



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Magistrado ponente

SC778-2021

Radicación n.º 05001-31-03-010-2010-00613-02

(Aprobado en sesión virtual de veintinueve de octubre de dos mil veinte)

Bogotá, D. C., quince (15) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la demandada **Salud Total S.A EPS** contra la sentencia proferida el 10 de junio de 2014 por la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín, dentro del proceso ordinario de responsabilidad civil seguido por **Hugo Raúl Ayala Osorio** -quien actúa en nombre propio y en representación de sus hijos menores **Daniela y Anderson Ayala Cuadrado**-, **Joaquín Cuadrado y Cecilia Mayoriano** -quienes actúan en su propio nombre y en representación de su hijo menor **Yamir Cuadrado Mayoriano**, y **Carmen Cecilia, Jaider Luis, Naira, José Joaquín, Yeiner, Néder, Luis Jerónimo, Javier Enrique y Yomaira Cuadrado Mayoriano**, contra la recurrente y la **Sociedad Médica Antioqueña S.A. Soma**, la que llamó en garantía a la **Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza S.A.**

I. ANTECEDENTES

A. Pretensión

Con demanda repartida al Juzgado 10° Civil del Circuito de Medellín, los demandantes mencionados convocaron a las referidas sociedades, a efectos de que se las declare de manera conjunta, solidaria o separadamente, civilmente responsables de la muerte causada a Nilvia Isabel Cuadrado Mayoriano. Y se las condene a pagarles perjuicios morales y materiales (daño emergente y lucro cesante) estimados en el libelo, *“como consecuencia de la omisión, interrupción, renuencia y tardanza injustificada en la prestación de los servicios de salud, por parte de los demandados, al no realizarle correctamente el tratamiento ordenado por los galenos (trasplante de médula), y que le ocasionó la muerte”* (f. 9, c. 1).

Por perjuicios morales, para cada uno de los hijos de la fallecida y su compañero permanente, el equivalente a 1000 salarios mínimos. Para sus padres Joaquín y Cecilia, el equivalente a 500 salarios mínimos. Y para cada uno de sus ocho hermanos, el equivalente a 300 salarios mínimos.

Por daño emergente, la suma de \$13.000.000 en gastos de transporte, medicamentos y funerarios, a favor de sus padres y hermanos. Por lucro cesante, la suma de \$228,993,600, monto obtenido con base en la edad probable

de vida de Nilvia Isabel, su edad al momento del deceso (39 años) y su trabajo.

B. Causa petendi

Como sustrato fáctico se alega, en síntesis:

1. Nilvia Isabel Cuadrado Mayoriano (19 de abril de 1969 - 31 de mayo de 2008) fue diagnosticada con la enfermedad catastrófica denominada leucemia mieloide crónica, por lo cual fue hospitalizada en diferentes oportunidades y sometida a varios tratamientos y procedimientos, incluyendo la quimioterapia.

2. El médico tratante, Mauricio Lema Medina, oncólogo y hematólogo vinculado a la EPS demandada Salud Total a través de la Clínica Soma, le prescribió una cirugía de trasplante de la médula ósea alogénico *para poder salvarle la vida, dado el estado avanzado de la enfermedad, para poder lograr su mejoría*. Para ello se requería un estudio de biología molecular para BCR ABL (citogenética cariotipo en médula ósea) que definiera el donante compatible de su familia, procedimiento que, habiendo sido negado por la EPS, hubo de acceder a él por orden de un juez de tutela -en fallo del 5 de mayo de 2007-. Con esta providencia también se dispuso, como medida provisional, la realización de quimioterapia ordenada por el galeno tratante.

3. Realizado el estudio y conseguido el familiar que podía ser donante, el oncólogo tratante ordenó la intervención quirúrgica. Sin embargo, la EPS demandada se negó a autorizarlo, de modo que *“por dicha negativa y la demora para su decisión fue que la señora Nilvia Isabel Cuadrado Mayoriano falleció queriendo ganarle la batalla al cáncer, pues todavía contaba con la opción más benéfica al realizarle el tan mencionado trasplante pero por la negligencia de la EPS Salud Total murió en dicho intento”* (f. 8, c. 1). Reiteran los actores que por la negligencia de las demandadas fue que Nilvia Isabel falleció, cuando le quedaban esperanzas de salvar su vida, de recuperar su salud.

4. Nilvia Isabel era hija de Joaquín Cuadrado y Cecilia María Mayoriano. Hermana de Yamir, Carmen Cecilia, Jaider Luis, Naira, José Joaquín, Yéiner, Néder y Luis Gerónimo Cuadrado Mayoriano. Compañera por 14 años de Hugo Raúl Ayala Osorio, con quien procreó dos hijos, Daniela y Anderson. Y tenía además dos hijos anteriores, Yomaira y Javier Enrique. Todos, por razón de su deceso, han sufrido los perjuicios reclamados.

C. Admitida la demanda (f. 118), la Sociedad Médica Antioqueña S.A. -en adelante Soma-, la contestó con oposición a las pretensiones y formulación de las excepciones de mérito que denominó “ausencia de culpa”, “no atribuibilidad a Soma de la muerte de la paciente” y “petición excesiva de perjuicios”. Explicó que Nilvia recibió quimioterapia y que además requería del trasplante de médula ósea alogénico, recomendado por su médico tratante, doctor Lema, procedimiento que no se podía

realizar en la Clínica Soma por carecer de la infraestructura necesaria. Así las cosas, expidió la orden correspondiente y en el entretanto recibió tratamiento con un medicamento de nombre Imatinib.

Llamó en garantía a la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza S.A. -a propósito de una póliza de responsabilidad civil-. Apersonada, la llamada manifestó no constarle los hechos invocados por los actores y se opuso a sus pretensiones. Planteó como excepciones las que denominó “ausencia de negligencia, impericia o imprudencia-falta de prueba de la ocurrencia del siniestro”, “incumplimiento en autorizaciones e intervenciones no son asuntos imputables al tomador/asegurado Clínica Soma/responsabilidad contractual de la EPS Salud Total”, “exclusión” de daño moral y lucro cesante, “inexigibilidad de reembolso de gastos judiciales”, “falta de prueba del siniestro y de su cuantía”, “máximo valor asegurado y deducible”.

