

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO
“PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACIÓN”**

Ley 1128 de 2007

SALA ÚNICA

RADICACIÓN:	15759310300320110003101
CLASE DE PROCESO:	RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL
DEMANDANTE:	JORGE ARCENIO MOLANO MORENO Y OTROS
DEMANDADO:	NUEVA EPS
JUZGADO DE ORIGEN:	JZDO 3° CIVIL CIRCUITO DE SOGAMOSO
DECISIÓN:	CONFIRMA SENTENCIA
APROBADA	Acta No. 109
MAGISTRADO PONENTE:	DRA. GLORIA INES LINARES VILLALBA Sala 3ª de Decisión

**CIVIL- RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL-Delimitación
Tipo de Responsabilidad que se Demanda- Acción derivada de la
responsabilidad Médica-Responsabilidad por el Ejercicio Médico.**

**DELIMITACIÓN TIPO DE RESPONSABILIDAD QUE SE DEMANDA-Si la
fuente de la obligación se encuentra en un determinado escenario, pese a
que se demuestre responsabilidad de la demandada, sí la pretensión no
corresponde a la estimada de antemano en la demanda, no puede proferirse
sentencia estimatoria. Art.305 C.P.C**

**ACCIÓN DERIVADA DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA- De acuerdo
con el perjuicio que se reclame es posible ejercer tanto la acción contractual
como la extracontractual que surge del perjuicio que personalmente se
padece con ocasión de la afectación que sufre un sujeto de derecho” (...)**

RESPONSABILIDAD POR EL EJERCICIO MÉDICO- Es conocido que en línea de principio aquella que se deduce por la culpa probada del profesional o institución demandada, como que ni el galeno, ni la entidad prestadora adquieren la obligación de obtener la mejoría o curación del paciente, sino más bien, el compromiso de poner todo su conocimiento, técnica, pericia y esfuerzos para remediar la afección, con la salvedad de aquellas ocasiones en las que se exige una obligación de resultado, la que se pregona de intervenciones y procedimientos realizados con propósitos estéticos, cuyo efecto en el campo probatorio es el de liberar al demandante de la carga procesal de probar la culpa.”(...) En tales condiciones los elementos sustanciales de la responsabilidad por el acto médico son: **Un error de conducta, un daño y nexos causal entre las dos.**”

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO**

**“PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACIÓN”
Ley 1128 de 2007**

SALA ÚNICA

RADICACIÓN:	1575931030032011-00031-01
CLASE DE PROCESO:	RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL
DEMANDANTE:	JORGE ARCENIO MOLANO MORENO Y OTROS
DEMANDADO:	NUEVA EPS
JUZGADO DE ORIGEN:	JZDO 3° CIVIL CIRCUITO DE SOGAMOSO
DECISIÓN:	CONFIRMA SENTENCIA
APROBADA	Acta No. 109
MAGISTRADO PONENTE:	DRA. GLORIA INES LINARES VILLALBA Sala 3ª de Decisión

Santa Rosa de Viterbo, veintinueve (29) de septiembre de dos mil quince (2015).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Se decide el recurso de apelación, interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandante, contra la sentencia proferida el 29 de enero de 2014 mediante la cual el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Sogamoso, negó las pretensiones de la demanda y declaró probada la excepción de fondo denominada ausencia de culpa y responsabilidad de la entidad demandada.

I. ANTECEDENTES

Por conducto de apoderado judicial, los señores JORGE ARCENIO MOLANO MORENO y PATRICIA LOPEZ VARGAS, quienes actúan en nombre propio y en representación de su menor hija PAULA NATALIA MOLANO LOPEZ, promovieron demanda ordinaria de responsabilidad civil extracontractual en contra de la NUEVA E.P.S., pretendiendo que a la misma se le declare responsable de los perjuicios materiales y morales surgidos con ocasión del tratamiento e intervención a que fue sometida la menor PAULA NATALIA MOLANO LOPEZ, en donde sufrió graves lesiones.

Las suplicas se apoyan en los siguientes hechos¹:

1.- El señor JORGE ARCENIO MOLANO MORENO se encuentra afiliado a la NUEVA EPS S.A. desde antes del 30 de octubre del año 2000, teniendo como beneficiarios a su esposa PATRICIA LOPEZ VARGAS y a sus hijos DAVID HERNANDO, YENNY PATRICIA y PAULA NATALIA MOLANO LOPEZ.

2.- La señora PATRICIA LOPEZ VARGAS quedó en embarazo y fue atendida por la NUEVA IPS BOYACA (CLINICA JULIO SANDOVAL MEDINA), entidad que le practicó una ecografía en la que se encontró como resultado un embarazo de 29 semanas de edad gestacional complicado por masa abdominal fetal, probablemente quiste de ovario y fecha probable de parto 28 de mayo de 2009.

3.- Dentro del control médico, por medio de la NUEVA IPS BOYACA se le practica ecografía obstétrica de III nivel con detalle anatómico y los resultados coinciden con *“gestación única intrauterina masa abdominal de origen ovárico síndrome de Dandy Walker Variante con control cada dos*

¹ Fol. 5-8 del Cuaderno de Primera Instancia.

semanas”, ante lo cual se remite la paciente a la CORPORACION CLINICA UNIVERSITARIA TELETON de Bogotá, en donde se determina que por el tipo de patología no se requería manejo quirúrgico urgente inmediato en el periodo neonatal al recién nacido, pero sí en los primeros días de vida debía ser valorado por cirugía pediátrica quien determinaría el manejo quirúrgico al neonato.

