas, cuando chocan en una causa particular, por lo que sus efectos son *inter partes*.

Por tal razón se requiere de una explicación seria, mesurada y categórica, que justifique la desatención de preceptos que en otras circunstancias tendrían pleno valor, dejando de lado el capricho o la arbitrariedad.

Como se recalcó en CSJ SC 22 sep. 2004, rad. 1999-0310-02, *«la excepción de inconstitucionalidad procede cuando la incompatibilidad entre una norma de inferior jerarquía con la Carta Política es manifiesta, que en este preciso evento su aplicación resulta pertinente»*.

De allí que para el ejercicio de esa facultad es menester

a.-) Que una o varias normas constitucionales sean aplicables expresamente al asunto.

b.-) Que las estipulaciones de leyes o actos administrativos que tratan el tema en discusión, riñan con lo anterior.

c.-) Que se explique en qué consiste la discordancia.

d.-) Que la contradicción sea patente y lesiva.

e.-) Que no exista una decisión de exequibilidad del precepto que se estima contrario al de mayor rango, cuyos alcances se extiendan a la situación analizada. En este sentido la CSJ SC 26 ago. 1993, rad. 3616, dejó sentado que si la declaratoria de *«constitucionalidad está contenido en una sentencia con efectos de cosa juzgada absoluta, al recurrente no se le abre camino para alegar, en tal evento, la denominada "excepción de inconstitucionalidad"»*.

10.- Tiene trascendencia en el despacho del cargo:

a.-) Que en el libelo se invocaron como fundamento los artículos 1, 2, 11, 42, 48, 49, 90, 93, 365 a 370 y demás concordantes de la Constitución Nacional (fl. 13, cno. 1).

b.-) Que en el fallo de primera instancia se estimó que:

(i) *«Si bien la entidad hospitalaria estabilizó el dolor y la hinchazón, eran conscientes de la urgencia que requería, al punto que en el oficio dirigido al Juzgado 85 Civil Municipal de Bogotá que falló la tutela, se indicó que el procedimiento era "de carácter fundamental para la vida de la paciente"»* (fl. 164, cno. 8).

(ii) La intervención no se llevó a cabo oportunamente por *«circunstancias administrativas y económicas»* (fl. 168, cno. 8).

(iii) Aunque el artículo 26 de la Resolución 5261 de 1994 contemplaba limitaciones por razón de los servicios requeridos, el número de semanas cotizadas, y en general, las definidas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, el artículo 62 del Decreto 806 de 1998 creó una excepción cuando se trata del *«primer nivel de atención»* (fl. 170, cno. 8).

(iv) Si las circunstancias de la paciente estaban por fuera de los límites allí indicados, en *«conflictos surgidos frente a la inexistencia de los tiempos mínimos de cotización»*

y la carencia de recursos económicos» según «decisiones de naturaleza Constitucional *vr g.* T-328 de 1998 y T-691 de 1998, dado que con ello se afectaban derechos fundamentales de las personas», esa normativa fue inaplicada «para garantizar los tratamientos excluidos por la legislación» (fl 171, cno. 8).

c.-) Que en la providencia del Tribunal, que acogió en todo lo expuesto por el *a quo*, se rebatieron los argumentos de los apelantes así:

(i) El Hospital Universitario San Ignacio presta sus servicios a los afiliados a Famisanar E.P.S., debiendo responder solidariamente ya que «*la entidad hospitalaria fue quien atendió a la paciente, y la E. P. S., por ser la entidad comprometida a prestar el servicio médico a la misma, recayendo sobre esta última el deber de vigilancia, cuidado de la labor desempeñada por la I. P. S., y garante del servicio de salud prestado por ella*», independientemente «*de la relación preexistente entre la hoy occisa y la entidad promotora de salud*».

(ii) Así fuera «*indiscutible dar aplicación de la Resolución 5261 de 1994*», lo cierto es que «*en casos de similar laya se impone la inaplicación de tales normas para dar cabida a los cánones constitucionales de protección a la salud en conexidad con la vida, que han sido reiterados por el Alto Tribunal Constitucional y jueces de la República, que debieron ser observados por la E.P.S.*» (fl. 77, cno. 10).

11.- No prosperan los cuestionamientos de los censores por lo siguiente:

a.-) Los artículos 177 al 179 y 185 de la Ley 100 de 1993, que se refieren en su orden a la definición de las Entidades Promotoras de Salud, sus funciones, campo de acción y las límites de acción de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, de ninguna manera restringen la correlación que existe entre ambas clases de entidades para los efectos de la responsabilidad civil derivada de la atención médica.

Por el contrario, el primero es específico en que la *«función básica [de las E.P.S.] será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados»*, lo que conlleva una carga de velar porque aquella sea óptima, con las consecuencias que se derivan de su desatención, ya sea que el afiliado o sus beneficiarios acudan a los centros asistenciales propios o aquellos contratados con ese fin.

Es así como la Corporación en SC 17 nov. 2011, rad. 1999-00533-01, fue enfática en que

*(...) 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.*

Ese precisamente fue el alcance que se le dio a esas normas, pues, independientemente de la cobertura que se le brindó a la enferma, se tuvo por establecido que acudió al Hospital Universitario San Ignacio por estar vinculada a Famisanar y, por ende, se extendían a dicha E.P.S. las consecuencias adversas de cualquier irregularidad o descuido en la *«prestación del servicio médico»*, aspecto factual que no admite discusión por esta senda.

Incluso el artículo 227 de la Ley 100 de 1993 fijó como una obligación de las E.P.S. desarrollar sistemas de *«garantía de calidad de la atención de salud, incluyendo la auditoría médica»*, de acuerdo con la normatividad expedida por el Gobierno, reforzando más su poder de vigilancia y control, que fue precisamente la razón de peso del *ad quem* para mantener a Famisanar como garante de satisfacción de la reparación a los promotores.

b.-) La condena compartida de las contradictoras se cimenta en la *«excepción de inconstitucionalidad»* del articulado que obstaculizó o dilató la inmediata realización del procedimiento quirúrgico que desde un comienzo se recomendó a María Victoria Rojas Guarín, tomando en

cuenta precedentes de acciones constitucionales en situaciones similares y el fallo de tutela que le concedió el amparo a ella misma.

Esa posición, sin lugar a dudas, comprendió los artículos 60 y 61 del Decreto 806 de 1998, relacionados con los períodos mínimos de cotización «*para tener derecho a la atención en salud en las enfermedades de alto costo*», e incluso fue contundente frente a la extensión de la cobertura por la E.P.S., aún por fuera del plazo de «*atención inicial de urgencia*» del artículo 62 *ibidem*.

Desde esa óptica, no podría decirse que fueron desatendidas o que se les dio un alcance distinto al que está incito en ellas, sino que por el contrario el juzgador se percató de su existencia y efectos, pero las encontró lesivas de principios constitucionales que prevalecían en el litigio en cuestión, de lo que se dejó constancia motivada.

Ahora bien, nada se discute por los impugnantes en el sentido de que no se dieran las circunstancias que posibilitaran tal proceder, pero de haberlo hecho de todas formas desbordaría los alcances de la senda recta propuesta, ya que tratándose de juicios de valor amparados en el material demostrativo lo indicado era acudir a la vía indirecta.

c.-) Independientemente de la categoría de sustancial o no que pudiera endilgarse a los artículos 10, 17, 21, 33 y 117 de la Resolución 5261 de 1994, puesto que como

recordó la Corte en SC 16 sep. 2005, rad. 1999-01743-01, «*stricto sensu*, los “actos administrativos no pueden calificarse propiamente como normas sustanciales”, porque aparte de que el control de legalidad escapa a la Corte, esa connotación únicamente la tienen las disposiciones del ordenamiento positivo que regulan “derechos, facultades o poderes” de las personas», a éstas también se hizo extensiva la «*excepción de inconstitucionalidad*» para el acaecimiento estudiado.

Obsérvese como los preceptos regulan la atención de urgencias, el tratamiento para enfermedades ruinosas o catastróficas, la clasificación por niveles de complejidad para la atención médico quirúrgica, el tratamiento para paciente crónico que sufre «*proceso patológico incurable*» y la enunciación de las «*patologías de tipo catastrófico*», lo que está íntimamente ligado a la asunción de costos en esos eventos, que fue precisamente la causa de la demora en adelantar los procedimientos prioritarios para paliar el padecimiento en vida de la fallecida.