Por su parte, la EPS Salud Total S.A., al oponerse a las pretensiones de los demandantes (f. 148, c. 1 y fls. 157 a 159), formuló los medios defensivos que denominó “no existencia de la obligación de cubrir el cargo económico por parte de Salud Total”, “reducción de la indemnización por pérdida de oportunidad”, “ausencia de culpa”, “inexistencia de requisitos para la realización del procedimiento” fundamentada en que de acuerdo con la Ley 73 de 1988 y el Decreto 2493 de 2004, referente a los trasplantes de órganos y componentes

anatómicos, deben cumplirse ciertos requisitos para su realización por lo que a pesar de que una paciente sea apta, no significa que en forma automática se acceda al trasplante pues existe un protocolo y otros requisitos previos que deben ser cumplidos para la autorización por parte de la EPS. Explicó que según el concepto de la doctora Carmen Rosales, médica especialista en hematología, la paciente Nilvia Isabel Cuadrado no era todavía candidata a trasplante alogénico, es decir, no se encontraban reunidas las condiciones clínicas adecuadas para ese procedimiento que, si bien era el recomendado por el doctor Mauricio Lema, había y pueden en efecto existir criterios y escuelas médicas diferentes, respetables en virtud del principio de la discrecionalidad científica. Agregó además que no autorizó el estudio de la citogenética por no estar incluido en el plan obligatorio de salud y por tanto no estaba obligada a cubrir su cargo económico.

Manifestó haberse atendido al fallo de tutela que ordenaba el estudio citogenético y, prescribía, en atención a su exclusión del POS, su recobro al Fosyga. Expresó: *es importante anotar que cuando un procedimiento no está comprendido dentro del plan obligatorio de salud se acude a la tutela para que el juez ordene efectuarlo. Igualmente para poder realizar el tratamiento se requiere que el paciente reúna las condiciones clínicas adecuadas, en especial cuando se trata de trasplantes*” (f. 149, c. 1).

D. El Juzgado de Descongestión Octavo Civil del Circuito de Medellín puso fin a la instancia con sentencia (fls. 344 a 368, c. 1), en que absolvió de las pretensiones a la

Sociedad Médica Antioqueña S.A. -Soma-, así como a la llamada en garantía Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza. Decretó la falta de legitimación en la causa por activa de Javier Enrique Cuadrado por no acreditar su relación de consanguinidad con la causante Nilvia Isabel Cuadrado. Desestimó las excepciones de mérito propuestas por la EPS Salud Total S.A. a la que, tras declararla responsable de la muerte de Nilvia Isabel, la condenó al pago de 100 salarios mínimos por perjuicios morales a favor de Daniela y Anderson Ayala Cuadrado, Yomaira Cuadrado Hugo Raúl Ayala, y, por el mismo concepto, el equivalente a 70 salarios mínimos mensuales legales vigentes a favor de Joaquín Cuadrado Pacheco, Cecilia María Mayoriano ballesta, Yamir, Carmen Cecilia, Jaider, Naira, José Joaquín, Yeiner, Néder y Luis Cuadrado Mayoriano.

E. El fallo del *a quo* fue recurrido en apelación por la parte actora y la Sociedad Médica Antioqueña S.A. La alzada fue desatada por el Tribunal con la sentencia objeto del recurso de casación, en la cual confirmó la decisión de primera instancia, pero con reducción de la cuantía del daño moral que fijó en 60 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de Daniela y Anderson Ayala Cuadrado, Yomaira Cuadrado Mayoriano y Hugo Raúl Ayala Osorio. Y en 30 salarios mínimos para Joaquín Adelmo Cuadrado Pacheco, Cecilia María Mayoriano Ballesta, Yamir, Carmen Cecilia, Jaider Luis, Maira Luz, José Joaquín, Yeiner Antonio, Néder Libardo y Luis Jerónimo Cuadrado Mayoriano. Revocó además la sentencia

complementaria del juzgado, pues a la parte actora se le había concedido amparo de pobreza.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Luego del usual resumen del litigio, precisa la Corporación *ad quem* las críticas que cada uno de los apelantes formula al fallo objeto de la alzada. El reproche de Salud Total S.A. al fallo se circunscribe a que dejaron de valorarse algunas pruebas. Que se demostró, con el testimonio del médico tratante, que la probabilidad de supervivencia a largo plazo, muy parecida a la curación, hubiera sido entre el 60% y el 80%, con lo cual existió un porcentaje de probabilidad entre el 20% y el 40% de que la paciente, aun con trasplante, falleciera, por lo que la condena debía tener en cuenta esta circunstancia. Es decir, que sólo se pueden indemnizar los perjuicios según el porcentaje de probabilidades de vida - con el trasplante- de Nilvia Isabel.

Seguidamente, memora que, ante la negativa de la EPS de autorizar los estudios requeridos para la procedibilidad del trasplante, el compañero permanente de la occisa hubo de formular ante el juez constitucional acción de tutela, en virtud de la cual, en sentencia del 5 de mayo de 2006 proferida por el Juzgado Sexto Civil Municipal de Medellín, se concedió el tratamiento integral. Y que frente a este hecho -que es el Décimo-segundo de la demanda- la respuesta de Salud Total S.A. contiene una confesión que vulnera el ordenamiento jurídico al haber afirmado que “*cuando un procedimiento no está comprendido dentro del plan obligatorio de salud se acude a la tutela para*

que el juez ordene efectuarlo” (f. 24, c. 7). También se hizo referencia a la sentencia de unificación SU- 480 de 1997 de la Corte Constitucional, que recuerda que cuando un medicamento o tratamiento no se encuentra en el plan obligatorio de salud y la enfermedad que sufre el peticionario es catastrófica o ruinosa, debe la EPS, sin dilación ni obstáculo alguno, suministrar lo necesario y puede repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía.

Precisa, además, que según los hechos de la demanda se atribuye a Salud Total S.A. la vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de Nilvia Isabel Cuadrado al haberse aquella negado a autorizar un tratamiento requerido por esta, de acuerdo con el concepto médico del oncólogo que la trataba desde sus inicios.

Luego de transcribir un precedente de esta Corporación alusivo al error culposo y al diagnóstico y tratamiento en el deber asistencial que incumbe a los médicos, dice el *ad quem* que los demandantes allegaron un documento *“remitido por Salud Total EPS, vía fax el 25 de febrero de 2008, contentivo de la comunicación del 27 de octubre de 2007 que remitió Carmen Rosales, médica con especialización en medicina interna y hematología al doctor José Aníbal de Castro, aunque dicha comunicación no aparece suscrita por su remitente. (fl. 63, c-1)”* (f. 48, c. 7). Que en relación con dicho mensaje, el 12 de octubre de 2011 el gerente de la Clínica Marly S.A. remitió copias de los documentos y del staff médico. Que la Coordinadora Administrativa de la Unidad de Trasplante de Médula de la Clínica Marly dio respuesta al oficio 3836 y adjuntó copia de varios documentos.

Prosigue con la comunicación en que, el 17 de julio de 2011, la Coordinadora Jurídica Médica y la Secretaria General y Jurídica de Salud Total EPS S.A., doctora Ivonne Cabrera Góngora, solicita a la doctora Carmen Rosales el envío de las copias de los soportes y el concepto emitido en su momento - que contuviera los fundamentos técnicos que lo respaldaran-.