4.- El día 26 de mayo de 2009 la señora PATRICIA LOPEZ VARGAS ingresa a la NUEVA IPS BOYACA S.A, para que atiendan el parto y nace la niña con diagnóstico presuntivo de tumor quístico abdominal pélvico de probable origen ovárico, ante lo cual el pediatra que la recibe ordena valoración y manejo por cirugía pediátrica, ordenando la primera ecografía abdominal que tan solo se practica 30 días después, esto es, hasta el 25 de junio con concepto MASA QUISTICA SIMPLE EN CAVIDAD ABDOMINOPELVIA QUISTE OVARIOCO ¿ QUISTE MESENTERICO?.

5.- Refiere que los padres acuden en forma constante a la NUEVA EPS para que se defina y atienda a la recién nacida pues tienen claro que la intervención quirúrgica debe ser inmediata, institución que tan solo autoriza la consulta por cirugía pediátrica el 06 de julio de 2009 dirigida a la SOCIEDAD CLINICA BOYACA en donde es atendida por el especialista el día 27 de julio de 2009, quien ordenó una ecografía pélvica urgente y control con exámenes por cirugía pediátrica.

6.- La ecografía solo se practicó hasta el 11 de agosto de 2009 obteniendo como resultado “*Quiste complejo anexial derecha de probable origen ovárico y de naturaleza hemorrágica, disminuido de tamaño con respecto al estudio previo del 25 de junio de 2009*”, considerando la parte actora que por la demora en el tratamiento de la menor se evidencia hemorragia del quiste en el ovario, situación contraproducente para su salud.

7.- Señala que la cita con cirugía pediátrica la EPS no la autorizó para Duitama, sino para Bogotá y tan sólo se llevó a cabo el día 12 de Agosto de 2009 donde le ordenaron un TAC con doble contraste y cita a las dos semanas con el Doctor JUAN ENRIQUE CEBA BECERRA.

8.- Refieren que el TAC no fue posible tomarlo en la Fundación Cardioinfantil y la remitieron al Instituto Médico diagnóstico IDIME donde tampoco fue posible la realización del examen por presentarse dificultad para canalizar la menor.

9.- Por lo anterior, los padres de la menor se vieron obligados a solicitar una nueva autorización de servicios para el examen el que finalmente se realizó el 09 de septiembre de 2009, entregando el resultado el 12 de septiembre y fue nuevamente valorada por el Dr. JUAN SEBA el día 17 del mismo mes, quien ordenó interconsultas por anestesiología, cirugía pediátrica y orden de resección de tumor en ovario por laparoscopia, pero la NUEVA EPS no autoriza la cirugía al considerar que el procedimiento es NO POS.

10.- Los padres de la menor asisten a una nueva cita por pediatría en la Clínica Boyacá el día 30 de octubre de 2009, en donde el Dr. EDGAR RUBIO ordena se le autorice la *“laparoscopia diagnóstica y la resección del tumor quístico de ovario”*, aclarando que dichos procedimientos de se encuentran dentro del POS, autorización que finalmente fue entregada por la NUEVA EPS el 03 de noviembre de la misma anualidad, siendo practicada la cirugía el 17 de noviembre, fecha en la que la menor ya contaba con cinco meses y veintitrés días.

11.- Que por atención post operatoria en el Hospital Regional de Sogamoso la menor fue valorada por el Dr. EDGAR RUBIO quien ordenó ecografía pélvica que arrojó como resultado que PAULA NATALIA MOLANO perdió su ovario derecho, considerando la parte actora que esto ocurrió al no haber

sida atendida a tiempo practicándole su cirugía en los primeros días de vida, conllevando ésta negligencia a que en el desarrollo de la vida de la hoy menor, en su edad fértil, esté impedida para reproducirse causándole graves lesiones.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

1. La demanda fue admitida mediante auto del 11 de marzo de 2011², donde se dispuso notificar y correr traslado de la misma al extremo pasivo.

2. Una vez realizada la notificación personal, la entidad demandada NUEVA EPS contestó la demanda pronunciándose sobre los hechos y las pretensiones, oponiéndose a ellas, proponiendo excepciones de fondo según su posición jurídica³, las que no fueron replicadas por la parte actora en oportunidad.

3. Evacuada con negativa a conciliar la audiencia del art. 101 del CPC.⁴, se procedió al decreto de pruebas⁵, habiéndose recaudado las solictas por los extremos en contienda.

4. Surtido el trámite procesal correspondiente, y una vez evacuado el recaudo probatorio allegado, se corrió traslado a las partes a fin de que presentaran sus alegatos de conclusión, tiempo en el que las partes hicieron pronunciamiento ratificándose en sus pretensiones⁶ y excepciones.⁷

III. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

² Fol. 69 del Cuaderno Principal

³ Fol. 107 a 142

⁴ Fol. 234 c.1

⁵ Fol. 236 c.1

⁶ Fol. 300 a 304 c.1.

⁷ Fol.305 a 317 c.1

El conocimiento de la demanda planteada y contestada en los términos reseñados, le correspondió al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Sogamoso, quien procedió a proferir el respectivo fallo el día 29 de enero de 2014, negando las pretensiones de la demanda y declarando probada la excepción de ausencia de culpa y responsabilidad de la entidad demandada.