En términos generales dijo el sentenciador al respecto que

*[c]omo la E. P. S. Famisanar reitera que en el caso de autos era indiscutible dar aplicación de la Resolución 5261 de 1994, y que por la falta de semanas cotizadas, no era posible el cubrimiento del 100% del tratamiento que María Victoria Rojas necesitaba, dicha afirmación debe tenerse como un acto de confesión de su inactividad en procura del mejor estar de la paciente, sin que pueda ser de recibo excusable por esta Sala, toda vez que en*

*casos de similar laya se impone la inaplicación de tales normas para dar cabida a los cánones constitucionales de protección a la salud en conexidad con la vida, que han sido reiterados por el Alto Tribunal Constitucional y jueces de la República, que debieron ser observados por la E. P. S. en el caso en concreto a fin de no obstaculizar el buen suceso del tratamiento que requería la paciente, que infortunadamente aceleró su muerte en los términos en que lo explica la demanda (resalta la Sala).*

Se reconoció allí la existencia de la Resolución 5261 de 1994 y sus implicaciones en la causa, pero haciendo énfasis en que la gravedad de la situación presentada ameritaba su menosprecio por las contradictoras, desde el instante mismo en que se estableció la afección y los pasos a seguir, que eran necesarios y «urgentes» en su integridad, con soporte en derechos de orden constitucional.

No se ignoró de esa forma el «Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud», sino que se expuso el motivo por el cual éste no podía convertirse en defensa de las opositoras, por las especiales condiciones que rodearon los acontecimientos, generándose una inversión en las repercusiones al haberlo interpretado la E.P.S. a su favor, en su momento.

Cualquier reparo a esa conclusión, por lo tanto, no encaja dentro de los parámetros de la vulneración frontal, sino que debía enfocarse en un desatino del sentenciador al equiparar la situación de la afectada y el tumor descubierto

a solicitudes de amparo previas, que salieron exitosas en la aspiración de un tratamiento completo y continuado, lo que a pesar de haberse obtenido para la enferma en cuestión no fue oportuno.

d.-) La alusión al artículo 10 del Decreto 47 de 19 de enero de 2000 es desfasada, ya que lo que motivó el pleito fue el deceso de María Victoria el 11 de enero de 2000, razón por la cual su expedición fue posterior, resultando ajena al debate.

e.-) En cuanto al articulado restante no se enuncia una afrenta concreta independiente de las disquisiciones que se desecharon, pues, su cita se hace en complemento de dichas normas, por lo que tampoco se evidencia una afrenta a los mismos.

Es más, el 1613 y el 1614 del Código Civil, carecen de connotación sustancial ya que *«se limitan a precisar, en su orden, los elementos que comprende la indemnización de perjuicios y la definición de daño emergente y lucro cesante, sin que, en estrictez, se ocupen de relación jurídica alguna, en orden a regular una situación de hecho a la que deba seguirle una determinada consecuencia jurídica»* (CSJ SC 29 abr. 2005, rad. 0829-92).

Mientras que el 1610 *ibidem*, se refiere a los derechos que se derivan para el acreedor cuando el deudor se constituye en mora en una obligación de hacer, lo que es extraño en este tipo de reclamaciones.

Y el 2341, el 2343 y el 2344 *id*, relacionados con la responsabilidad civil extrancontractual, los titulares de la obligación indemnizatoria y la solidaridad legal por pasiva en la misma, no solo fueron los que tuvo en cuenta el fallador sino que le sirvieron de base para desarrollar la providencia en cuanto a la clase de expectativas de los accionantes que carecían de un nexo con los opositores, los compelidos a indemnizar y que dicha carga es compartida, esos últimos aspectos en concordancia con la Ley 100 de 1993, lo que se encontró atinado en este proveído.

Esa comprensión está acorde con CSJ SC 17 nov. 2008, rad. 1999-00533-01, en la que se recalcó que

*[l]a responsabilidad de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), es contractual o extracontractual. Con relación al afiliado o usuario, la afiliación, para estos efectos, materializa un contrato, y por tanto, en línea de principio, la responsabilidad es contractual, naturaleza expresamente prevista en los artículos 183 de la Ley 100 de 1983 que prohíbe a las EPS “en forma unilateral, terminar la relación contractual con sus afiliados”, y los artículos 16 y 17 del Decreto 1485 de 1994, relativos a los “contratos de afiliación para la prestación del Plan Obligatorio de Salud que suscriban las Entidades Promotoras de Salud con sus afiliados” y los planes complementarios. Contrario sensu, la responsabilidad en que pueden incurrir las Entidades Promotoras de Salud (EPS) respecto de terceros perjudicados por los daños al afiliado o usuario con ocasión de la prestación de los servicios médicos del plan obligatorio de salud, es extracontractual (...) 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).*

12.- Los ataques, entonces, fracasan.

## **SEGUNDO CARGO**

Inculpa la afrenta indirecta de los artículos 177, 178, 179 y 185 de la Ley 100 de 1993; 10, 17, 21 y 33 de la Resolución 5261 de 1994; 10 del Decreto 47 de 2000 y «la aplicación debida» del 1613, 1614, 1615 y 2341 del Código Civil y 4 y 187 del Código de Procedimiento Civil por error de hecho en la «*omisión, cercenamiento e interpretación errada de pruebas que obran en el expediente*», dando por probado un «*nexo causal entre el supuesto actuar negligente del Hospital Universitario San Ignacio al haber dado de alta a la paciente el 30 de diciembre de 1999 a pesar de estar asintomática y el fallecimiento de María Victoria Guarín el día 11 de enero del año 2000*».

Sustenta la inconformidad así:

1.- Omitió conceptos de profesionales especializados, como el del Presidente de la Asociación Colombiana de Neurología y la aclaración al dictamen, así como las anotaciones en la historia clínica del 23 al 29 de diciembre de 1999, sobre la insistencia en el traslado, que demostraban «*como el tratamiento iniciado desde el 20 y*

*hasta el 30 de diciembre de 1999, fue oportuno y muy eficaz» produciendo mejoría a la paciente, sin poner en peligro su vida al darle de alta, ni descartar que «por el avanzado estado de la enfermedad (...) incluso que de haberse llevado a cabo la cirugía, se hubiera producido su fallecimiento durante la intervención», desvirtuándose así un proceder negligente del Hospital.*

2.- Cercenó la experticia rendida por personal idóneo del Hospital Simón Bolívar, al resaltarse de las treinta y nueve (39) preguntas formuladas solo dos (2), desestimando importantes precisiones sobre la *«diligencia y el cuidado brindados»* quebrándose así el principio de la solidaridad, bajo el entendido de que no puede atribuírsele a la I.P.S. alguna conducta reprochable.

3.- Interpretó erradamente los testimonios de Luís Arturo Sánchez Gómez, cuya versión buscaba *«defender los intereses de la E.P.S.»* restándole credibilidad, y de Jorge Humberto Aristizábal, al que el *ad quem* le dio un alcance más allá cuando dijo que *«debió haber estado hospitalizada hasta haber resuelto el problema»*, pero sin extenderse a que concordara con otros especialistas en que *«el tratamiento que en realidad necesitaba la paciente era la extracción de la masa tumoral, acto que se soslayó por razones administrativas, y por falta de remisión de la paciente a otra institución»*.

4.- Se equivocó también al analizar la respuesta dada por el Hospital al Juzgado 85 Penal Municipal en la

acción de tutela, ya que si ésta se instauró el 25 de diciembre de 1999 y el fallo se produjo el 6 de enero de 2000, el que el juez constitucional tardara once (11) días en pronunciarse, quiere decir que *«no consideró que se tratara de una urgencia, sino de un tratamiento que debía hacerse lo más pronto posible»*.

### **TERCER CARGO**

Acusa el quebrantamiento de los artículos 1613, 1614, 2341, 2344 y 2457 del Código Civil y 4 y 187 del Código de Procedimiento Civil, por error de hecho en la omisión de pruebas *«al dar por probado sin estarlo el nexo causal entre el supuesto actuar negligente del Hospital Universitario San Ignacio al haber dado de alta a la paciente el 30 de diciembre de 1999 a pesar de estar asintomática y el fallecimiento de María Victoria Rojas Guarín el día 11 de enero del año 2000»*.