Anota la Corporación:

“curiosamente aparece comunicación del 21 de junio de 2011, dando respuesta a la solicitud de la doctora Cabrera Góngora, dando explicaciones por las cuales se recomendó el uso del medicamento Imatinib y no la realización de trasplante de médula ósea como tratamiento de primera línea, nuevamente dicha comunicación carece de firma de la doctora Carmen Rosales Oliveros, aunque a folios 206 del cuaderno principal sí aparece la rúbrica” (f. 49, c. 7).

De lo dicho concluye el Tribunal que el concepto del 25 de octubre de 2007 no estuvo precedido del análisis que requería, pues se basó en el estudio que hizo la doctora Carmen Rosales quien, “en primera persona”, dijo haber revisado el resumen de la historia clínica de la paciente. Y que teniendo en cuenta su diagnóstico, debía realizarse un estudio de biología molecular para BCR-ABL y así definir el uso del Imatinib en primera línea de tratamiento y que además “no es candidata a trasplante alogénico en este momento” (f. 50).

Para el Tribunal resulta extraño que esta profesional hiciera mención a una junta de hematología y trasplante de la Clínica Marly “cuyo soporte documental es inexistente, como que ni siquiera consta concepto escrito alguno del pretendido staff médico, a lo

que se suma que para llevar adelante un trasplante de médula ósea, según su mismo dicho, el paciente debe ser evaluado en una consulta que se conoce como evaluación pre trasplante, que debe tener la indicación para la realización del mismo la que se presenta en la junta de trasplante y se hace solicitud médica de autorización a la entidad prestadora del servicio” (ibídem).

En suma, para el Tribunal lo que queda demostrado es que el competente para definir los servicios que requería la paciente era su médico tratante, que era quien la conocía y estaba capacitado para decidir con base en criterios científicos, no desvirtuados por la EPS demandada, quien -sin valorar a la paciente y con el único argumento de que se hizo una revisión a la historia clínica-, negó la recomendación de aquel galeno, no obstante estar adscrito a esa entidad. Insiste este juez colegiado en que no se demostró que el concepto del oncólogo se hubiese estudiado por parte de un equipo de profesionales que pudiese valorar, aprobar o descartar esa recomendación.

Tras recordar lo que enfatizó el *a quo* en cuanto a que en la historia clínica de Nilvia Isabel Cuadrado quedó registrado que su médico tratante ordenó *una y otra vez* que debía procederse *con la mayor premura* al trasplante de la médula ósea como la mejor opción para la paciente (trasplante ordenado desde el 5 de octubre de 2006). Subraya que ese galeno atribuyó el deceso de Nilvia a su leucemia, a pesar de que el 27 de agosto de 2008 se había encontrado un donante histocompatible, por lo que, dice el Tribunal, “*debió prevalecer la consideración del médico tratante pues era la que brindaba mayor probabilidad para alcanzar la finalidad propuesta*” (f. 51, c. 7), profesional que gozaba de cierta discrecionalidad para elegir

dentro de las alternativas que la medicina ofrecía, “*y es obvio que el tratamiento no comenzó a la mayor brevedad posible como lo reclamaban las circunstancias, negándosele a la paciente una oportunidad para mejorar sus dolencias*” (ibídem).

De frases incluidas en los hechos de la demanda, el Tribunal infiere que ese libelo menciona la llamada *pérdida de la oportunidad*, como -dice- lo entendieron las partes y el juez, por lo que se trata de un asunto que no está en discusión.

Con apoyo en tal afirmación, una vez calificada la *pérdida de la oportunidad* como un daño autónomo, transcribe precedente de la Sección Tercera del Consejo de Estado, para luego apuntar que este tipo de daño exige la existencia de una relación causal entre la frustración de la legítima oportunidad del perjudicado y la actuación antijurídica de quien causa el perjuicio, a más de un balance de probabilidades que arrojen un saldo favorable atendidas las estadísticas y la posibilidad de cuantificar esa oportunidad frustrada.

Precisa que no se puede imputar causalmente a la EPS el resultado final que padeció la paciente, pues ello obedeció a un proceso natural, pero el balance de probabilidades arroja un saldo favorable. “*De haber seguido el curso normal y ordinario del tratamiento médico era probable que obtuviera ventaja para la recuperación de su salud*” (f. 54). Para el Tribunal, no hubo comportamiento oportuno, diligente, adecuado de la EPS por lo que es dable concluir que la mora para la cura o alivio de Nilvia Isabel derivó en agravamiento de su mal, de lo cual deduce la responsabilidad por negligencia de la EPS por la “no

práctica en forma oportuna y satisfactoria del tratamiento recomendado” (f. 56).

Anticipando que va a confirmar la sentencia en cuanto declaró la responsabilidad de la EPS Salud Total S.A., advierte que su apoderado solicita la reducción de la condena, “*puesto que en aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad la indemnización de perjuicios debe calcularse no al 100%, como lo hizo el a quo si no en un porcentaje del 60% al 80%*” (ibídem). Por consiguiente, no sin antes aludir con fragmentos jurisprudenciales al daño moral, precisa que lo indemnizable no es propiamente el resultante de la muerte de Nilvia Isabel, que obedeció a un proceso natural, pero sí la esperanza probable de obtener un beneficio favorable de los familiares cercanos, que se traduce en que Nilvia Isabel hubiese tenido mejor calidad de vida, que el deterioro que ocasionaba la enfermedad fuera más llevadero.

Además de referirse a la apelación de la parte demandante, cuyo resumen acá no es pertinente porque no forma parte del debate casacional, el Tribunal redujo el monto de la condena.

III. LA DEMANDA DE CASACIÓN

La demanda contiene tres cargos: dos por violación indirecta de las mismas normas sustanciales, pero uno encaminado por error de hecho y otro por error de derecho. Y un tercero que denuncia incongruencia del fallo, a cuyo estudio, por razones de lógica, se emplea la Corte en primer lugar, para seguir luego con los otros, examinados en forma conjunta por compartir consideraciones.

Por lo demás, se precisa lo siguiente: este trámite está gobernado por el Código de Procedimiento Civil -por así disponerlo el numeral 5° del artículo 625 del Código General del Proceso-.

TERCER CARGO

Con estribo en la causal prevista en el numeral segundo del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, en este cargo se acusa la sentencia impugnada de incurrir en incongruencia al haber modificado la causa de la pretensión. Recrimina del *ad quem* no haber efectuado un juicio sobre la demanda, ni sobre la interpretación que podía dársele.

Recuerda que como la pretensión principal versó en que los perjuicios se causaron por la *omisión, interrupción, renuencia y tardanza injustificada en la prestación de servicios de salud*, se formuló con base en una culpa, un daño y un nexo causal muy precisos. Y no en una relación de causalidad entre la falla médica y la pérdida de la oportunidad.