El fallo lo fundamentó de la siguiente forma:

El *A quo* concluye que revisadas las pruebas recaudadas, concretamente el testimonio del médico tratante, se observa que el mismo deja ver la posibilidad de que el resultado obtenido por la niña con la cirugía practicada hubiera sido diferente de haberse realizado en menor tiempo, sin embargo, el juez encuentra que no se demostró que la pérdida del ovario de la menor se hubiera generado como consecuencia de haberse practicado el procedimiento indicado dos meses después, es decir, que por haberse operado de inmediato, se hubiera obviado el procedimiento y la extracción del ovario, señalando que dicha extracción no es determinante para causar daño en la etapa reproductiva de la menor.

Refiere que no existe prueba que establezca cual fue el origen del quiste detectado, como tampoco prueba de que éste hubiera ocasionado la pérdida del ovario y la trompa por la demora en la autorización para el procedimiento quirúrgico, pues lo cierto es que la cirugía se realizó, pero esto era ajeno al resultado final, ya que no aparece concepto de algún profesional en el que se indicara que la cirugía debía realizarse en un término perentorio para evitar la pérdida del ovario y la trompa, por lo que no considera no se probó el nexo causal entre la supuesta demora en la expedición de la orden y la pérdida del ovario.

Concluye que no encuentra probado ni justificado por la parte actora el daño que la NUEVA EPS tendría que resarcir como consecuencia de un mal

procedimiento en la autorización, pues no hay prueba de los supuestos perjuicios ocasionados como resultado de la atención médica suministrada a la menor, por lo que negó las pretensiones de la demanda.

En cuanto a los gastos que reclama la madre de la menor, no ordena el pago de éstos, dado que no encuentra en el expediente prueba de los mismos.

IV. LOS MOTIVOS DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión proferida, los demandantes interpusieron y sustentaron el recurso de apelación. Sus argumentos fueron⁸:

1.- Señalan que en el expediente se encuentra demostrado que existió una dilación en la restauración de salud de la menor injustificada, pues se trataba de una menor que debía recibir una atención oportuna y prioritaria.

2.- Que el perjuicio causado es sin duda la pérdida del ovario y una de sus trompas de Falopio, contrario a lo que afirma el juez de instancia sobre la inexistencia de perjuicios, pues considera que tal posición es un desconocimiento del concepto de pérdida anatómica, constituyéndose una conjetura, pues no hay elementos de convicción que permitan aseverar que no se restringió la capacidad fértil de la menor.

3.- Refiere que la sentencia no tiene en cuenta otros perjuicios que fueron originados, tales como la pérdida de trabajo de su progenitora, pues está acreditado que ésta se ocasionó por la demora en la atención de la menor y la necesidad de la madre de agotar varios trámites no solo médicos sino administrativos en aras de lograr la atención del sistema de seguridad social en salud.

⁸ Fol. 332 a 335 c1.

4. Que el nexo causal es plausible si se tiene en cuenta la conexión existente entre la omisión del tratamiento oportuno por la masa quística detectada con mucha antelación y la torsión del ovario que hizo necesaria la extirpación del mismo y de una de sus trompas de Falopio.

5. Que si bien es cierto no se desconoce que la masa quística es generada por una patología, la no previsión del alto riesgo de complicación y la omisión del tratamiento oportuno no solo merece un juicio de reproche desde el punto de vista ético, sino que surge como resultado de la pérdida anatómica sufrida los perjuicios para su salud física y moral y la de su familia.

6. Finalmente solicita revocar la sentencia de primera instancia y en consecuencia se accedan a todas y cada una de las reivindicaciones solicitadas en la demanda.

V- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Reunidos como se encuentran los llamados presupuestos procesales, y ante la ausencia de nulidad que deba ser declarada de oficio o puesta en conocimiento de las partes para su saneamiento, la decisión será de fondo o mérito.

1.- Cuestión Previa

Para determinar la viabilidad o no de las pretensiones de la demanda, estima pertinente la Sala realizar una precisión relacionada con el tipo de responsabilidad que se discute pues la parte demandante dentro de sus pretensiones reclama una responsabilidad contractual pero indistintamente a lo largo de la demanda aboga por una de naturaleza extracontractual, lo cual en principio, podría generar una discusión en torno al tema.

No obstante lo anterior, y en punto del interrogante planteado, ha sido la Corte Suprema de Justicia quien al respecto ha enseñado:

“ ... Como se hizo constar en el resumen de la providencia impugnada, el Tribunal, a pesar de manifestar su inconformidad con la interpretación que el a quo le imprimió a la demanda formulada por los actores, expresamente dijo abstenerse de efectuar pronunciamiento sobre el encuadre que, en el ámbito de la responsabilidad contractual, hizo aquél en la sentencia de primera instancia, pues al fundamentarse el ad quem en el principio de la no reformatio in pejus y constatar que en la sustentación de la alzada los apelantes únicos no combatieron esa conclusión, consideró zanjada toda discusión en torno del tipo de responsabilidad pretendida.

(...)