Expone su desacuerdo de esta forma:

1.- Se dejaron de valorar estos medios de convicción:

a.-) Las declaraciones de Martha Lucía Guarín de Rojas, Ángela Constanza Pineda y Diego Julián Rojas.

b.-) Informe de medicina legal de 4 de enero de 2000.

c.-) Documentos de *«resumen final - la epicrisis»* y los que *«acreditan el estado de la paciente entre el período*

*comprendido entre el 31 de diciembre de 1999 al 6 de enero de 2000».*

2.- De haber apreciado esas probanzas la conclusión sería que *«el fallecimiento de María Victoria, no se produjo como consecuencia de haber realizado tardíamente la cirugía, como lo afirmaban los demandantes, sino, el avance inesperado de la enfermedad»*, que no era atribuible al centro de atención, donde tuvo una evolución satisfactoria.

3.- En vista de que la fallecida presentó síntomas con antelación, concurrieron varias culpas, entre ellas *«la de las instituciones a la cuales acudió y no lograron diagnosticarle a tiempo la enfermedad»*, la de la *«víctima por la desatención de su salud y en especial los días (7 del mes de enero) en que no consultó al servicio de urgencias, cuando nadie se lo impedía; pues el hospital siempre la atendió»* (sic), el *«juez que se demoró injustamente en ampararle y protegerle sus derechos»* y la *«misma familia, que esperaron a que simplemente pasara el tiempo y la enfermedad avanzando»*.

### **CONSIDERACIONES**

1.- Los demandantes buscan la reparación del daño del que responsabilizan a la E.P.S. Famisanar y al Hospital Universitario San Ignacio, por no brindarle una satisfactoria atención médica a María Victoria Rojas Guarín, quien falleció por la demora en la extirpación de un tumor craneal, necesaria para prolongar su vida.

2.- El *ad quem* encontró ajustadas las precisiones del juzgador de primera instancia, en el sentido de que el deceso de la paciente fue prematuro, como producto de una deficiente prestación del servicio de salud y la negligencia en la realización de la intervención quirúrgica requerida.

3.- La I.P.S. objeta que fue indebida la valoración probatoria para establecer el nexo causal entre la muerte y el que se diera de alta a la paciente el 30 de diciembre de 1999, siendo que:

a.-) Se había cumplido con el deber de estabilizarla y estaba asintomática, existiendo elementos demostrativos de que el tratamiento dado fue oportuno y eficaz.

b.-) El avance de la enfermedad no era atribuible al centro asistencial sino a quien la padeció, sus parientes, quienes la revisaron sin detectar la dolencia e incluso la autoridad que se demoró en conceder la protección.

4.- La conjunción de esos dos cuestionamientos, como lo permite el artículo 51 del Decreto 2651 de 1991, se justifica porque están relacionados y son complementarios, ciñéndose a una exclusión de responsabilidad del centro asistencial ya que brindó el servicio que le correspondía, siendo comunes las razones para resolverlos.

En SC17116-2014, donde se presentó algo similar, estimó la Sala que «*como los dos ataques se erigen en la*

*misma causal, aunque por dos aspectos diferenciados que resultan complementarios (...) se justifica su estudio conjunto a la luz del artículo 51 del Decreto 2651 de 1991, numeral 3».*

5.- Cuando se acude a la causal primera de casación, por equivocaciones de facto en la contemplación de las pruebas, éstas deben ser de tal magnitud que incidan adversamente en la forma como se desató el conflicto, produciéndose una disparidad evidente entre los postulados de la sentencia, con lo que arrojan los medios recaudados para acreditar lo que esgrimen los involucrados en el litigio.

La Corte sobre esta variable tiene dicho que

*(...) al denunciarse en el punto la comisión de errores de hecho probatorios, pertinente resulta memorar que no cualquier yerro de esa estirpe es suficiente para infirmar un fallo en sede de casación, sino que se requiere que sea manifiesto, porque si se edifica a partir de un complicado proceso dialéctico, así sea acertado, frente a unas conclusiones también razonables del sentenciador, dejaría de ser evidente, pues simplemente se trataría de una disputa de criterios, en cuyo caso prevalecería la del juzgador, puesto que la decisión ingresa al recurso extraordinario escoltada de la presunción de acierto (SC 9 ago. de 2010, rad. 2004-00524, citada en SC7806-2015).*

6.- A pesar de los avances en todos los campos, la complejidad del cuerpo humano impide que hoy en día la medicina sea una ciencia exacta, de ahí que se estime que su práctica, en términos generales, corresponde a una obligación de medio.

Es por eso que solo si se verifica una mala *praxis* surge la obligación de reparar, entre otros eventos, cuando se deja de actuar injustificadamente conforme a los parámetros preestablecidos, eso sí, siempre y cuando se estructuren los diferentes elementos de daño, culpa y nexo causal que contempla la ley.

Sobre este tema la Corte en SC15746-2014 dijo que

*(...) las fallas ostensibles en la prestación de servicios de esa índole [médica], por acción u omisión, ya sean resultado de un indebido diagnóstico, procedimientos inadecuados o cualquier otra pifia en la atención, son constitutivas de responsabilidad civil, siempre y cuando se reúnan los presupuestos para su estructuración, ya sea en el campo contractual o extracontractual. (...) Esa responsabilidad no solo se predica de los galenos, en sus diferentes especialidades, pues, los centros hospitalarios están obligados directamente a indemnizar por las faltas culposas del personal a su servicio, toda vez que es a través de ellos que se materializan los comportamientos censurables de ese tipo de personas jurídicas (...) Esto aunado a que la relación entre el centro asistencial y el enfermo es compleja, bajo el entendido de que comprende tanto la evaluación, valoración, dictamen e intervenciones necesarias, como todo lo relacionado con su cuidado y soporte en pos de una mejoría en la salud, para lo que aquel debe contar con personal calificado y expertos en diferentes áreas (...) Por ese motivo, en este tipo de acciones se debe examinar si existe entre las partes una vinculación integral o se prescindió de alguno de los servicios ofrecidos, como puede ocurrir cuando el enfermo se interna en una clínica pero escoge un profesional ajeno a la planta existente, para que se encargue de un procedimiento específico, por su cuenta y riesgo.*

En asuntos de esta clase, si bien como lo manda el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil *«incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen»*, jurisprudencialmente se ha admitido que el deber de demostrar la existencia de responsabilidad médica o la ausencia de la misma recaiga en quien esté en mejores condiciones de aportar los elementos de convicción.

Es más, el juzgador puede acudir a las reglas de la experiencia, extraer conclusiones determinantes del comportamiento de las partes y aplicar, excepcionalmente, criterios que resten rigorismo demostrativo cuando las circunstancias así lo permiten.

La Sala en SC12449-2014 subrayó como

*[e]l régimen que gobierna la eventual responsabilidad está marcado por el de culpa probada empero e igualmente, su disciplina probativa no debe responder a la rigidez de antaño, sino que, ya el médico ora el paciente, debe asumir ese compromiso demostrativo, atendiendo la real posibilidad de hacerlo; aquél que se encuentre en mejores condiciones para acreditar los supuestos de hecho configurantes del tema a establecer, deberá asumir esa carga.*

En esa misma providencia se citó la SC de 5 nov. 2013, rad. 2005-00025, en la cual se dijo que

*(...) en relación con el onus probandi, es dable al juzgador aplicar criterios de flexibilización o racionalización probatoria en algunos*

*supuestos excepcionales, atendiendo las circunstancias del caso concreto, v.gr., la regla res ipsa loquitur, la culpa virtual, o la presencia de un resultado desproporcionado, entre otros (cfr. Cas. Civ. Civ. 30 de enero de 2001, exp. 5507, 22 de julio de 2010, exp. 41001 3103 004 2000 00042 01, y de 30 de noviembre de 2011, exp. 76001-3103-002-1999-01502-01). Igualmente, es menester recordar al respecto que ya esta corporación, en el mencionado fallo de 30 de enero de 2001, destacó que “es precisamente en este sector del comportamiento en relación con las prestaciones debidas, donde no es posible sentar reglas probatorias absolutas con independencia del caso concreto, pues los habrá donde el onus probandi permanezca inmodificable, o donde sea dable hacer actuar presunciones judiciales, como aquellas que en ocasiones referenciadas ha tenido en cuenta la Corte, pero también aquellos donde cobre vigencia ese carácter dinámico de la carga de la prueba, para exigir de cada una de las partes dentro de un marco de lealtad y colaboración, y dadas las circunstancias de hecho, la prueba de los supuestos configurantes del tema de decisión. Todo, se reitera, teniendo en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica, complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como el tiempo y el lugar del ejercicio, pues no de otra manera, con justicia y equidad, se pudiera determinar la corrección del acto médico (lex artis)”. Esta última referencia es particularmente importante en situaciones excepcionales, en las que exista una evidente dificultad probatoria para el paciente o sus familiares en orden a obtener los medios de prueba que sirvan para acreditar la culpa médica, y por el contrario, por cercanía o disponibilidad, la demostración de la diligencia resulte de mayor facilidad para el facultativo o la institución hospitalaria demandada. En tales supuestos, obviamente, debe existir suficiente claridad en cuanto a la distribución probatoria que se determine para el caso particular, adoptada en el momento procesal oportuno y garantizando la*