De otra parte, arguye que el numeral segundo de la pretensión no se refirió a una condena porcentual de la indemnización, como técnicamente debió haberse solicitado.

CONSIDERACIONES

A la luz de la regla dispositiva que predomina en el procedimiento civil, debe el juez, al dictar el fallo con el cual dirime la controversia, respetar los límites o contornos trazados por las partes (pretensiones o excepciones) y en los fundamentos fácticos en que se basan -salvo el caso de las excepciones que la ley permite-.

En eso consiste la congruencia o consonancia de la sentencia, según lo establecen los artículos 305 y 306 del Código de Procedimiento Civil. Debe el juez, pues, y salvo aquellas excepciones¹, fallar dentro del marco que le trazan las partes.

Su incumplimiento es de antaño inscrito en una de estas tres posibilidades: primero, cuando en la sentencia se otorga más de lo pedido, sin que el juzgador estuviese facultado oficiosamente para concederlo (*ultra petita*). Segundo, cuando en la sentencia olvida el fallador decidir, así sea implícitamente, alguna de las pretensiones o de las excepciones formuladas (*mínima petita*). Y tercero, cuando en el fallo decide sobre puntos que no han sido objeto del litigio (*extra petita*). Y, desde 1989, con apoyo en hechos diferentes a los invocados (inconsonancia fáctica u objetiva).

Adoptada esta última modalidad en la reforma de ese año (decreto 2289), de origen jurisprudencial y rastreable a los años 70, y ampliada consecuentemente la causal de casación que protege la esperada congruencia de los fallos, pronto

¹ Ahora ampliadas en el Código General del Proceso, para asuntos de familia y agrarios, en los términos de los parágrafos primero y segundo de su artículo 281.

surgió la necesidad de distinguir con precisión, en el ámbito casacional, esa incongruencia fáctica u objetiva del error de hecho en la interpretación de la demanda, con lo cual se salvaba el acrisolado postulado de la autonomía e independencia de las causales de casación².

En esta sentencia de casación, entre otras más que luego le siguieron, quedó disipada esa aparente confusión:

[C]onsagrada positivamente dicha discrepancia [inconsonancia con los hechos aducidos en la demanda] como fenómeno de incongruencia de los fallos judiciales, bien vale la pena observar, para no convertir en error in procedendo, lo que típicamente es un yerro in judicando, enmendable por la causal primera de casación, que el vicio de inconsonancia en la modalidad comentada solamente se estructura en el evento en que el juez, apreciando correctamente los hechos constitutivos de la causa para pedir o para excepcionar, y por tanto, alejado de cualquier labor interpretativa en torno al escrito de demanda o de excepciones, concluya que no son los hechos relacionados en dichas piezas procesales los que le sirven de fundamento para condenar o absolver, sino otros diferentes, no aducidos por el demandante ni alegados por el demandado, como quiera que tal es la filosofía que inspiró el aludido cambio

² “El postulado de la separación o autonomía de las causales de casación, el cual consiste, por lo general, en que cada una de ellas la acompañan motivos propios, distintos por su naturaleza y ello implica que los argumentos esgrimidos para cuestionar el fallo deban formularse al amparo exclusivo de la causal respectiva; quiere ello significar, que le está vedado elaborar planteamientos mixtos o híbridos con el propósito de cobijar en un mismo cargo varios motivos, porque como tiene dicho la jurisprudencia ‘quien decide impugnar una sentencia en casación no puede lanzarse a invocar promiscuamente las diversas causales, sino que ha de saber con exactitud, en primer lugar, qué tipo de yerro cometió el fallador, y en segundo lugar, aducir la causal que para denunciarlo está previsto en la ley’ (auto de 11 de octubre de 2002, expediente 11001-310-3011-1997-09637). (...)”. (Subraya fuera de texto). (Auto aprobado 27 de septiembre de 2012, radicación n. 2009-00359-01” (SC12024-2015 de 9 sep. 2015, rad. n° 73001 31 03 003 2009 00387 01.

jurisprudencial” (Cas. Civ. del 24 de noviembre de 1993, exp.No. 3875, subraya fuera de texto).

En desarrollo de lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, se reclama que todos los cargos elevados en una demanda de casación sean expuestos en forma clara y precisa. Esto es, aplicado a la causal segunda invocada acá, se exige una labor de comparación entre los extremos que marcan los confines que debe respetar el juez en su fallo y lo que en este se advierte, de modo que aflore la contravención a tales límites. En otras palabras, la falta de consonancia de la sentencia debe afinarse a partir de una comparación entre lo pedido por las partes en la etapa de la *litiscontestatio* y los hechos aducidos por el pretensor frente a lo decidido por el juzgador, sin que sea del caso auscultar en la parte motiva las razones de esa decisión (cfr. GJ. T. LXXVIII, pág. 882).

El cargo que se examina plantea una especie híbrida de incongruencia, en tanto recrimina al Tribunal haber concedido una pretensión no formulada, con base en la modificación de la *causa petendi*. En una palabra, diríase que el cargo invoca el reconocimiento de una doble incongruencia, extrapetita y fáctica.

En procura de verificar esa disonancias, observa la Corte que la demanda genitora del proceso persigue que se declare responsables a Salud Total EPS S.A. y a la Sociedad Médica

Antioqueña S.A. -Soma- *“de la muerte causada a la señora Nilvia Isabel Cuadrado Mayoriano”*. Y, consecuentemente, se les condene a pagar todos los perjuicios morales y materiales *“como consecuencia de la omisión interrupción, renuencia, tardanza injustificada en la prestación de los servicios de salud por parte de las demandadas al no realizarle correctamente el tratamiento ordenado por los galenos (trasplante de médula), y que le ocasionó la muerte al ser querido”* (f. 9).

La sentencia del Tribunal confirmó el fallo del *a quo*, salvo lo concerniente a la cuantía de los perjuicios morales, que disminuyó de 100 a 60 salarios mínimos legales mensuales vigentes para unos demandantes. Y de 70 a 30 salarios mínimos para otros. Lo que significa que mantuvo o confirmó, y así lo dijo, las otras declaraciones del juzgado, esto es, la primera, que absolvió a la demandada Sociedad Médica Antioqueña S.A. -Soma- y a la aseguradora llamada en garantía. La segunda, que decretó la falta de legitimación en la causa por activa de Javier Enrique Cuadrado Mayoriano. La tercera, que desestimó las excepciones de mérito propuestas por Salud Total EPS S.A. Y la cuarta, sobre todo esta, que en la numeración del juzgado se identifica erróneamente como tercera, en cuanto señaló: *“en consecuencia con lo anterior, se declara civilmente responsable a la demandada salud total EPS S.A., de la muerte de la señora Nilvia Isabel Cuadrado Mayoriano acaecida el 31 de mayo de 2008 en la ciudad de Medellín”* (f. 367, c. 1)

Por consiguiente, para la Corte es claro que no se configura la acusada incongruencia *extra petita*, dado que el Tribunal, al confirmar la sentencia del juzgado, también

declaró responsable a la demandada de la muerte de Nilvia Isabel Cuadrado Mayoriano -y eso fue exactamente lo pedido por los actores-.