A consecuencia del principio dispositivo que gobierna esencialmente el proceso civil, si bien en línea de principio la competencia del juez queda limitada a los temas propuestos en la demanda y en su contestación, a las excepciones y a los asuntos que ex officio debe entrar a decidir, de suerte que si así no procede “usurpa la iniciativa que sólo corresponde al ciudadano, único que puede dar dimensión al daño que recibe e identificar su fuente (Cas. Civ. del 22 de marzo de 2007, exp. No. 05001-3103-000-1997-5125-01), ya en lo tocante con la competencia del juez de segunda instancia, se matiza aún más esa órbita de atribuciones, como quiera que principios como el del “interés para recurrir” y el de la “personalidad del recurso” exigen no sólo entender que la apelación se interpone únicamente en lo perjudicial para el o los recurrentes (artículo 357 del Código de Procedimiento Civil), sino que son éstos los que delinear, mediante protesta explícita asentada en la sustentación de la alzada, aquellos aspectos de la sentencia impugnada que piden sean examinados por el ad quem. De allí que el artículo 352 del Código de Procedimiento Civil señale en su parágrafo 1º que “el apelante deberá sustentar el recurso ante el juez o tribunal que deba resolverlo” siendo para ello “suficiente, que el recurrente exprese, en forma concreta, las razones de su inconformidad con la providencia”, lo que viene en consecuencia a darle contornos precisos a la apelación, que, de acuerdo con el artículo 357 ídem, “se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto de recurso”.

(....)

De suerte que, pasando por alto los apelantes las disquisiciones del juzgado que lo llevaron a decidirse por la responsabilidad contractual, como aquella que debía aplicar a la litis sin consideración a la explícitamente definida por los actores, dejaron estos al margen de la alzada el estudio de ese tópico: se allanaron, consintieron con tales apreciaciones, a consecuencia de lo cual, ningún agravio pudo producirles el hecho de que el Tribunal -deliberadamente además- se hubiese asimismo abstenido de estudiar la cuestión, y respetando la decisión en ese aspecto, hubiera acometido el estudio del caso al amparo de los lineamientos de la responsabilidad contractual...”⁹

Es así que al revisar el expediente, advierte la Sala que si bien en las pretensiones del libelo incoatorio, la parte demandante solicitó que se declarara a la entidad demandada NUEVA EPS civilmente responsable a título contractual de los daños y perjuicios que se reclaman, lo cierto es que al desarrollar la demanda fueron enfáticos en reiterar que solicitaban la declaratoria de responsabilidad civil a título extracontractual, tipo éste de responsabilidad que fue tomada por el juez de primera instancia durante el trámite del proceso y entorno a sus requisitos se emitió el fallo impugnado, sin que tal proceder haya sido objeto de reproche alguno, motivo por el cual, por respeto al principio de congruencia y la prohibición de la *reformatio in pejus*, el análisis de ésta Corporación girará en torno a los aspectos cuestionados por el recurrente dentro del ámbito de la responsabilidad civil extracontractual invocada.

2.- Problema Jurídico

Corresponde a esta Sala establecer si se configuran todos los elementos de la responsabilidad civil extracontractual en cabeza de la entidad demandada NUEVA EPS, para declararla responsable de los presuntos daños y perjuicios ocasionados a la menor PAULA NATALIA MOLANO LOPEZ y a sus padres

⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN CIVIL Magistrado Ponente JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ Sentencia del 28 de junio de 2013 Exp.11001-31-03-014-1998-05970-01

JORGE ARCENIO MOLANO y PATRICIA LOPEZ VARGAS, en caso afirmativo, procedería la revocatoria de la sentencia impugnada, siendo necesario determinar el *quantum* de los daños que se deben resarcir, o por el contrario, al no estar probada la responsabilidad, confirmar la sentencia.

3. Delimitación tipo de responsabilidad que se demanda.

Respecto del alcance que tiene la determinación en la demanda del tipo de responsabilidad que se reclama, ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en afirmar, que si la fuente de la obligación se encuentra en un determinado escenario, pese a que se demuestre responsabilidad de la demandada, sí la pretensión no corresponde a la estimada de antemano en la demanda, no puede proferirse sentencia estimatoria, puesto que las responsabilidades en relación a sus fuentes, sus consecuencias, lo concerniente a la prueba, el tratamiento de la culpa y los términos de prescripción son excluyentes, al poseer cada una elementos sustanciales especiales que las diferencian.

El artículo 305 del Código de Procedimiento Civil establece que, la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que el Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas, si así lo exige la ley, indicando expresamente que no podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta, lo cual desarrolla el principio de congruencia, que es el soporte para impedir decisiones *Extra, Ultra o Infra Petita* en la jurisdicción ordinaria civil.

No obstante lo anterior, no debe olvidarse en todo caso, que es deber del Juzgador interpretar la demanda en debida forma, de suerte que se garantice el objeto de los procedimientos, cual es, hacer efectivo los derechos

reconocidos en la ley sustancial¹⁰, interpretación que debe realizarse examinando de manera integral la demanda, sin que en modo alguno, so pretexto de tal interpretación, se sustituya la voluntad del actor.

Lo anterior quiere decir, que si en la pretensión se solicita que se declare una responsabilidad extracontractual y la causa que le sirve de soporte a dichas pretensiones se enmarca dentro de éste tipo específico de responsabilidad, el Juez en observancia del principio de congruencia, debe emitir su decisión pronunciándose, sólo en la medida en que la responsabilidad demostrada tuviera esa misma categoría, pues teniendo otra, lo propio es que la decisión apunte a no acceder a lo pedido en la demanda, pues proceder contrario a ello, ubica al Juzgador frente a una sentencia *extra petita*.