*adecuada defensa y contradicción de las partes.*

7.- Tiene relevancia en la decisión a tomar lo siguiente:

a.-) Que María Victoria Rojas Guarín acudió al servicio de «urgencias» del Hospital Universitario San Ignacio (19 dic. 1999), reportando una «cefalea migrañosa» de quince (15) días de evolución, por lo que fue remitida a interconsulta de neurología donde llegó «despierta, orientada en las tres esferas, lenguaje fluente, nomina, repite, comprende, identifica derecha e izquierda, cruza línea media, memoria, juicio y raciocinio normales» y se le mandó un «TAC cerebral simple y con contraste (fl. 68, cno. 4).

b.-) Que en el estudio de «escanografía cerebral s y c» (19 dic.) se halló una «neoplasia frontal derecha cuya primera posibilidad es la de un meningioma originado en la hoz del cerebro» (fl. 206, cno. 4).

c.-) Que el Centro Javeriano de Resonancia Magnética efectuó el examen de «resonancia magnética cerebral s y c» (21 dic. 1999), encontrando «la presencia de una masa extraxial de localización parasagital derecha en la región frontal», advirtiéndole que «es posible que realizar una escanografía de senos paranasales podría ayudar a determinar integridad de las paredes óseas de las celdillas etmoidales», concluyendo una «[n]eoplasia frontal, aparentemente extrasial muy sugestiva de un meningioma» y como diagnóstico diferencial un «esthesioneuroblastoma» (fls.

109 y 110, cno. 4).

d.-) Que se indicó *«procedimiento quirúrgico con previa embolización de la lesión»* (22 dic.), entregándose *«memorando a la familia para autorización por parte de la EPS»* (fl. 71 vto., cno. 4)

e.-) Que Henry García Donato *«como agente oficioso de [su] esposa María Victoria Rojas Guarín»*, presentó acción para que se tutelaran los derechos *«a la vida, a la vida digna e integridad personal, a la salud y a la seguridad social»* (27 dic.), mandando a Famisanar E.P.S. autorizar la práctica de la cirugía y *«el cubrimiento de esta en su totalidad»*, informándole que *«le asiste el derecho de repetir en contra del Fosyga, por los gastos que genere la hospitalización y la cirugía correspondiente por el porcentaje preestablecido»* (fls. 14 al 26, cno. 1).

f.-) Que el centro de atención estuvo pendiente de la *«autorización EPS»* (23 dic.) y luego expectante del *«traslado a otra institución por parte de la EPS»* (24 dic), hasta que se le dio salida (30 dic.) por *«problema administrativo con EPS»* (fls. 72 y 73, cno. 4).

g.-) Que en el informe de autorizaciones activas por afiliado aparece que se le hizo a María Victoria una *«hospitalización médica tercer nivel»* con *«síntomas relacionados con los sistemas nerviosos y osteomu»* (sic), el 21 se le diagnosticó *«tumor benigno del encéfalo y de otras partes del sistema n»* (sic), el 23 ya aparece como *«tumor de*

*naturaleza no especificada» y el 26 empieza a reportarse como «tumor maligno» (fl. 47, cno. 4).*

h.-) Que en el aparte de «orden médica» de la historia clínica, figura que el 20 de diciembre se dispuso una «resonancia magnética cerebral simple y contraste», el 24 la nota de «pte traslado a otra institución» y la salida el 30 (fl. 80 y 83, cno. 4).

i.-) Que el estudio de escanografía de senos paranasales (29 dic.), arrojó una «lesión neoplásica que compromete las celdillas etmoidales y medias derechas, la lámina cribosa del etmoides la apófisis critagalli y la cavidad intracraneana en las regiones frontales especialmente en el lado derecho, que responde como primera posibilidad a estesio - neuroblastoma» (fl. 121, cno. 4).

j.-) Que el Juzgado Ochenta y Cinco Penal Municipal (5 ene. 2000) estimó que la «resección de tumores corticales o subcorticales de fosa anterior y fosa media» era fundamental para la vida de la paciente, debiendo «realizarse en el menor tiempo posible, su no realización traería consecuencias como la compresión o invasión de estructuras vecinas cerebrales y sangrado que pondría en peligro su vida, de realizarse proporcionaría mejores condiciones de vida, su omisión puede ocasionar la muerte», por lo que ordenó a la E.P.S. Famisanar Ltda. «autorizar el procedimiento quirúrgico (...) y cubrir la totalidad de los gastos que ocasione la intervención quirúrgica», pudiendo repetir contra el Fosyga (fls. 27 al 35, cno. 1)

k.-) Que según la continuación de la historia clínica de María Victoria Rojas Guarín, regresó al Hospital Universitario San Ignacio (7 ene. 2000) por «aparición en la noche cefalea intensa tipo peso global asociada a fotofobia, fotofobia interrumpe el patrón de sueño y náuseas, además de episodio de epistaxis», situación que se fue agravando hasta caer en un «coma profundo» (8 ene.), tener un «muy mal pronóstico neurológico» y «pésimo estado» (9 ene.) y aparecer el cuero cabelludo «en fase venosa» (10 ene.), fecha esta última en que se determinó su «muerte cerebral» (fls. 125 al 146, cno. 4).

l.-) Que dejó de existir (11 ene.) por «muerte cerebral», «encefalopatía isquémica hipóxica», «paro cardiorrespiratorio» y «tumor frontal basal» (fl. 146 vto., cno. 4).

m.-) Que el *a quo* al sopesar las pruebas recaudadas encontró reflejado el grave estado de salud de María Victoria el 19 de diciembre de 1999, cuando ingresó al Hospital Universitario San Ignacio, y que a pesar de estar estable para el 30 de diciembre aún requería la intervención, tanto así que retornó el 7 de enero de 2000. Aún si no existiera certeza de que ese fuera el origen del paro cardiorrespiratorio que provocó la muerte cerebral, «el resultado sería otro de haberse obtenido la eliminación del tumor en el lapso del 19 al 30 de diciembre de 1999» (fls. 167 y 168, cno. 8).

n.-) Que el superior dedujo que los hallazgos de la resonancia magnética (21 dic.), confirmados con la

escanografía (29 dic), dan fe de la condición del tumor y que si «se le hubiera dado la relevancia que merecía, seguramente habría culminado en otro desenlace», para concluir con que

*(...) tanto el Hospital como la E. P. S., son responsables de los perjuicios alegados por los actores, puesto que era del resorte de la Entidad Promotora de Salud autorizar de manera oportuna la realización de la cirugía y la I.P.S., debió mantener en observación a la paciente pese a su estado asintomático, en virtud a las características del tumor que le fue hallado en su cerebro, o haberla remitido prioritariamente a otra entidad que sí pudiera practicarle el procedimiento quirúrgico adecuado (fl. 76, cno 10).*

8.- Fracasen las dos censuras, por estos motivos:

a.-) La responsabilidad endilgada al centro asistencial no se concretó al hecho de «haber dado de alta a la paciente el 30 de diciembre de 1999 a pesar de estar asintomática», sino que su trascendencia era mucho mayor, puesto que independientemente de la mejoría en el estado de Rojas Guarín para esa fecha, era indiscutible que el «tumor maligno» estaba presente desde que llegó a urgencias en un comienzo y subsistía para ese momento, urgiendo su extracción, ya fuera para salvarle la vida o mejorar sus condiciones.