Ahora bien, en forma antitécnica la demanda inaugural introduce unos elementos causales o fácticos, en las pretensiones, atinentes a que dicha responsabilidad fue el producto de una conducta desplegada por los demandantes. Pero más allá de ello, si se busca la causa de pedir en donde toca, a efectos de verificar la incongruencia fáctica que también recrimina el recurrente en este cargo, se observa que también allí se reproduce la atribución de esas conductas (*“omisión, interrupción, renuencia y tardanza injustificada”*). Pero, fuera de ello, se advierte que el Tribunal se detuvo en más hechos de la demanda para indicar, entre otras cosas, que allí *“se utilizaron las expresiones salvar su existencia y mejorar su calidad de vida, o que falleció queriendo ganarle la batalla al cáncer pues todavía contaba con la opción más benéfica, que falleció de la manera más triste porque todavía le quedaban esperanzas de salvar su vida y recuperar su salud; que resultó vulnerado su derecho a la salud en conexidad con la vida; que de haberse autorizado y realizado el trasplante, la occisa aún se encontraría en el seno de su hogar, y finalmente, se dijo que hubo «omisión, interrupción, renuencia y tardanza injustificada en la prestación de los servicios de salud» (hechos 9º, 10º 14 a 17, fls. 6ª 9, C-1)”* (f. 52).

De estas locuciones infirió que el libelo mencionaba la llamada *pérdida de la oportunidad*. Y afirmó que así lo

habían entendido las partes y que ese asunto no estaba en discusión.

Por lo tanto, lo que se desprende es que, en relación con la razón de pedir, el Tribunal lo que hizo fue interpretar la demanda, por lo demás de acuerdo con lo que el propio recurrente en casación también había entendido desde el inicio, posición de la cual ahora se separa, en cuestionable postura lejana a la lealtad procesal a que debe ceñirse y honrar.

En efecto, en la contestación a la demanda propuso como excepción la *"reducción de la indemnización por pérdida de oportunidad: dado que el presente caso se fundamenta en que por la negligencia de las entidades demandadas Nilvia Isabel Cuadrado Mayoriano falleció y que a la paciente «todavía le quedaba la esperanza de salvar su vida y recuperar su salud» (hecho 15) nos encontraríamos frente a lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado la pérdida de la oportunidad... [sigue acá un fragmento de jurisprudencia de la Corte Suprema y otro del Consejo de Estado atinentes a esa modalidad de daño]... De acuerdo con lo anterior, en el evento en que se demuestren todos los requisitos de la pérdida de oportunidad de vida de Nilvia Isabel Cuadrado Mayoriano, la indemnización que sólo podría conceder el juez debe calcularse con el porcentaje de probabilidades de sobrevida que tenía la paciente mediante el trasplante"* (f. 153 y 154, corchetes de la Corte).

En su alegato de conclusión -en primera instancia- no se refiere el apoderado de la EPS a la *pérdida de la oportunidad*. Empero, en su alegato de sustentación del recurso de apelación, nuevamente destina un acápite a la

"reducción de la indemnización por pérdida de oportunidad". Allí critica al juzgador de haber encontrado probado el nexo causal. Y lo critica porque, de conformidad con el testimonio de Mauricio Lema, tan sólo existió un porcentaje de probabilidad de que la paciente aun con el trasplante sobreviviera. Y reitera la interpretación que le dio a la demanda: *"es importante señalar que en el hecho 15 de la demanda se afirma que por la negligencia de las entidades demandadas Nilvia Isabel Cuadrado Mayoriano falleció y que a la paciente «todavía le quedaba la esperanza de salvar su vida y recuperar su salud», aspecto que ha sido denominado por la doctrina y la jurisprudencia, la teoría de la pérdida de la oportunidad según la cual cuando se frustran probabilidades de vida auguración se deben indemnizar únicamente tales posibilidades"* (f. 14, c. 7)

Mas, dejando de lado el repentino cambio de postura del impugnante (*venire contra factum proprium non valet*), es lo cierto que el asunto no es de alejamiento o desentendimiento de los hechos que fundamentan las pretensiones por parte del juzgador. No es, como gráficamente ha descrito esta figura la Corte, un error *in procedendo* por imaginación judicial (cfr. SC-070-1998 de 18 ag 1998, rad. n°C-4851). Se trata, mejor, de una interpretación del libelo inicial, acomodado además a lo que la contraparte comprendió y con insistencia se apoyó para obtener una reducción en la condena -hasta en su apelación-. Y ya se ha dicho que la interpretación es un fenómeno ajeno a la causal que soporta este cargo, cuyo fracaso, por tanto, se impone.

PRIMER CARGO

Con fundamento en la causal primera, se acusa la sentencia de ser indirectamente violatoria de las normas contenidas en los artículos 2341, 2347 y 2356 del Código Civil, como consecuencia de errores de hecho en la apreciación de la demanda (hechos 9°, 14°, 15° y 17°), la contestación al hecho 12°, el documento elaborado por Carmen Rosales, su testimonio y el de Mauricio Lema Medina.

En procura de sustentarlo, memora que cuando el Tribunal estimó que el monto de las condenas impuestas por el *a quo* era desproporcionado porque no se debía indemnizar -propiamente- el resultante de la muerte de Nilvia Isabel.

En relación con el concepto del 25 de octubre de 2007, suscrito por la doctora Carmen Rosales, recordó lo que dijo el Tribunal en cuanto a que no estuvo precedido del análisis que requería, pues esta profesional lo rindió en primera persona, siendo extraño que hiciese mención de la realización de una junta de hematología y trasplante de la Clínica Marly.

Lo anterior para el recurrente constituye un error de hecho por una mala apreciación de la prueba al exigir que el documento elaborado por la doctora Carmen Rosales tuviera que estar suscrito por personas diferentes a ella, *“para que le*

mereciera valor probatorio” (f. 11, c. Corte). Reitera que esta testigo explicó que a la Clínica Marly se le solicitó un concepto médico y no la realización de un trasplante.

Agrega que, con ningún documento, todos mal apreciados por el Tribunal, se puede acreditar que se haya privado a la paciente de la oportunidad de curarse o sobrevivir. Y que el Tribunal dejó de apreciar el signado por la doctora Carmen Rosales, que demostraba que Nilvia no era candidata a trasplante alogénico en ese momento. Esto es, se descarta una falla como requisito de pérdida de la oportunidad.

En relación con la declaración del doctor Mauricio Lema Medina, afirma que el Tribunal olvidó que ese testigo había afirmado que la paciente falleció por su leucemia, lo que descarta el nexo causal con una *pérdida de oportunidad*: la causa de la muerte fue la misma enfermedad.

Asimismo, que cercenó el testimonio de la doctora Carmen Rosales, quien señaló que desde 2006 la Sociedad Americana de Hematología y la Sociedad Americana de Trasplante de Médula Ósea habían indicado que el imatinib es un tratamiento de primera línea y el trasplante de segunda o tercera línea. Que la presencia de un donante apto no indica un trasplante pues ello está dado por el diagnóstico y por la evaluación del riesgo-beneficio. Por lo demás, se sostuvo que tales yerros son manifiestos, pues ni siquiera se transcribió en la sentencia ninguna de esas manifestaciones de la testigo.

Añade que el Tribunal también cometió error de hecho al apreciar erróneamente los hechos 9°, 14°, 15° y 17° de la demanda y así, *“cometió un error de juicio in judicando dado que apreció e interpretó la demanda, entendiendo hechos y peticiones de manera equivocada”*, pues el juzgador transcribió apartes de esos hechos (“poder salvarle la vida”, “salvar su existencia”, “la opción más benéfica”, “la esperanza de salvar su vida, de recuperar su salud”) como demostrativo de la apreciación de la demanda pero *abusó* de la facultad de interpretación. Entendió hechos y pretensiones de manera equivocada y supuso una pretensión que no fue formulada. Enfatiza que la demanda en forma clara y con mayúsculas se fundamentó en la *“omisión, interrupción, renuencia y tardanza injustificada en la prestación de los servicios de salud”*.

También le atribuye error en la apreciación de la contestación al hecho 12° de la demanda, porque en la sentencia se alude a una confesión. Pero allí no se admitió la existencia de responsabilidad civil, ni una falla constitutiva de uno de los elementos de la *pérdida la oportunidad*. Para terminar, referenció la frecuente utilización de la tutela para obtener una orden para la práctica de procedimientos o medicamentos, temas que no versaron sobre hechos que puedan producir consecuencias jurídicas, ni recae sobre un hecho respecto del cual se exija por ley otro medio de prueba.

SEGUNDO CARGO

En este cargo se acusa la sentencia de ser indirectamente violatoria de los artículos 2341, 2347 y 2357 del Código Civil como consecuencia de error de derecho por violación de las normas probatorias contenidas en los artículos 194, 195, 252 y 277 numeral 2° del Código de Procedimiento Civil.

El yerro del Tribunal, para el recurrente, estriba en la valoración del documento elaborado por Carmen Rosales Oliveros, al exigir que estuviera suscrito por otras personas para que le mereciera valor probatorio, en violación del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, porque, contrario a lo señalado, existe certeza de la persona que lo ha firmado y se presume auténtico. Infringió también el artículo 277 en su numeral 2° del mismo estatuto, porque el documento era emanado de un tercero, de contenido declarativo, anexo a la demanda no obstante lo cual ninguna de las partes solicitó su ratificación y en su testimonio la doctora Carmen Rosales admitió su autoría.

Y manifiesta que existe error en la apreciación de la contestación de la demanda (hecho 12), en cuanto el Tribunal creyó ver una confesión en la afirmación allí contenida, sin que se configuran los requisitos consagrados por los artículos 194 y 195 del estatuto procesal, en particular porque la referencia a la tutela y su frecuente utilización para obtener la orden judicial para la práctica de procedimientos o medicamentos no versa sobre hechos que puedan producir consecuencias jurídicas adversas, ni tampoco favorecía a la parte

demandante. Finaliza el cargo indicando que estos errores son trascendentes, pues evidencian que el Tribunal dio la espalda a las pruebas que desvirtuaban la existencia de la falla o nexo causal entre esta y la *pérdida de la oportunidad* que tiene la paciente para curarse o sobrevivir.

CONSIDERACIONES

Ambos cargos formulan ataques contra la sentencia por violación indirecta de las mismas normas sustanciales, esto es, los artículos 2341 (responsabilidad civil extracontractual -directa- con culpa probada), 2347 (responsabilidad civil extracontractual -indirecta- por el hecho ajeno) y 2357 del Código Civil (reducción de la indemnización por incidencia causal de la conducta de la víctima). Pero no se suministra ninguna explicación de la razón por la cual dichas normas fueron violadas. Esto no quiere significar que la Corte exija el concepto de la violación, que como se sabe, es un requisito suprimido desde 1989. Mas, si la causal primera se funda precisamente en la transgresión de normas sustanciales, elemento axial de ella es justamente la explicación de esa infracción. Esto es, la razón por la cual esas normas eran esenciales o debían ser esenciales en el fallo, o en el segmento del fallo que se controvierte. Queda sin saberse cuál es el fundamento por el cual el recurrente considera que hay o debe haber una disminución de la responsabilidad por la incidencia causal de la conducta del paciente. O por qué se utilizó o debió

utilizarse la responsabilidad indirecta. En ninguno de estos dos cargos aparece la explicación que la Corte echa de menos.

Adicionalmente, en el cargo primero se advierte otro defecto técnico: la ausencia de una fundamentación tendiente a demostrar el yerro, con claridad, precisión, completitud y sincronía o consonancia con los cimientos de la sentencia. Para el caso presente, se resalta que, si de omisión o tergiversación de una prueba se trata, esa fundamentación exige por lo menos un cotejo o comparación en que sobresalga, sin mayor esfuerzo, lo que la prueba evidencia y lo que el Tribunal derivó de ella. Esa demostración no se advierte en el cargo, en el cual figuran algunas acusaciones desenfocadas frente a lo que el Tribunal dijo. O afirmaciones de lo que las pruebas dicen sin que la labor de parangón o cotejo haya sido llevada a cabo por el censor.

En efecto, en relación con el concepto de la doctora Carmen Rosales Oliveros, solo se indica que el Tribunal le restó mérito probatorio, porque exigió que estuviese suscrito por personas diferentes de ella, ataque formulado por error de hecho y de derecho. Y sobre su testimonio, que ella explicó las etapas para la realización de un trasplante, que para el Tribunal fueron omitidas, etapas que no eran necesarias, pues a la doctora Rosales se le pidió un concepto y no un trasplante. Tales apreciaciones son el producto de desenfocos como pasa a precisarse.

El Tribunal examinó diversas piezas documentales, que, referidas al mismo documento, sin embargo, le parecieron diferentes, y por ese camino despertaron en él sospechas que minaron su credibilidad, asunto que evidentemente tiene que ver con la persuasión o poder de convencimiento que una prueba tiene en quien la evalúa. Pero no propiamente ocurrió que descartara la prueba por no merecerle valor probatorio, porque esta afirmación -incluida en el cargo primero- desvía la acusación hacia el error de derecho, que desarrolla el censor en el segundo, también frustráneo como enseguida se verá.

Ciertamente, la Corporación *ad quem* examina el concepto de la doctora Carmen Rosales recibido por Salud Total EPS por un fax del 25 de febrero de 2008 y contentivo del mismo, fechado el 27 de octubre de 2007, allegado por la parte demandante. Lo coteja con comunicación que en copia también allegó al proceso la Clínica Marly en respuesta a un oficio del juzgado (3836). Y advierte que el remitido por la Clínica aparece con membrete y con una firma diferente. Resalta que la Coordinadora Jurídica Médica de Salud Total, el 17 de julio (sic, léase junio) de 2011, preguntó a la doctora por los soportes del aludido concepto. Y que el 21 de junio de 2011 responde la galena con las explicaciones por las cuales recomendó el uso del medicamento Imatinib y no el trasplante de médula ósea como tratamiento de primera línea.

Este examen fue el que llevó al Tribunal a concluir que el concepto de la doctora Carmen Rosales “*no estuvo precedido del análisis que requería*”. Pero, además, como lo suscribe indicando

que ella fue quien revisó el resumen de la historia clínica (comienza el concepto con esta frase: “*he revisado el resumen...*”), entonces le parece extraño al Tribunal que la doctora Rosales luego mencione una junta de hematología y trasplante cuya participación, en el soporte documental, no encuentra. Y le resulta también extraño eso, si la misma doctora Rosales explica que hay un protocolo que debe seguirse para llevar adelante un trasplante, en que es protagonista la mencionada junta. Entonces concluye que el concepto del médico tratante de Nilvia Isabel no fue sometido a estudio por parte de un equipo de profesionales que pudiera descartar o aprobar la recomendación sobre el tratamiento.

Por consiguiente, contrastada la argumentación del Tribunal con las escuetas afirmaciones del censor sobre el aludido concepto y el testimonio de la doctora Carmen Rosales, aflora enseguida no sólo la falta de fundamentación del ataque, si no el desvío del que apenas se esbozó, pues resulta claro que el Tribunal no exigió que el concepto hubiese estado signado por otras personas o por los profesionales que conformaban la junta médica (el *staff*). Más bien se echó de menos la participación de esta en la exclusión del trasplante. Por lo demás, el Tribunal también discurrió que en el protocolo de trasplante de médula de esa institución figuraba un procedimiento en que tenía activa participación la prenombrada junta.

En consecuencia, resulta claro que no se configuran ninguno de los dos errores, de hecho o de derecho, pues el

desarrollo argumental del Tribunal conduce a entender que habiendo apreciado las pruebas, echó de menos la participación de una junta. Y concluyó de allí que el concepto del oncólogo tratante no fue debidamente examinado.

En segundo lugar, en el cargo primero el recurrente indica que ningún documento acredita que a la paciente se le haya negado la oportunidad de curarse. Esta es una afirmación cuya orfandad argumental impide a la Corte la realización de un cotejo para comprobar el error que se le imputa al Tribunal.

En cuanto a las declaraciones del doctor Mauricio Lema Medina, acusación contenida también en el primer cargo, más que una frase suelta que este haya pronunciado, (*“La paciente falleció por su leucemia”*), debe destacarse el contexto en que lo dijo, sin dejar de lado la profesión del autor de dicha declaración. Lo último, para decirlo de una vez, porque la “causa” de un fallecimiento ofrece diversas explicaciones según el punto de vista o profesión de quien la declara. Por ejemplo, si para un oncólogo puede serlo la leucemia (causalidad natural), para un abogado o juez puede obedecer a una conducta negligente (no hacer lo que debía hacerse, causalidad jurídica) imputada a una persona que puede tenerse por responsable.

Por lo demás, este profesional también indicó lo que viene:

tengo una idea general que esencialmente pues se está investigando la no realización de un procedimiento, pues como yo lo entiendo, que yo como médico tratante consideraba que estaba indicado consistente en un trasplante alogénico de médula ósea en una paciente con leucemia mieloide crónica con donante intrafamiliar ... que se consideraba potencialmente curativo y que no se realizó. La paciente falleció por su leucemia. Nilvia entró a mi servicio el 17 de abril de 2006 con un cuadro de esplenomegalia dolor abdominal y una leucocitosis extrema o sea unos glóbulos blancos muy altos, se le estableció el diagnóstico de leucemia y se le inició la investigación diagnóstica para poder orientar el tratamiento. Una vez se clarificó al diagnóstico con exámenes apropiados se le inició quimioterapia, tratamiento contra el cáncer de la sangre que tenía con agentes muy tóxicos como suele hacerse y se solicitó en cinco de octubre de 2006 los estudios de histocompatibilidad para establecer si alguno de los miembros de la familia eran donantes potenciales, mientras tanto se siguió con quimioterapia, lentamente se fueron revisando los estudios hermano por hermano hasta que el 27 de agosto de 2007 se encontró donante histocompatible intrafamiliar; en ese momento se solicitó a la aseguradora que por favor autorizara el trasplante alogénico de médula ósea, no fue autorizado y se solicitó en las siguientes fechas adicionales, 5-10 de 2007, 10-11 de 2007, 21-12 de 2007, y 13-02 de 2008. El 14-04 de 2008 recibí noticia por medio de un fax con fecha de 28-02 de 2008 en donde me hacían conocer un concepto emitido en Bogotá por una médica especialista en trasplantes, ese concepto fue emitido el 25-10 de 2007 en la que esa medida consideraba, sin conocer a la paciente, que el trasplante no era la mejor opción de tratamiento para ella y recomendó una terapia distinta con una droga que se llama imatinib y en virtud de las características de la paciente con dificultades en el cumplimiento terapéutico, indisciplinada en ese tema en el cumplimiento, yo como su médico consideraba que el trasplante era la opción que mejor podía controlar su enfermedad a largo plazo ya que no creía que

Nilvia iba a tomar el medicamento con la disciplina requerida para su control a largo plazo,

La declaración prosigue. Pero con lo anterior basta para concluir que el Tribunal no estuvo desacertado de modo tal que fuese reo de yerro evidente de hecho. Recuértese que el *ad quem* afirmó que no era necesario repetir lo que el juez de primera instancia había resaltado en cuanto a las insistentes órdenes del médico tratante para que la EPS autorizara el tratamiento de trasplante de médula ósea. De allí que haya recordado ese Tribunal que, en agosto de 2008, se encontró un donante histocompatible, resultándole obvio que el tratamiento no comenzó a la mayor brevedad, como lo reclamaban las circunstancias.

Con lo cual debe la Corte resaltar una falencia más en estos cargos y es la ausencia de ataque eficaz de esta última afirmación del Tribunal, soporte esencial del fallo, pues de allí derivó la negligencia y tardanza de la EPS, que precisamente era el fundamento causal de la demanda, incluido tanto en los hechos como en las pretensiones, según ya se dilucidó.

En el segundo cargo también se le reprocha al Tribunal haber incurrido en error de derecho al haber calificado de confesión la respuesta que la EPS demandada dio al hecho 12 del libelo genitor, que se refiere a la sentencia de tutela dictada por el Juzgado Sexto Penal Municipal de Medellín del 5 de mayo de 2007, con la cual ordenó a la EPS la realización de estudios citogenéticos de médula ósea a Nilvia Isabel Cuadrado

Mayoriano y ordenó que como medida provisional le fuese aplicada la quimioterapia ordenada por el galeno tratante. A ese hecho contestó la EPS, entre otras cosas, que cuando los procedimientos no están comprendidos en el plan obligatorio de salud se acude a la tutela para que el juez ordene efectuarlo. Ello mereció del Tribunal un reproche o reprensión, más que una confesión con consecuencias directamente adversas a la EPS, pues no hay argumentación que se oriente explícitamente a ello. Y, en todo caso, la copia de la sentencia de tutela corroboraba la resistencia de Salud Total a la atención de la enfermedad catastrófica. Lo que hizo el Tribunal fue recordar que desde mucho tiempo antes ya la Corte Constitucional había ordenado -más allá de las resoluciones que pone de presente el recurrente en las instancias y que acá en casación ha olvidado-, tener en cuenta la prevalencia del derecho fundamental a la vida y la salud, según fragmento que insertó en su fallo.

Pero aún si se entendiese que el Tribunal tomó tal aseveración inserta en la contestación de la demanda como una confesión, debe reiterarse que ese hecho ya estaba probado con el fallo de tutela. Y en todo caso, del mismo válidamente podía inferir como indicio (medio probatorio no tenido en cuenta por el casacionista), un hecho objeto de investigación, cual es la tardanza injustificada y renuencia que la parte actora le imputa a la EPS. Si en la *causa petendi* los actores pretenden dar a conocer la tardanza con la que actuó la EPS, y si para ese entonces existía una directriz

jurisprudencial que les ordenaba a estas entidades atender con prontitud el suministro de tratamiento y medicamentos en enfermedades catastróficas, no hay cómo no entender que a partir de allí el Tribunal utilizase esa afirmación como la demostración de un hecho por vía de confesión, si en efecto eso fue lo aducido en el caso que estudiaba.

Finalmente, ronda en los cargos la afirmación, por supuesto no demostrada según quedó visto, acerca de si el Tribunal -bien por incongruente, ya por equivocado en la interpretación de la demanda-, terminó por reconocer unos perjuicios que no habían sido pedidos. Por ello, la Corte debe reiterar que la presunción de acierto y legalidad de la sentencia supone en el censor una tarea en extremo exigente que debe conducir al desquiciamiento de las bases de la sentencia. Resulta que el entendimiento del Tribunal fue que la EPS era responsable de la muerte de Nilvia Isabel, pues eso que había declarado el juez lo confirmó en su fallo (tercera declaración). De allí lógicamente se sigue que, si interpretó que los demandantes estaban pidiendo una especie de perjuicio moral consistente en la frustración de no haber podido ver a su pariente gozando de algunos años más de vida, ese perjuicio por pérdida de esa oportunidad era una especie de perjuicio extrapatrimonial que, según su arbitrio judicial y de acuerdo con pedimiento subsidiario de la apelante y acá casacionista, hubo de rebajar en su cuantía. Y lo que denominó la parte actora como daño moral, fue para el Tribunal una especie de *pérdida de oportunidad*, como daño autónomo, cuestión que

los cargos no desarrollan ni la demanda propuso por la vía adecuada.

Estos cargos, en consecuencia, tampoco salen airosos.

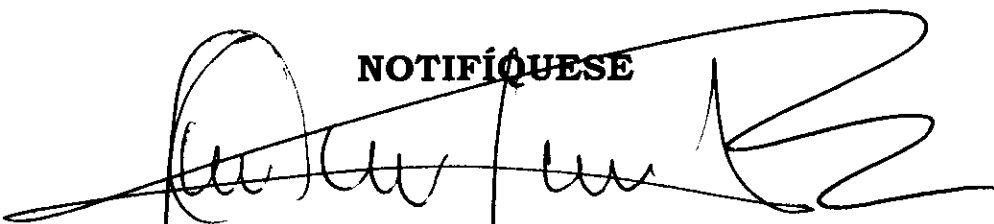
IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el proceso identificado en el epígrafe de esta providencia.

Costas a cargo de la parte recurrente. Conforme lo previene la Ley 1395 de 2010, se fija por concepto de agencias en derecho la suma de \$3.000.000.00., atendiendo, a que la opositora no hizo presencia en este trámite, dando respuesta al recurso.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

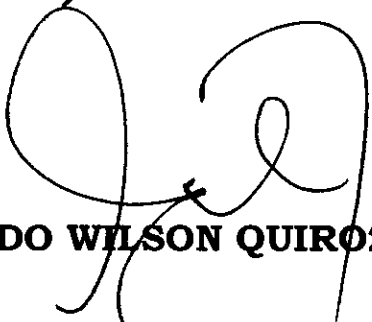
NOTIFÍQUESE



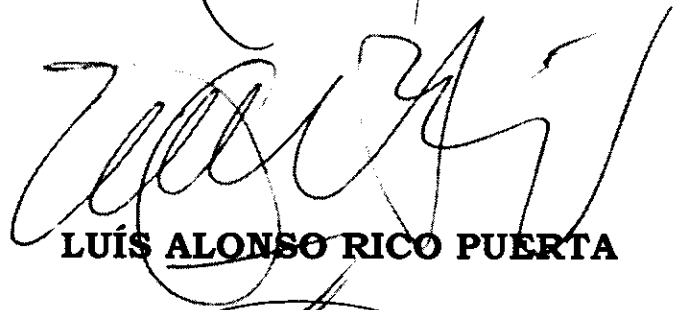
LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Presidente de Sala



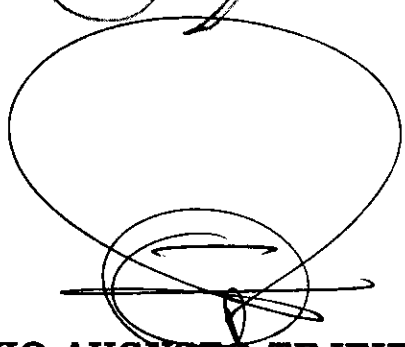
ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO



AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO



LUÍS ALONSO RICO PUERTA



OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE



FRANCISCO TERNERA BARRIOS