Realizando esta puntual precisión, sea lo primero advertir, que en el presente proceso los actores, ejercieron la acción de responsabilidad extracontractual, con el propósito de obtener la indemnización de perjuicios como consecuencia de la tardía prestación del servicio al no expedirse en tiempo la orden para la práctica de la cirugía requerida por su hija que trajo como consecuencia la pérdida de su ovario derecho, exigiendo por ello el pago de perjuicios de índole moral y material en favor de la menor y en su condición de padres de la víctima; aspiración que encauzaron contra la EPS de la cual es beneficiaria la niña.

Sobre este punto, es necesario recordar que dentro de las variadas fuentes de la responsabilidad en el derecho se encuentra el contrato, el delito, la ley, etc., siendo perfectamente posible que un hecho que se califica sin duda alguna como trasgresor de una disposición contractual respecto de JORGE ARCENIO MOLANO MORENO, a la vez vulnere el deber general de no causar daño a sus parientes, a quienes no vincula el lazo contractual, surgiendo para estos una acción netamente extracontractual, en tanto

¹⁰ Artículo 4 C.P.C.

pretendan reclamar el perjuicio propio que ellos personalmente padecieron, por oposición al que se transmite hereditariamente, que es el que se ejerce por vía contractual.

Ahora bien, la responsabilidad derivada del acto médico no goza de expresa regulación en nuestro ordenamiento, sin embargo, de acuerdo con el perjuicio que se reclame es posible ejercer tanto la acción contractual como la extracontractual que surge del perjuicio que personalmente se padece con ocasión de la afectación que sufre un sujeto de derecho.

Sobre el punto también resulta necesario recordar, que de un hecho realizado en desarrollo de una relación contractual pueden surgir, además de las acciones contractuales, las extracontractuales a favor de terceros que hayan resultado afectados, teniendo como fuente de derecho, no la omisión o acción en su dimensión netamente comercial, sino teniendo como base el hecho que ha ocasionado el daño a personas no vinculadas al acto contractual, tema que debe encauzarse por la responsabilidad civil extracontractual.

De lo anteriormente expuesto queda claro que pese a la confusión inicial de los actores al demandar indistintamente la acción contractual y la extracontractual, examinadas las pretensiones en armonía con los hechos como sustento de las mismas se observa que responden a una responsabilidad civil extracontractual, estando legitimados los actores para reclamarla, puesto que los hechos base de su demanda no hacen referencia al incumplimiento contractual sino a la atención tardía que recibió la menor PAULA NATALIA MOLANO quien por cuenta de dicha omisión perdió su ovario derecho, considerando la parte actora que esto ocurrió al no haber sido atendida en tiempo, y aunque las prestaciones incumplidas se originaron en un contrato, lo cierto es que los fundamentos, la estructura y las pretensiones propuestas obedecen a una responsabilidad de tipo

extracontractual, de modo, pues, que ésta debe estudiarse desde la óptica del artículo 2341 del C. Civil, esto es, analizando los elementos propios de esa especie de acción, concretamente, la culpa, el daño y el nexo de causalidad entre éstos dos, sin que tuviese que examinarse el aludido contrato.

Así las cosas, se hace necesario para la Sala establecer si en el plenario concurren los elementos que estructuran este tipo de responsabilidad.

4. La Responsabilidad Civil Extracontractual

El artículo 2341 del C.C., en relación con este instituto establece:

“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por culpa o el delito cometido.”

La doctrina ha definido la responsabilidad civil de la siguiente manera:

“la responsabilidad civil supone siempre la relación entre dos sujetos de los cuales uno ha causado el daño y el otro lo ha sufrido, la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica de esta relación de hecho, ó sea la obligación del autor del daño de reparar el perjuicio ocasionado, por este motivo se advierte que la responsabilidad civil se resuelve en todos los casos en una obligación de reparación. Por lo tanto es responsable aquel sujeto que queda obligado a indemnizar el perjuicio causado a otro y no es responsable quien a pesar de haber causado un daño a otro, no obstante no es obligado a repararlo”¹¹.

Tenemos entonces, que la responsabilidad civil extracontractual es la obligación que tiene una persona de resarcir un daño causado a otra,

¹¹VALENCIA Zea, Arturo, Derecho Civil. Tomo III, pág. 202

producto de una acción u omisión que esta última no está obligada a soportar, que no está amparada bajo un contrato, debiendo probar el afectado la culpa del accionado, el daño y el nexo causal entre estos últimos.

4.1. Responsabilidad por el ejercicio médico

En materia de la responsabilidad por el ejercicio médico, es conocido que en línea de principio aquella que se deduce por la culpa probada del profesional o institución demandada¹², como que ni el galeno, ni la entidad prestadora adquieren la obligación de obtener la mejoría o curación del paciente, sino más bien, el compromiso de poner todo su conocimiento, técnica, pericia y esfuerzos para remediar la afección, con la salvedad de aquellas ocasiones en las que se exige una obligación de resultado, la que se pregona de intervenciones y procedimientos realizados con propósitos estéticos, cuyo efecto en el campo probatorio es el de liberar al demandante de la carga procesal de probar la culpa.

Frente a las obligaciones asumidas por el médico, enseña la Corte Suprema de Justicia que:

*“hoy no se discute que el contrato de servicios profesionales implica para el galeno el compromiso si no exactamente de curar al enfermo, si al menos de suministrarle los cuidados concienzudos, solícitos y conformes con los datos adquiridos por la ciencia, según expresiones con que la jurisprudencia francesa describe su comportamiento. Por tanto el médico tan solo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo; de suerte que en caso de reclamación, éste deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación”.*¹³

¹² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia de 5 de marzo de 1940.