Así lo entendieron ambos juzgadores de instancia, pues el de primer grado estimó que

*(...) queda reflejado el escenario sobre el grave estado de salud que padecía la señora María Victoria Rojas Guarín al momento de ingresar al Hospital Universitario San Ignacio el 19 de diciembre de 1999 y habérsele detectado un tumor maligno en su cabeza; igualmente, reflejan que al momento del egreso de esta entidad, 30 de diciembre de ese mismo año, aunque se encontraba estable, requería con carácter inmediato la intervención quirúrgica, al punto de ingresar el 7 de enero del 2000 con los síntomas "cardinales" de dolor de cabeza y sangrado. Y si bien, no hay certeza de que este fue el origen del paro cardiorespiratorio que provocó la muerte cerebral, lo cierto es que el resultado sería otro de haberse obtenido la eliminación del tumor en el lapso del 19 al 30 de diciembre de 1999 (...) Es esta omisión la que a juicio de este despacho se encuentra sustentada probatoriamente y la que se determina injustificada por parte de la entidad hospitalaria, que por circunstancias administrativas y económicas rompió con principios superiores señalados en la Carta Política como el de dignidad y derecho a la vida, que desencadenaron en la muerte de la paciente.*

Por su lado el *ad quem* mantuvo esa línea al señalar que

*(...) si bien la cirugía no iba a curar a la paciente de manera definitiva de su dolencia, y el estado asintomático al parecer dio alguna pauta para que el tratante diera de alta a la convaleciente, lo cierto es que los galenos tienen el deber de propender por la curación concluyente del enfermo cuando esta es posible o de mejorarla en casos como el de los pacientes terminales, siendo su obligación la de mitigar y dilatar en grado sumo los efectos nefastos de una enfermedad que como la que aquí atacó a la joven de 23 años, exigía darle un trato eficiente en procura de la extensión de su vida en términos de calidad, imponiéndose enfatizar en que por el contrario dentro del*

*expediente se probó que su salida del hospital obedeció a cuestiones netamente administrativas, y en ningún momento para brindarle un tratamiento ambulatorio, que en todo caso no era el más indicado al parecer para este caso, por la gravedad de la invasión tumoral que se había revelado, siendo lo prudente mantenerla en observación hasta cuando se hubiera logrado la intervención quirúrgica que requería y estaba pendiente de autorización, o la remisión a otro establecimiento para lo propio (...) Estas apreciaciones, miradas de manera conjunta permiten concluir que en efecto tanto el Hospital como la E. P. S., son responsables de los perjuicios alegados por los actores, puesto que era del resorte de la Entidad Promotora de Salud autorizar de manera oportuna la realización de la cirugía y la I.P.S., debió mantener en observación a la paciente pese a su estado asintomático, en virtud a las características del tumor que le fue hallado en su cerebro, o haberla remitido prioritariamente a otra entidad que sí pudiera practicarle el procedimiento quirúrgico adecuado.*

Por lo tanto, no estaba en tela de juicio que en el hospital le brindaron la ayuda básica requerida por Rojas Guarín, mientras se agotaban los pasos previos a la cirugía. Lo que se cuestionó al centro asistencial fue su pasividad frente a la posición de la E.P.S. y considerar que era suficiente con dejarla en «buenas condiciones» al 30 de diciembre de 1999, siendo conocedores de que lo único satisfactorio para la paciente era extraerle la masa que le ocasionaba un riesgo de muerte.

De ahí que el que se le diera de alta en esa fecha no constituye un hecho aislado y exclusivamente determinante del deceso, sino una actuación adicional desacertada

puesto que antes que serle beneficiosa, fue el producto de un desacuerdo entre la I.P.S. y la E.P.S. por trabas administrativas, a pesar de que ambas entidades eran conocedoras de la gravedad de la situación.

Bajo esa perspectiva los embates de la opugnadora resultan incompletos, ya que se restringen a un solo acto, autorizar la salida, cuando fue más compleja la delimitación del desacierto, esto es, en el centro asistencial se detectó la presencia del «*tumor maligno*»; era indiscutible la necesidad de extirparlo en el menor tiempo posible; tal procedimiento podía adelantarse allí mismo, lo que no se pudo por falta de autorización de la E.P.S.; lo delicado del estado de la enferma requería de una diligencia extrema y permanente, ya fuera hasta que se le practicara la cirugía o cuando fuera trasladada a otro sitio especializado; y lo infortunado del egreso el 30 de diciembre de 1999 se hizo patente con el regreso en malas condiciones el 6 de enero de 2000 y el fallecimiento por muerte cerebral a los pocos días.

Se queda corto de esa manera el impugnante al limitarse al último punto, como si los demás no tuvieran trascendencia, cuando vistos en conjunto corresponden a los pilares en que se cimenta la determinación en discordia, que debían ser socavados en su integridad, lo que riñe con la técnica de esta vía extraordinaria.

Como se recordó recientemente en CSJ SC17197-2015

*(...) en la órbita del recurso de casación -ha dicho en forma inveterada y uniforme la jurisprudencia de esta Corporación-, el recurrente, en orden al quiebre del fallo, debe desquiciar todos los fundamentos que sirven de basamento a la decisión, no sólo porque ésta se encuentra revestida por una presunción de acierto y legalidad en cuanto a los aspectos fácticos y jurídicos tomados en consideración por el fallador, sino porque este recurso extraordinario, por su naturaleza dispositiva, impone al recurrente presentar un ataque completo contra los soportes del fallo, dado que la Corte no puede enmendar o suplir falencias de las acusaciones.*

b.-) De todas maneras, así se entraran a verificar los reparos del censor, lo cierto es que no se desvirtúa la valoración probatoria del sentenciador, que fue acorde con las anteriores precisiones, y sin que se verifique una distorsión entre lo que se extrae de los medios de convicción que se dicen desatendidos, cercenados o interpretados erradamente, como pasa a verse:

(i) En la comunicación del Presidente Nacional de la Asociación Colombiana de Neurocirugía (14 dic. 2007), al requerimiento del *a quo* sobre la conducta a seguir cuando un tumor cerebral se acompaña de importante edema vasogénico de lóbulos frontales y la extensión del tratamiento, se contestó que «el tratamiento inicial es administrando corticoides (dexametasona) durante una a tres semanas mientras se completan los exámenes preoperatorios y los exámenes diagnósticos de imagen para posteriormente realizar el tratamiento quirúrgico» (fls. 7 y 10, cno. 8).

Se refiere allí a un lapso para llevar a cabo las valoraciones previas a la cirugía, pero no se hace un pronunciamiento concreto al caso, en el que desde el 22 de diciembre de 1999 se pidió autorización a la E.P.S. para realizarla.

Por ende correspondió a una especulación, ajena a la situación que se afrontó y no podría decirse que con ese medio, según afirma el impugnante, se *«demuestra como el tratamiento iniciado desde el 20 y hasta el 30 de diciembre de 1999, fue oportuno y eficaz, tal y como lo indica el experto»*.

Además, la discusión no se centraba en el suministro de medicamentos, sino en la *«atención integral»* para una *«afección grave y calamitosa»*.

(ii) La aclaración del dictamen en lo que se refiere a una *«mejoría de estado clínico»* no conlleva a tener por desaparecidas las razones para que María Victoria continuara hospitalizada, ya que la *«resección de tumores corticales o subcorticales de fosa anterior y fosa media»* seguía pendiente por problemas administrativos y así constaba en los documentos obrantes.

Las dos decisiones de instancia objetaron que la I.P.S. dejara salir la paciente el 30 de diciembre de 1999, no porque en esa fecha estuviera en malas condiciones generales, sino que para entonces ya estaba detectado el

«tumor», se conocía la necesidad de retirarlo y la demora para hacerlo no obedecía a razones médicas o diagnósticas, sino de gestión, por lo que la obligación de procurar su bienestar, fuera de estabilizarla, se extendía a que la intervención se hiciera allí o en otro lugar especializado.

Por eso, independientemente de que se cumpliera con el deber de dosificar drogas y brindar cuidados mientras estuvo en las instalaciones hospitalarias, su carga iba más allá, esto es, propender por que se agotaran todos los pasos para que se le impartiera el tratamiento completo que requería.

(iii) La historia clínica es insistente en que, entre el 24 y el 30 de diciembre de 1999, estaba «*pendiente traslado a otra institución*», pero eso no fue lo que aconteció ya que la última anotación de ese año fue que «*por problema administrativo con E.P.S. se da alta x neurocirugía con recomendación de manejo prioritario en otra institución*».

Esas precisiones antes que restar valor a lo que dedujo el fallador, le dan peso. Si entre el 22 y el 24 se requería de «*autorización*» para operarla, quiere decir que allí podían hacerlo, por eso al continuar cuidándola mientras se surtía el «*traslado*» y siendo de «*manejo prioritario*», era evidente que dejarla a su merced no era lo indicado, pues, así hubiera ocurrido desde un comienzo.