¹³ Casación Civil. 12 de septiembre de 1985. G. J. 2419, p. 407 y s.s. En el mismo sentido: Casación Civil. 30 de enero de 2001.. M. P.: Dr. José Fernando Ramírez Gómez. Exp. 5507.

En consecuencia, es la relación particularmente creada con ocasión del servicio médico y hospitalario la que orientará sobre los deberes que deben asumir en cada caso los médicos junto con las entidades que prestan servicios en salud, y a partir de ello analizar el comportamiento efectivamente observado para establecer si hubo relación de causalidad con el daño sufrido, porque como lo precisara la Corte, el médico, y se agrega, el establecimiento hospitalario, no pueden responder *“sino cuando su comportamiento, dentro de la estimativa profesional, fue determinante del perjuicio causado”*.¹⁴

Sobre el particular, ha precisado la Corte;

“Aunque para la Corte es claro que los presupuestos de la responsabilidad civil del médico no son extraños al régimen general de la responsabilidad (un comportamiento activo o pasivo, violación del deber de asistencia y cuidado propios de la profesión, que el obrar antijurídico sea imputable subjetivamente al médico, a título de dolo o culpa, el daño patrimonial o extrapatrimonial y la relación de causalidad adecuada entre el daño sufrido y el comportamiento médico primeramente señalado), y que en torno a ese panorama axiológico debe operar el principio de la carga de la prueba (artículo 177 del Código de Procedimiento Civil), visto con un sentido dinámico, socializante y moralizador, esto es, distribuyéndola entre las partes para demandar de cada una la prueba de los hechos que están en posibilidad de demostrar y constituyen fundamento de sus alegaciones, pues éste es el principio implícito en la norma cuando exonera de prueba las afirmaciones o negaciones indefinidas, precisamente por la dificultad de concretarlas en el tiempo o en el espacio, y por ende de probarlas, resulta pertinente hacer ver que el meollo del problema antes que en la demostración de la culpa, está es en la relación de causalidad entre el comportamiento del médico y el daño sufrido por el paciente, porque como desde 1940 lo afirmó la Corte en la

¹⁴ Casación Civil. 30 de enero de 2001.. M. P.: Dr. José Fernando Ramírez Gómez. Exp. 5507.

sentencia de 5 de marzo, que es ciertamente importante, “el médico no será responsable de la culpa o falta que se le imputan, sino cuando éstas hayan sido determinantes del perjuicio causado”.¹⁵

En tales condiciones los elementos sustanciales de la responsabilidad por el acto médico son: **Un error de conducta, un daño y nexo causal entre las dos.**

5.- Caso concreto

A partir del anterior preámbulo conceptual y jurisprudencial la Sala entra a examinar si en este evento concurren los presupuestos reseñados en precedencia:

5.1. Error de conducta:

El error de conducta se entiende como la acción u omisión por parte del médico y debe provenir de: imprudencia, negligencia, impericia o incumplimiento de *lex artis* médica.

-Imprudencia médica: Es la actitud profesional injustificadamente apresurada o carente de juicio previo, necesario para prever los resultados de la acción.

-Negligencia médica: Es una actitud profesional que se manifiesta en dejar de hacer lo que se debe hacer.

¹⁵ Casación Civil. 12 de septiembre de 1985. G. J. 2419, p. 407 y s.s. En el mismo sentido: Casación Civil. 30 de enero de 2001.. M. P.: Dr. José Fernando Ramírez Gómez. Exp. 5507.

-La impericia: Es la carencia de conocimientos teóricos y de las destrezas y habilidades necesarias para la realización de un acto médico de manera correcta.

-Incumplimiento de la *lex artis* o violación a los reglamentos: El médico actúa por fuera de las guías y protocolos técnico-científicos y de las normas legales que regulan su ejercicio profesional.

Dentro del proceso, tenemos que los demandantes solicitan que la entidad NUEVA EPS, sea declarada civilmente responsable, por la atención tardía que recibió la menor PAULA NATALIA MOLANO quien por cuenta de dicha omisión, según el dicho de los actores perdió su ovario derecho, sustentando sus razones en la historia clínica de la menor, las ecografías de diagnóstico y control del embarazo, los resultados de las mismas, oficio en donde se niega la autorización para la cirugía OOFORRECTOMIA POR LAPAROSCOPIA, la autorización para el procedimiento quirúrgico que finalmente le fue practicado que termino con la extracción del ovario

Los cuales reflejan que dentro del periodo de gestación de la niña y con ocasión de la ecografía que le fue practicada el 26 de marzo de 2009 (2 meses antes de su nacimiento), le fue detectado un quiste ovárico que origino que a la madre gestante le realizaran distintos exámenes especializados con miras a establecer la magnitud del quiste y el manejo que se le iba a dar al mismo.

Es así como la Doctora Andrea Duarte, el 15 de mayo de 2009 concluye en su valoración que no existe ninguna contraindicación para el parto vaginal y que es conveniente llevarlo a término; en relación con la patología señaló que no requería manejo quirúrgico inmediato post nacimiento, pero si nueva valoración por cirugía pediátrica.

Una vez nace la menor, se realiza un nuevo examen en donde se diagnostica un tumor quístico abdominopelvico que obligó a nuevos exámenes y pruebas que el 17 de septiembre de 2009 llevaron a la siguiente conclusión: “masa quística persistente desde el periodo prenatal, se considera que por el tamaño y evolución, necesita tratamiento quirúrgico mediante la laparoscopia y posiblemente resección del ovario afectado¹⁶”.

Es en dicho momento en el que se explica a los padres las opciones de tratamiento y se ordena la OOFORECTOMIA POR LAPAROSCOPIA previa autorización de la madre quien de inmediato remitió la orden a la demandada que negó el procedimiento al ser considerado NO POS.

Frente a tal proceder, es deber de la Corporación, reiterar que las entidades promotoras de salud, están obligadas a prestar el plan de atención básica, esto es, el plan obligatorio de salud dentro de los parámetros que el Estado ha fijado, siendo éste un conjunto de servicios para la atención en salud y prestaciones económicas (incapacidades y licencias de maternidad y paternidad) a las que tienen derecho el afiliado y su grupo familiar por tener una afiliación vigente en el régimen contributivo. Como quiera que el Plan Obligatorio también establece limitaciones y exclusiones por razón de los servicios requeridos y el número de semanas cotizadas, el mismo es constitucionalmente admisible toda vez que tiene como propósito salvaguardar el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud.

En ese orden de ideas, tenemos que no se advierte una actuación por fuera de las guías y protocolos técnico-científicos y de las normas legales que regulan la materia, pues como se indicara líneas atrás, si bien es cierto las entidades promotoras de salud deben prestar la atención solicitada por sus beneficiarios, esta atención debe regirse por los lineamientos y reglas

¹⁶ Fl 41 cuaderno 1

aplicables que para el caso están contenidas en la Resolución 5261 de 2009 expedida por el Ministerio de Salud, por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, dentro del cual, según lo afirmó la entidad demandada al ejercer su defensa, no se encontraba incluida la cirugía requerida, esto es OOFORRECTOMIA POR LAPAROSCOPIA, afirmación ésta que no fue desvirtuada, por el extremo activo.

Ahora bien, en casos como el que ocupa la atención de la Sala, en donde existe negativa por parte de la EPS para la autorización de un servicio de salud, que no se encuentre incluido en el POS, la obligación de la EPS consiste en informar al paciente en primera medida sobre la negativa, para que alleguen la orden médica y los soportes respectivos con el fin de que la solicitud del servicio NO POS requerido sea tramitado ante el Comité Técnico Científico (CTC) y una vez autorizada la solicitud del afiliado por el CTC, la EPS proceda a entregar la autorización, actuación que efectivamente realizó la EPS demandada en el presente asunto, ante la solicitud del procedimiento NO POS requerido por la parte actora, tal como se observa a folio 46 del cuaderno 1 del expediente, pues mediante comunicación escrita, la accionada informó a la demandante PATRICIA LOPEZ VARGAS, que el procedimiento OOFORRECTOMÍA POR LAPAROSCOPIA, solicitado por el médico tratante, no estaba incluido en el POS y por tanto, para dar cumplimiento a la normatividad vigente, debía radicar la orden del procedimiento quirúrgico, junto con formulario de solicitud de procedimiento NO POS y copia de la historia clínica, para ser estudiada por el comité Técnico Científico.

No obstante lo anterior, nótese que los padres de la menor PAULA NATALIA MOLANO optaron por asistir a nueva consulta en la Clínica Boyacá con el cirujano pediatra Dr. EDGAR RUBIO, el día 30 de octubre de 2009, fecha en

la que el citado especialista ordenó el procedimiento LAPAROSCOPIA DIAGNOSTICA + RESECCION DE TUMOR DE OVARIO POR LAPAROTOMIA¹⁷, el cual es autorizado por la NUEVA EPS el mismo día, autorización impresa el 03 de noviembre de 2009¹⁸, cumpliendo así la demandada con la obligación de prestar el servicio que en ésta oportunidad era requerido y que si se encontraba dentro del plan obligatorio de salud, cirugía que finalmente fue practicada por la Clínica Boyacá el día 17 de noviembre siguiente.

Por ello y frente a la inconformidad del recurrente, esto es, la presunta atención tardía de la EPS para autorizar la cirugía de la menor, ha de indicarse que de la historia clínica así como de la valoración de las pruebas obrantes en el proceso, se puede concluir que la atención que se le prestó a la materna, siempre estuvo encaminada a la búsqueda de un parto que se pudiese llevar a feliz término, pues a pesar del diagnóstico de la niña se consideró por los galenos que su patología se debía tratar después del nacimiento, y con posterioridad al mismo, fue tan solo 3 meses después que se concluyó que era necesaria la cirugía que le fue ordenada.

En tales condiciones no se demostró que la NUEVA EPS, fuera la causante caprichosamente de la atención tardía de la menor para la realización de la cirugía que le fue ordenada, pues aquella se cumplió una vez se agotó el procedimiento administrativo exigido para autorizar su realización, sin que en dicha gestión se pueda predicar una actuación imprudente o negligente de la entidad demandada.

Establecido entonces que no se probó un error en la conducta se abordaran los elementos restantes con miras a establecer la existencia de la responsabilidad médica reclamada.

¹⁷ Fls. 47 -48 c1.