(iv) El dictamen del Hospital Simón Bolívar no fue cercenado por el hecho de que no se hiciera énfasis en la

«atención inicial brindada» por el recurrente, ya que el reclamo provino fue de lo dejado de hacer, o sea, la falta de diligencia en que una persona disminuida físicamente obtuviera el cuidado que el mismo Hospital San Ignacio estimo indispensable, por intermedio de sus médicos y especialistas.

(v) El peso que se le dio a las declaraciones de Luís Arturo Sánchez Gómez y Jorge Humberto Aristizábal no fue determinante de la decisión sino un refuerzo a lo que brindaban las restantes probanzas, el primero se citó para resaltar que *«la patología que padecía María Victoria, demandaba un grado mayor de observación que no se lograría con su salida»* (fl. 72, cno. 10) y el último al concordar *«con los demás galenos en que el tratamiento que en realidad necesitaba la paciente era la extracción de la masa tumoral, acto que precisamente se soslayó por razones administrativas, y por la falta de remisión de la paciente a otra institución»*.

Ambas deducciones provinieron de la historia clínica y los exámenes practicados, ya que de acuerdo con el Tribunal

*[l]os hallazgos encontrados en la resonancia magnética efectuada a la paciente el día 21 de diciembre de 1999 , y confirmados con la escanografía realizada el día 29 del mismo mes y año, testifican sobre la condición del tumor que estaba afectando su enfermiza humanidad, acaecimiento al que si se le hubiera dado la relevancia que merecía, seguramente habría culminado en otro desenlace (...) Si esto es así, cumple anotar que sí había*

*emergencia en la realización de dicho procedimiento, y que las razones consignadas en la historia clínica para dar de alta a la paciente fueron escollos netamente administrativos; esto es, falta de autorización del procedimiento quirúrgico por la entidad promotora de salud en forma oportuna, cayéndose de su propio peso decir que la razón por la cual se le dio alta a la paciente fue la posibilidad del manejo ambulatorio de la patología, previo a su intervención, y además por la aparente e insistida petición de sus familiares, para que la doliente pudiera pasar las fiestas de fin de año en su hogar, pues resulta inane dicho argumento ante la evidencia ya denotada (...) A contrario sensu, se echa de menos el correspondiente registro clínico de la paciente sobre la posibilidad de llevar a cabo el tratamiento ambulatorio que insinúa la impugnante, así como de observaciones o recomendaciones médicas dirigidas a postergar la cirugía hasta lograr la presunta inflamación cerebral que estaba padeciendo, argumentos que sirvieron de pábulo al impugnante para soportar sin éxito, por lo indemostrado, su escrito de apelación.*

(vi) Las declaraciones de Martha Lucía Guarín de Rojas, Ángela Constanza Pineda y Diego Julián Rojas, en el sentido de que la afección de María Victoria era muy anterior al 19 de diciembre de 1999 eran intrascendentes, pues, el motivo de la acción fue que no se realizara la «resección de tumores corticales o subcorticales de fosa anterior y fosa media» a la mayor brevedad desde el instante en que se ordenó (22 dic. 1999), momento a partir del cual surge la inconformidad.

(vii) Respecto de la acción de tutela que propuso Henry García Donato, en el informe de medicina legal que encomendó el funcionario de conocimiento se concluyó que

*«María Victoria Rojas Marín, requiere tratamiento quirúrgico, tratamiento médico inmediato; indicado por Junta Neurológica del Hospital San Ignacio (...) El tumor cerebral en cualquier momento puede sangrar y la paciente morir» (fl. 38, cno. 2).*

En el mismo se basó el Juzgado Ochenta y Cinco Penal Municipal para conceder el amparo ya que *«la vida y dignidad humana de la señora María Victoria Rojas Guarín, se encuentra no solamente afectada por la no realización de la resección del tumor que le fuera ordenada en el Hospital Universitario San Ignacio, sino también que su oportuna gestión podría salvar su vida»*, por lo que *«de no efectuarse está condenada a un deceso mucho más rápido y sometida a una existencia incómoda»*, amén de que eso no *«puede sustituirse por ningún otro tratamiento o intervención contemplada en la cobertura del Plan Obligatorio de Salud»* y los ingresos familiares no eran suficientes para asumir algún costo.

Esas probanzas reiteran la necesidad del tratamiento y la inminencia de los efectos adversos por la dilación en darle cumplimiento, independientemente de que sus causas fueran desde antes de la consulta, lo que dista de la lectura del contradictor en el sentido que la muerte *«no se produjo como consecuencia de haber realizado tardíamente la cirugía, como lo afirmaban los demandantes, sino, el avance inesperado de la enfermedad»*.

Ni siquiera el que no se pidiera una medida provisional

de protección le resta peso a lo delicado de la situación y ninguna irregularidad se observa en el tiempo que se tomó el juzgador constitucional en decidir, ya que la tutela se radicó el lunes 27 de diciembre de 1999 y no el sábado 25 como figura en el encabezado, de ahí que la protección del 5 de enero de 2000 se brindó dentro de los diez (10) días de rigor.

c.-) Los planteamientos del Hospital San Ignacio en relación con las pruebas que dice omitidas, cercenadas e indebidamente apreciadas, ningún mérito le resta a lo que del conjunto demostrativo extrajo el *ad quem*, ya que son una interpretación equivocada de las mismas, por lo que el fallo sigue amparado por la presunción de acierto.

En ese sentido en CSJ SC7835-2015, en un caso de responsabilidad médica que fracasó para los accionantes, se desechó un cuestionamiento por esta senda, entre otras razones, en vista de que

*(...) el apostolado de la medicina impone por su misma naturaleza un riesgo, dado los imponderables y las dificultades propias de su ejercicio; y aunque en unos casos aquellos son mayores que en otros, siempre estará latente un resultado adverso que puede desbordar la capacidad de reacción o control del profesional, por consiguiente ajeno a su negligencia o culpa.*

*(...)*

*No obstante el riesgo implícito a este tipo de praxis profesional, en las condiciones probatorias que se estudiaron, resulta patente que lo que el recurrente trae a colación en el cargo en estudio es una apreciación distinta de la situación fáctica de la que dan*

*cuenta los medios de persuasión valorados por el Tribunal; y aunque pudiera tildarse de juiciosa -que no lo es-, lo cierto es que antes que mostrar una tergiversación de la materialidad de los mismos busca imponer su visión de los hechos litigados dándole su propia inteligencia a la prueba pericial y a la historia clínica con miras a sacar adelante sus pretensiones.*

d.-) Las censuras, por lo dicho, no prosperan.

### **CUARTO CARGO**

Revela el agravio de los artículos 1613, 1614, 2341, 2344 y 2457 del Código Civil; 16 de la Ley 446 de 1998; y 4 y 187 del Código de Procedimiento Civil, por error de hecho *«al omitir y suponer la existencia de pruebas»* que determinaron el quantum indemnizatorio.

Desarrolla la transgresión de esta forma:

1.- El yerro consistió en que se suplió por el fallador el deber de los gestores de demostrar sus *«excesivas pretensiones»*, asumiendo las *«liquidaciones hechas por el a quo como ciertas e indiscutibles»*, ya que no se podía calcular el lucro cesante presente y futuro con la expectativa de vida probable de la Resolución 1555 de 2010, por la gravedad de la enfermedad padecida, como se precisó en CSJ SC 22 mar. 2007, rad. 1997-5125-01.

2.- Para ese efecto era imperiosa la práctica de un peritaje que determinara con exactitud la expectativa de vida de María Victoria y la valoración de la declaración de

Jorge Humberto Aristizábal, quien informó que el tratamiento era paliativo y solo aumentaba la «sobrevida» en meses o años, por lo que se debió desestimar lo que dedujo el juzgador de primer grado, reduciendo los «conceptos de lucro cesante y daño moral a lo que resulte probado, en otras palabras, a sus justas proporciones».

3.- Además, «se hace necesario dar aplicación a lo establecido en el artículo 2344 del Código Civil, asumiendo la víctima, su familia, el tercero y en el hipotético caso la E.P.S y el hospital en virtud de la concausalidad en la producción del hecho dañino».

### CONSIDERACIONES

1.- Los promotores pidieron que como consecuencia de una mala praxis en la atención de María Victoria Rojas Guarín, quien murió, la E.P.S. a la que estaba afiliada y la I.P.S. donde acudió de urgencia, les deben indemnizar los perjuicios materiales, morales y por «violación del derecho a la vida y del derecho a la familia», sufridos.