¹⁸ Fl. 49 c1.

a. El Daño o Perjuicio

El daño, en “su sentido natural y obvio”, es un hecho, consistente en “el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien”, “...en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc...” y “...supone la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo. ” Según se ha visto, condición necesaria para que desencadene la reparación es que el daño sea antijurídico, calificación que se obtiene de constatar que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carezca de “causales de justificación.”¹⁹

En el caso que nos ocupa se establece que la menor PAULA NATALIA MOLANO LOPEZ perdió su ovario derecho, lo que conlleva afectaciones de tipo fisiológico y micológico pero en todo caso y como así se demostró con las pruebas recaudadas, ello no implica la afectación de su etapa fértil o capacidad reproductora.

b. Nexos de Causalidad

Este elemento se refiere a la conexión, causalidad o enlace, que debe existir entre el hecho y el daño, esto es, los elementos de la responsabilidad antes estudiados, ya que para estructurarse la responsabilidad, el daño debe ser el resultado o la consecuencia del hecho. Dicho de otra manera, ese hecho, conducta culpable o riesgosa, entendida como error de conducta, debe ser la causa del daño.

Naturalmente que esa relación de causalidad debe acreditarse en el proceso, ya que de lo contrario no podría nacer la obligación de reparación que es propia de la responsabilidad.

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Enero 27 de 2000. MP: Alíer E. Hernández. Exp. No. 10867.

En esas condiciones, se tiene que dentro del proceso ordinario al no comprobarse el error en la conducta, no es posible acreditar la relación de causalidad entre el hecho y el perjuicio, pues tal como se indicó, de las probanzas traídas al proceso, contrario a demostrarse esa relación de causalidad, lo que se evidencia, es que la pérdida del ovario de la menor, tal y como lo indico el Doctor EDGAR RUBIO TALERO, no fue producto ni del tratamiento, ni de la intervención a la que fue sometida la niña, sino más bien producto de la enfermedad que presenta riesgo de torsión para un ovario.

En tal sentido explicó el citado médico que la atención prestada por la NUEVA EPS se acoge a los criterios médicos vigentes y que dicha patología responde a dos formas acertadas de tratamiento: *i)* observar a los pacientes haciéndoles seguimiento y ecografías con posibilidad de que el problema se resuelva de manera espontánea y *ii)* intervención quirúrgica por los riesgos que genera la torsión del ovario²⁰.

Finalmente los galenos después de diversos estudios optaron por la segunda y pese a que el mismo médico anuncia la posibilidad de que habiéndose operado antes de la torsión era factible que el resultado fuera diferente, lo cierto es que desde el mismo momento en que se ordenó la OOFORECTOMÍA POR LAPAROSCOPIA ya se anticipaba la posibilidad de pérdida del ovario, sin que pueda concluirse que la demora propia de los trámites administrativos para autorizar la cirugía NO POS, fuera el factor determinante para la pérdida del ovario, por tanto, no se puede predicar con absoluta certeza que con su actuación la demandada fuera quien generó la pérdida que hoy se reclama.

En estas condiciones la Sala concluye que con el material probatorio aportado al proceso y referenciado en lo esencial en los párrafos precedentes, se llega a la convicción de que la parte actora no logró acreditar

²⁰ Fls 23 A 25 cuaderno pruebas parte demandante.

la culpabilidad de la entidad demandada en la pérdida del ovario de la niña PAULA NATALIA MOLANO LOPEZ, toda vez que por cuenta de la entidad recibió la atención ordenada por los médicos especialistas, pero no obstante ello y dada su patología se produjo la pérdida del ovario, riesgo que como anunciamos, fue advertido incluso al momento de ordenar en un primer momento la intervención quirúrgica, lo que lleva a concluir que este hecho no puede imputársele a la demandada.

Frente a lo anterior y teniendo en cuenta que la motivación vislumbra la negación de las pretensiones, el Tribunal no hará pronunciamiento sobre los reparos en torno a la acreditación de los perjuicios, dado que tal discusión solo resultaría procedente en el evento en que se hubiese acreditado la responsabilidad de la demandada.

En conclusión, no habiéndose demostrado ni el error de conducta ni como consecuencia de ello el nexo causal, dado que el extremo pasivo actuó en cumplimiento de las obligaciones que le eran exigibles, éste Tribunal no encuentra acreditado los elementos para la prosperidad de la acción, por lo que las pretensiones de la demanda no podían prosperar, pues no debe olvidarse que para que la acción salga adelante, se hace indispensable la demostración de todos sus presupuestos, y en el presente asunto, como ya se indicó, no fueron demostrados, por lo que la sentencia de primera instancia será confirmada.

VI- COSTAS

Costas del proceso en ésta instancia a cargo del demandante en la medida de su causación y en favor exclusivo de la contraparte que replicó la apelación.

VII- DECISION

En mérito de lo expuesto, LA SALA TERCERA DE DECISION DE LA SALA UNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA

ROSA DE VITERBO, BOYACÁ, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 29 de enero de 2014 proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Sogamoso, dentro del proceso ordinario de responsabilidad civil contractual, seguido por JORGE ARCENIO MOLANO MORENO y PATRICIA LOPEZ VARGAS, quienes actúan en nombre propio y en representación de su menor hija PAULA NATALIA MOLANO LOPEZ, contra la NUEVA E.P.S., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Costas del proceso en ésta instancia a cargo de la parte demandante.

TERCERO: Asignar como agencias en derecho, en favor de la sociedad demandada NUEVA EPS, la suma de \$644.350,00, a cargo de la parte demandante.

CUARTO: Devolver las diligencias al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE, DEVUÉLVASE Y CÚMPLASE.

GLORIA INÉS LINARES VILLALBA
Magistrada Ponente

EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado

LUZ PATRICIA ARISTIZABAL GARAVITO
Magistrada