2.- El sentenciador de segundo grado confirmó la condena del *a quo*, que estableció la obligación reparadora de los opositores, ordenándoles pagar en forma solidaria ciento veintiséis millones seiscientos cuarenta mil setecientos cincuenta y ocho pesos (\$126'640.758) de «lucro cesante» en favor del cónyuge supérstite de la fallecida y su hijo menor. También los «perjuicios morales» de «cien salarios mínimos legales vigentes» para cada uno de los

padres, esposo y descendiente de la difunta, así como «cincuenta salarios mínimos legales vigentes» por hermano.

3.- El recurrente señala que fueron excesivos los montos, porque el cálculo debió hacerse tomando en cuenta que la vida probable de María Victoria era inferior a la estimada y que la responsabilidad era compartida.

4.- La estrictez que rige en la interposición de este medio extraordinario de contradicción exige una claridad meridiana en la formulación del ataque, sin que se admitan ambigüedades o entremezclamientos en puntos que sean divergentes, como ocurre al invocar simultáneamente errores de hecho y de derecho por la valoración dada a los mismos medios de convicción, al enunciar una vía pero desarrollarla como si fuera la otra o cuando se conjuntan ambas en su planteamiento de tal forma que no puedan delimitarse.

En CSJ SC 5 dic. 2008, rad. 2004-0032-01, se refirió la Corte a que de darse dicha confusión

*(...) ciertamente desconoce la diferencia entre el yerro de derecho -o de valoración- y el de hecho -o de facto- por cuyas características y distinciones, resulta impropio acusar una sentencia de infracción de la ley sustancial por yerro de derecho y al mismo tiempo desarrollar la argumentación por error de hecho (...) En efecto, la denuncia del reproche fáctico busca establecer la suposición de una prueba que no obra en los autos o la omisión de la que está en ellos, comprendiendo la desfiguración del medio probatorio, bien por adición de su*

*contenido (suposición), ya por cercenamiento del mismo (preterición), yerro que por lo demás debe ser manifiesto, es decir, protuberante, que salte a primera vista y contra la evidencia establecida en el proceso, al paso que el error de derecho se refiere a la interpretación o inaplicación de las normas legales que gobiernan el medio probatorio, configurándose éste cuando a pesar de la correcta apreciación de la prueba en cuanto a su presencia objetiva, el fallador infringe las normas que regulan su producción, o equivoca la tarea de fijar su eficacia demostrativa, bien atribuyéndole un mérito que la ley no le concede o negándole el asignado, o también cuando no la aprecia en conjunto, como lo manda el artículo 187 ibídem, en cuyo caso es imperativo, además de individualizar los medios de prueba no estimados, indicar los apartes de cada una de ellas que evidencien y muestren la falta de integración, debiendo los recurrentes singularizar las pruebas e interrelacionarlas de modo que de su conjunto aflore el sentido ignorado y que era trascendental en el fallo, sin descuidar que el ataque no derive hacia el aspecto de la objetividad de la prueba, esto es, achacándole al Tribunal falta de apreciación, suposición o tergiversación de su evidente sentido, como ocurre en el presente caso, al conjuntar los errores de hecho y derecho, restándole con ello aptitud formal al cargo.*

**En ese mismo pronunciamiento se recordó que**

*[a]cerca de la violación de una norma sustancial como consecuencia de error de hecho o derecho, enseña la Corte que 'la labor del juez en la valoración del acervo probatorio se cumple en dos etapas distintas aunque complementarias: en la primera realiza la contemplación objetiva o material de la prueba, tendiente a establecer su existencia en el proceso y el contenido mismo del medio probatorio, en tanto que en la segunda etapa y agotada la primera, el juzgador realiza el examen de esa prueba*

*confrontándola con las normas que la regulan, para asignarle el mérito de convicción que corresponda, lo que equivale a la contemplación jurídica de la prueba. De allí se desprende que la equivocación del juez puede acontecer en la primera o en la segunda etapa, lo que da lugar a la comisión de errores de hecho o derecho, que lo llevan indirectamente a la violación de la ley sustancial, errores estos que son diferentes e inconfundibles entre sí' (casación civil de 2 de mayo de 2000, expediente 6291)".*

5.- La censura se lamenta de una desviación de *facto* porque se le dio un alcance que no tenía a la Resolución 1555 de 2010 de la Superintendencia Financiera y se pasó por alto el dicho de un testigo, como medios de prueba para fijar a cuánto ascendía el perjuicio de los accionantes.

No obstante, la razón de ser del desconcierto consiste en que, tomando en cuenta lo que de allí se extraía, no se decretó una «*prueba de oficio*» para fijar en su valor justo el resarcimiento, encajándolo eminentemente en un *yerro de jure*.

Como quedó dicho en CSJ 28 may. 2009, rad. 2001-00177-01,

*[d]ado el carácter instrumental del artículo 307 del Código de Procedimiento Civil [que trata de la condena en concreto y el decreto oficioso de pruebas para tal fin], "esto es, de regla orientadora de la actividad procesal del juez" (cas. civ. sentencia de 25 de febrero de 2005, exp. 7232), la inobservancia del deber consagrado en el precepto, podrá estructurar un error de derecho (Cas. Civ. 12 de septiembre de 1994, expediente 4293)" (Sent. Cas. Civ. de 13 de abril de 2005, Exp. No. 1998-0056-02,*

*reiterada en Sent. Cas. Civ. de 29 de noviembre de 2005, Exp. No. 01592-01)" (cas.civ. sentencia de 12 de diciembre de 2006, [SC-174-2006], expediente 11001-31-03-035-1998-00853-01) denunciable "a través de la vía del recurso extraordinario de casación apoyado en la causal primera, por la transgresión de normas de disciplina probatoria que conducen fatalmente a la violación de preceptos sustanciales, obviamente en el entendido de que se reúnan los demás requisitos de procedibilidad, y la preterición de tales medios de convicción tenga trascendencia para modificar la decisión adoptada" (cas.civ. sentencia de 15 de julio de 2008, [SC-069-2008], exp.1100131030422003-00689-01).*

Existe así una dicotomía inadmisibile en un ataque que se expone como «*error de hecho manifiesto al omitir y suponer la existencia de pruebas*», que solo cita sin profundizar en ellas, pero en últimas se lamenta es de la inactividad del juzgador al no disponer un elemento de convicción trascendente, lo que no le dejó verificar la realidad fáctica para imponer una condena proporcionada, entramado éste que deviene en una anomalía de técnica que conduce al fracaso.

6.- De todos modos, si se escindiera el ataque en cada uno de los aspectos advertidos, igual sería el resultado como pasa a verse:

a.-) La objeción del Hospital San Ignacio a que se acudiera a la expectativa probable de vida de la Resolución 1555 de 2010 de la Superintendencia Financiera, la complementa con que se debió valorar el testimonio de

Jorge Humberto Aristizábal en el sentido de que el tratamiento que requería María Victoria era paliativo y que con él se *«aumenta la sobrevida que puede ser meses y en ocasiones años»*.

Basta con resaltar que el deponente fue citado como especialista en neurocirugía, pero al preguntarle si conoció el caso concreto fue enfático en que *«no»* (fl. 326, cno. 4), de ahí que su narración fue conceptual e hipotética.

Y a pesar de que hizo alusión a que esos *«tumores generalmente son de crecimiento rápido, el tratamiento que se realiza es paliativo en el sentido de que no tienen una cura con la cirugía, ni con la radioterapia, ni la quimioterapia»*, cuando analizó la historia clínica de Rojas Guarín añadió que *«la presunción diagnóstica más importante es un tumor maligno, como el que hemos anotado, dado que destruye la base del cráneo y los tumores benignos tienen (sic) a tener un comportamiento distinto»* añadiendo que el *«diagnóstico final solo lo hace el patólogo con la pieza del tumor»* (fl. 327, cno. 4).

Es más, al cuestionarlo si de haberse operado aquella se *«hubiese recuperado»* dijo que *«el reducir la masa ayuda a mejorar los síntomas de la paciente y es el tratamiento adecuado en ese momento, el pronóstico de sobrevida lo da el tipo de patología»* (id).

Tal relato especulativo, a pesar de su importancia para la comprensión del debate, visto aisladamente como busca

el opugnador, era insuficiente para estimar que el éxito en la intervención programada si mucho extendería en días, meses o unos pocos años la existencia de María Victoria. A lo sumo daría pie para concluir que la extracción se requería para evaluar la masa y constatar tanto lo invasivo como lo perjudicial del tumor, así como los resultados ciertos obtenidos y sus efectos a futuro.

En vista de que no fue posible la «resección» ordenada por el centro de atención, dadas las circunstancias que afrontaron la enferma y sus familiares, quedaron inciertas las consecuencias favorables o adversas para ellos.

En esas condiciones, no es reprochable que el fallador utilizara un medio accesorio de respaldo para sus cálculos, como la citada Resolución 1555 de 2010, por la cual la Superintendencia Financiera actualizó las «*tablas de mortalidad de rentistas hombres y mujeres*» a utilizar las «*entidades administradoras del Sistema General de Pensiones, del Sistema General de Riesgos Profesionales y las aseguradoras de vida, para la elaboración de sus productos y de los cálculos actuariales que se deriven de los mismos*».

Precisamente así se entendió en CSJ SC de 22 mar. 2007, rad. 1997-05125-01, a la que refiere la sustentación del embate, reconociéndole peso a material regulatorio de apoyo si el expediente está huérfano de alguna probanza sobre la expectativa cierta de vida, al indicar que

*[r]especto del tiempo de vida probable de la víctima, que el Tribunal contabilizó teniendo en cuenta las tablas de mortalidad suministradas por el DANE (...), debe observarse que en las mismas expresamente se señala que esa esperanza de vida representa los años que vivirán en promedio, los recién nacidos "si las condiciones de mortalidad observadas en un período no cambian durante toda su vida", tablas que por lo demás, como ha definido la Corte, han de tomarse en cuenta si no existe otra prueba de la cual pueda deducirse esa probabilidad de vida.*

b.-) La ocurrencia de un error de derecho porque se dejó de practicar una experticia de oficio tampoco se configura, puesto que no se daban los supuestos para que eso sucediera, ya que como se dijo en SC15746-2014

*[t]ambién se produce este desfase cuando el sentenciador, sin razón y existiendo serios motivos para que lo haga, no acude a las facultades conferidas por los artículos 37 numeral 4, 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil de decretar pruebas de oficio necesarias para la comprobación de «los hechos relacionados con las alegaciones de las partes», sin que ello conlleve suplir las cargas desatendidas por estas y que le son propias, sino el esclarecimiento de aquellas situaciones que obstruyen el deber de administrar pronta y cumplida justicia, pero siempre y cuando esa omisión tenga relevancia en la forma como se desató el pleito (...) Es así como su práctica se hace imprescindible, entre otros, en asuntos de filiación, para identificar la relación genética de los involucrados; en los trámites de pertenencia, donde es obligatoria la inspección judicial del bien, salvo cuando se trata de viviendas de interés social; y cuando se requieren para imponer una condena resarcitoria integral, al ocasionar un perjuicio que debe ser indemnizado (...) Sin embargo, una recriminación por este sendero sólo se verifica si el medio de convicción está claramente*

*sugerido o insinuado en el expediente, porque de no ser así, se estaría desconociendo la discrecionalidad con que cuenta el fallador al respecto. Ello ocurre, por ejemplo, cuando obra la prueba aunque indebidamente aducida o incorporada, hipótesis en la cual, de ser trascendente en la decisión, se hace imperioso regularizarla, porque de no hacerlo se produce una grave desatención de los elementos que conforman el plenario.*

Establecida como quedó la obligación indemnizatoria, correspondía al sentenciador fijar las partidas a compensar y, en caso de no contar con los elementos suficientes para precisarlas, acudir al artículo 307 del Código de Procedimiento Civil.

Sin embargo, eso no fue necesario frente al lucro cesante, porque se encontró a mano lo indispensable para ese propósito, esto es, los registros civiles de nacimiento de María Victoria y su hijo, el de defunción de aquella, la información del cónyuge y la determinación de «*la vida probable desde el 10 de enero de 2000, según lo acordado en la Resolución 1555 del 30 de julio 2010 de la Superfinanciera, atendiendo al hecho de que es acorde con la fecha de esta decisión*».

La viabilidad de ese acto administrativo para tenerlo en cuenta como indicador de «*vida probable*» no se puso en duda por el opugnador, ya que el disentimiento radica en que las condiciones de salud de la fallecida no estaban acordes con las de la Resolución, esto es, supeditó su inaplicación a la verdadera expectativa de «*vida*» de la paciente tomando en cuenta el estado de salud para la

época de los hechos, lo que no era posible ya que para ello era imprescindible la «resección» cuya omisión fue el origen del pleito.

Por lo anterior, si se dedujo una mala praxis lesiva a los intereses de los promotores y existían herramientas para fijar lo que les hubiera reportado en vida la colaboración y apoyo económico de su pariente en condiciones normales, era innecesario el decreto oficioso de una experticia que no aportaría nada nuevo al litigio y que tampoco aparecía sugerida como indispensable por las particularidades del caso.

c.-) En lo que respecta a los perjuicios morales, por sentado se tiene que su estimación es de competencia exclusiva del juez aplicando el «*arbitrium judicis*», esto es, su recto criterio frente a lo que estime acreditado y dentro de límites de razonabilidad, sin que sea un asunto delegable a peritos o expertos.

En CSJ SC 18 sep. 2009, rad. 2005-00406-01, precisó la Sala que

*(...) para la valoración del quantum del daño moral en materia civil, estima apropiada la determinación de su cuantía en el marco fáctico de circunstancias, condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, situación o posición de la víctima y de los perjudicados, intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre y demás factores incidentes conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador (...) Por consiguiente, la Corte itera que la reparación del daño causado y todo el daño*

*causado, cualquiera sea su naturaleza, patrimonial o no patrimonial, es un derecho legítimo de la víctima y en asuntos civiles, la determinación del monto del daño moral como un valor correspondiente a su entidad o magnitud, es cuestión deferida al prudente arbitrio del juzgador según las circunstancias propias del caso concreto y los elementos de convicción.*

Estériles resultan los argumentos del impugnante para la reducción del *«daño moral a lo que resulte probado, en otras palabras, a sus justas proporciones»*, con amparo en que no se decretó una prueba de oficio, sin cuestionar los parámetros que llevaron al *a quo* a fijarlos y al Tribunal a convalidarlos.

d.-) La aplicación del artículo 2344 del Código Civil en vista de la *«concausalidad en la producción del hecho dañino»*, aparece como un agregado a lo expuesto en el *«cargo anterior»*, lo que va en contra de las exigencias formales, que exigen autonomía en su planteamiento.

7.- Consecuentemente, la acusación no prospera.

8.- Teniendo en cuenta que la decisión es desfavorable a los recurrentes, de conformidad con el último inciso del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con el 19 de la Ley 1395 de 2010, se les condenará en costas.

9.- Se fijarán en esta misma providencia las agencias en derecho. Para su cuantificación se tendrá en cuenta que los accionantes y la aseguradora replicaron (folios 147 al

161 y 178).

#### IV.- DECISIÓN

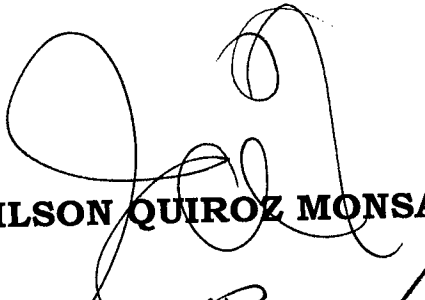
En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia de 29 de enero de 2013, proferida por la Sala Civil de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Henry García Donado, quien actúa en nombre propio y en representación de Andrik Sebastián García Rojas; Diego Julián y Janeth Lucía Rojas Guarín; Victorino Rojas y Martha Lucía Guarín de Rojas, a título personal y como padres de Andrés Felipe Rojas Guarín, contra la Entidad Promotora de Salud Famisanar Limitada Cafam y Colsubsidio, y el Hospital Universitario San Ignacio, al que fue llamado en garantía Liberty Seguros S.A.

Costas a cargo de los opositores y a favor de los demandantes y la tercera interviniente, que serán liquidadas por la Secretaría, e incluirá en estas la suma de seis millones de pesos (\$6'000.000) por concepto de agencias en derecho.

**NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE**

  
**MARGARITA CABELLO BLANCO**

  
**FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ**

  
**AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO**

  
**LUIS ALONSO RICO PUERTA**

  
**ARIEL SALAZAR RAMÍREZ**

  
**LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA**