

**JUZGADO OCTAVO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD
Medellín, veintiséis de junio de dos mil veintitrés**

Proceso	VERBAL -RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA
Demandantes	ESTEFANÍA RESTREPO RESTREPO, LUZ MARINA RESTREPO PARRA, ANGEL GABRIEL RESTREPO, Y JUAN CAMILO RESTREPO RESTREPO
Demandados	NUEVA EPS S.A. LLAMADOS EN GARANTÍA VIVA 1 A IPS E IPS UNIVERSITARIA.
Radicado	05001 31 03 008 2020-00165-00
Tema	Sentencia. Las cargas probatorias, los perjuicios y su cuantía. Solidaridad entre las EPS y las IPS. Obligaciones de calidad, continuidad e integridad del servicio de salud.
Sentencia	027

ANTECEDENTES

Tal y como se anunció en la audiencia de instrucción y juzgamiento, procede el despacho a emitir por escrito la sentencia que defina de fondo el conflicto puesto a consideración por las partes, así:

En la audiencia mencionada se evacuaron las etapas propias de tal actuación procesal y allí las partes presentaron sus alegaciones, las cuales se resumen a continuación:

LAS ALEGACIONES

PARTE DEMANDANTE: (min 39 y ss audiencia de fallo PDF 55).

Luego de memorar que las obligaciones médicas son de medio y no de resultado, recuerda las pretensiones y alega que conforme a la prueba arrimada surge que la conducta de VIVA 1 A IPS es prestadora de servicios de la NUEVA EPS, y que en su actuar no acató las buenas prácticas respecto de la atención de ESTEFANÍA, infringiendo la lex artis, concepto del cual se hace una ilustración jurisprudencial, resaltando como baremo el establecer si la actuación desplegada se corresponde con la que otro médico o institución hubiese desplegado en idénticas circunstancias. Añade que el tratamiento y diagnóstico de ESTEFANÍA no estuvieron ceñidos a los procedimientos debidos, como en su criterio lo dijo el señor perito, de quien dice hay que sospechar pues no es concreto cuando se le hacen preguntas comprometedoras de quien lo contrató. Resalta que hubo "negligencia, falta de pericia e incluso un apartado evidente de los protocolos" de tuberculosis, pues "a pesar de existir los síntomas característicos de tuberculosis desde el año 2011, los médicos no lograron concretar o establecer un diagnóstico cierto; no se practicaron los exámenes de rigor, como "baciloscopia seriada", "cultivos, pruebas de biología molecular", como se

evidencia de la Historia Clínica; todo lo cual llevó a que se complicara la enfermedad con los resultados finales conocidos.

Se refiere al dictamen del Dr. MANUEL MARTINEZ para destacar cómo se reconoce que un inoportuno tratamiento, al dejar pasar más de tres meses en el año 2014, pese a lo frecuente y recurrente de las afecciones y los diagnósticos de tuberculosis.

Sobre la afectación personal y patrimonial alude al dicho de las testigos GINA Y DENIS, ya descritos; los cuales reflejan esa afectación persona y familiar; siendo poco contundentes en lo que al daño patrimonial se refiere, dada la generalidad de sus dichos en este aspecto y en tanto es la propia ESTEFANÍA la que refiere, al igual que DENIS, que sus ingresos eran pocos, esporádicos y derivados de algunos contratos de servicios que por algunos meses se celebraron con la Alcaldía de Medellín.

Estima satisfecha su carga probatoria en los términos del artículo 167 del CGP, y solicita que se acceda a las pretensiones.

ALEGACIONES DEL DEMANDADO NUEVA EPS S.A. (min 51 y ss)

En primer lugar, se refiere al alegado cumplimiento de la *lex artis*, sin que se hubiere dado omisión o retardo en la autorización de los requerimientos médicos de ESTEFANÍA RESTREPO RESTREPO, como lo dijo el señor perito MANUEL MARTÍNEZ.

Luego, en la parte de la responsabilidad, reseña los elementos de la responsabilidad médica, hecho, daño antijurídico y nexo de causalidad; anotando que bien examinado el dictamen pericial del Dr. MANUEL MARTÍNEZ se concluye en que el mismo determina que no hubo falla médica, haciendo un breve recorderis de lo dicho por el perito; anotando que las intervenciones a la paciente se debieron a complicaciones propias de su afección de tuberculosis, anotando que en la familia hay una predisposición a ello, pues su padre había padecido similar enfermedad y su hermano también con posterioridad a la afección de ESTEFANÍA.

Alega que no existe entonces nexo causal, dado que no existe el daño antijurídico como tal.

Finalmente acota que, en el remoto caso de encontrar o definir alguna responsabilidad, se ha de concretar la de cada uno de los demandados y del llamado en garantía.

ALEGACIONES DE VIVA 1 A IPS S.A. (min. 57.51 y ss)(PDF 55)

Pone de presente que cumplió con la lex artis, que atendió oportunamente a la paciente ESTEFANÍA en varias oportunidades como bien lo enseña la Historia Clínica, desde el 31 de agosto de 2011 hasta cuando fue dada de alta, con diagnósticos que se correspondían con lo que en cada consulta presentaba la paciente, con envío de exámenes de tórax, radiografías y baciloscopia; y remisiones a especialidades como medicina interna y neumología; e inclusive psicología.

Refuta lo dicho por el demandante en cuanto a bajo peso de la paciente, pues a folio 34 de la Historia Clínica, donde se evidencia que en agosto 31 de 2011 el peso era de 51kg; en julio 04 de 2011, 50kg; en junio 08 de 2012, 49.5kg; sin que pueda inferirse que por ello se podía pensar en tuberculosis.

Afirma que la presencia de las secuelas de la tuberculosis en ESTEFANÍA RESTREPO no significa que se haya presentado falla en la prestación del servicio médico, o que se haya actuado con negligencia, impericia, y tampoco error de diagnóstico, pues lo indicado era acorde con lo que presentaba en cada momento la paciente; resaltando que entre 2011 y 2015 no había nada que indicara la presencia de tuberculosis, pues incluso la baciloscopia inicial arrojó resultados negativos.

En cuanto a los perjuicios, lucro cesante, dice que ha quedado en entredicho, acorde con lo expuesto por la parte demandante y los testigos al respecto; amén de que no existe prueba documental que acredite un vínculo laboral y unos ingresos en la demandante, por lo que concluye que no hay prueba de tales ingresos en los años 2015, 2016, 2017 y 2018 en la suma de \$31.200.000.000 que estimó la parte demandante.

ALEGACIONES DE LA IPS UNIVERSITARIA. (1.08 Y SS) (PDF 55)

Avala o adhiere a lo dicho por los codemandados, y alude al principio de la carga de la prueba previsto en el artículo 167 del CGP; en un régimen de culpa probada, que a su juicio no está satisfecho.

Pone de presente cómo la señorita ESTEFANÍA RESTREPO, al ser preguntada por los procedimientos que se llevaron a cabo en la IPS UNIVERSITARIA, contestó que allí se limitaron a hacer lo que tenían que hacer y luego le dieron de alta; siendo que en todo caso "no se le pueden exigir imposibles a los prestadores de salud".

Al igual que sus codemandados antecesores refiere a la baciloscopia con resultados negativos, base para ordenar lo pertinente en ese estado de salud; lo que es avalado por el señor perito; diciendo esta parte que su proceder fue ajustado a la *lex artis*, diligente, prudente, sin que ESTEFANÍA presentara reproches en su contra. Pone de presente la recuperación actual de la paciente, lo que a su juicio puede dar lugar a una reducción en la indemnización.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero dejar sentado que se advierten satisfechos los denominados presupuestos procesales previos de jurisdicción y competencia, capacidad para ser parte y comparecer al proceso, lo mismo que lo relacionado con demanda en forma, lo que aunado a la ausencia de vicios de nulidad, permite la emisión de esta sentencia de fondo.

BREVE ALUSION A LAS PRETENSIONES Y LA POSICION DEFENSIVA DE LAS DEMANDADAS.

LA DEMANDA.

Se **pretende** que el despacho declare civil y contractualmente responsable a LA NUEVA EPS **por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales ocasionados a los demandantes**, *"como consecuencia de negligencia, imprudencia e impericia por error diagnóstico y mal manejo efectuado por los médicos adscritos a la entidad demandada"*.

Por **daño emergente** se pide la suma de \$5.000. 000.00 (cinco millones de pesos), por gastos médicos, movilización, transporte, alimentación, al momento de presentar la demanda.

Por **lucro cesante consolidado**, por la pérdida de empleo de ESTEFANÍA mientras estuvo realizando gestiones médicas, que se condene a la NUEVA EPS a pagarle \$31.200. 000.00 al momento de presentar la demanda.

Para este propósito presentó una lista de gastos, (fl 373 demanda) *"en promedio, a partir del 2015" "son más de lo aquí expuesto, pero no se tiene un reporte exacto"*. También presentó unos comprobantes de pagos varios en Av Villas y otras entidades respecto de su seguridad social, tarjeta de crédito y otras obligaciones

Por **daños morales** \$331.246.400 (400smlmv) para ESTEFANÍA RESTREPO RESTREPO, y la suma de \$82.811. 600.00 (100 smlmv) para LUZ MARINA RESTREPO PARRA (MADRE) ANGEL GABRIEL RESTREPO (PADRE) Y JUAN CAMILO RESTREPO RESTREPO (HERMANO).

Que se condene a LA NUEVA EPS al pago de indemnización **por el chance o la oportunidad de recurrir a tratamiento oportuno**, de acuerdo a lo que resulte probado dentro del proceso o en su defecto lo que estipule el perito designado por su despacho.

Además, se solicita la condena en costas y *demás erogaciones que se produzcan en virtud de este proceso en el momento procesal determinado.*

En lo fáctico, se cuenta que desde aproximadamente 2012 la joven ESTEFANÍA empezó a consultar por un cuadro de gripa bastante fuerte, para lo cual le enviaron medicamentos pero no mejoraba, seguía con mucha fiebre y tos, mostrándose afectada según exámenes de sangre, radiografías y otros que le mandaban; Dice que ESTEFANÍA siguió enferma y consultando, hasta que en septiembre de 2014 perdió la voz, siendo ella cantante y profesora de canto en la Universidad de Antioquia; y que el médico que la trataba la catalogó como multiconsultante y le dijo que no le podía mandar más exámenes, pese a observarla con baja o pérdida de peso, y deterioro en su salud; hasta que en 2015 un médico particular la revisó y le envió unos exámenes que luego le mostró a un médico de la NUEVA EPS, y ahí sí le enviaron exámenes nuevos y requeridos, los que finalmente dieron como resultado TUBERCULOSIS, en febrero 13 de 2025.

Así las cosas, se inició el tratamiento de la TUBERCULOSIS, EN FEBRERO DE 2015, con remisión al otorrino, donde le indicaron el uso del tapabocas para ella y su familia; entrando la joven ESTEFANIA en un proceso depresivo, nerviosa por haber podido contagiar a otras personas, siendo que ella trabajaba con niños como profesora de canto; optando por aislarse, a bajar su rendimiento académico; llegando Ella hasta a sentir miedo de morir ante el desconocimiento de la gravedad y entidad de su afección la cual ya había soportado mucho tiempo.

Se dice, hecho 13, que se continuó con el tratamiento, desarrollando un derrame pleural, el cual inicialmente no requirió cirugía, conforme a opinión del médico; no obstante, en veces tenía ataques fuertes de tos, se asfixiaba y perdía el conocimiento; pero el médico le decía que los exámenes salían buenos y que no había de qué preocuparse.

Agrega que incluso unos exámenes le mostraron CAVERNAS EN LOS PULMONES, pero que en la NUEVA EPS le dijeron que con el tratamiento eso iba a mejorar; anotando que el medicamento que tomaba la afectaba mucho, pues le manchaba los dientes, le cambió la orina, el color y el olor.

En ese escenario, la joven ESTEFANÍA Y SU MADRE consideraban necesaria una NEUMOLOGÍA, y el Dr. de la NUEVA EPS decía que no había necesidad; pero el temor era constante pues a pesar de que los síntomas de la tuberculosis habían disminuido la actividad pulmonar de ESTEFANÍA seguía fallando.

En el hecho 17 se dice que ESTEFANÍA terminó el tratamiento y le dieron de alta, sin concretar la necesidad de extender el tratamiento, o un TAC y raspado de pulmones por las CAVERNAS que presentaba, siendo tratada de "intensa"; lo que generó que acudieran a la SUPERINTENDENCIA DE SALUD y ahí si las llamaron para darles citas con internista y neumología; pues aunque las baciloscopias salían negativas presentaba asfixias y desmayos, con el bronquio del pulmón derecho bastante cerrado, pensándose entonces en implantarle un stent bronquial; optándose, hecho 22, por *"un procedimiento ambulatorio programado para el día 9 de mayo de 2017...dando como resultado que en los siguientes dos días y más específicamente el día 11 de mayo del año 2017, hacerle una cirugía y extraerle esos dos lóbulos de su pulmón derecho"*; *cirugía que incluso después en revisión, con resultados de patología, mostró que aún se encontraban bacilos, que llevaban a un nuevo cuadro de TBC, INICIANDO ENTONCES TRATAMIENTO NUEVO POR SEIS MESES MÁS.*

Se agrega que en este nuevo tratamiento se dio un choque emocional sumamente fuerte en ESTEFANÍA, pues su hermano JUAN CAMILO resultó afectado con la misma enfermedad, lo que generaba incluso sentimientos de culpa en ella.

Se narra que la salud emocional de ESTEFANÍA se vio afectada al tener que asumir esos procesos, que, al principio, en el año 2015 no contó con psicólogo de la NUEVA EPS, afrontando el asunto por más de 3 años, cuando no debió superar los 6 meses; y si bien ya está sana, continúa en citas con revisión, psicología, y tratamientos de rehabilitación pulmonar (hecho 29).

Finalmente, se dice que este proceso afectó no solo a ESTEFANÍA en su vida personal, social, familiar y profesional, sino también a su familia; amén de la afectación patrimonial pertinente.

Se alega que a la joven ESTEFANÍA RESTREPO RESTREPO *"se le prolongó su estancia hospitalaria y manejo ambulatorio, incapacidad laboral con el lucro cesante", generado por la pérdida de su capacidad trabajo, pérdida de sus ingresos fijos. Daño emergente por las deudas a las que ha tenido que incurrir para poder sostener su diario vivir y el de su familia, y los costos de los tratamientos y terapias. Generándose con esta limitación por la pérdida de su pulmón, daño emergente y un lucro cesante para la joven ESTEFANÍA RESTREPO RESTREPO. El principal perjuicio o daño causado al joven (sic) ESTEFANÍA*

RESTREPO RESTREPO consistió en quedar con una Pérdida de Capacidad Laboral”.

El error médico y el nexo de causalidad se hace consistir en que se desconocieron normas, protocolos, y guías por parte de los médicos tratantes de la NUEVA EPS, *“basados en los aparentes signos clínicos del paciente reportados en la historia clínica y no en el cuadro clínico real que presentaba la paciente...y culpa grave o descuido grave al enviarla siempre para su casa con diagnósticos simples, a lo que ella seguía consultando, pero el doctor cerró aún más sus posibilidades al informarla como una paciente multi consultante, y negligentemente le informó que no podía mandarle más exámenes porque el sistema no lo permitía, a pesar de observar que presentaba pérdida de peso y un estado alarmante de bajo peso...simplemente le recomendaba vitaminas para subir de peso...”* hasta que finalmente en febrero 13 de 2015 llamaron a la madre de ESTEFANIA y le dijeron que padecía TUBERCULOSIS(suspensivos del juzgado).

Se agrega que hubo:

“1.) El error de los servicios de urgencias y de medicina general, quienes le daban de alta y daban reportes normales no compatibles con el estado y el cuadro clínico del paciente,

“2.) El error de diagnósticos que se demostró en los hechos y se prueban como son los diagnósticos normales de gripas infecciosas fuertes, cuando en realidad era una TUBERCULOSIS que desencadenó(sic) la pérdida total del pulmón.

3.) Existe culpa demostrada y se genera daño por parte de la NUEVA EPS, por el hecho de tardarse en la atención del diagnóstico inicial a la paciente joven ESTEFANÍA RESTREPO RESTREPO, prolongando con esto el tiempo de evolución del padecimiento agudo y de gravedad de la paciente con riesgo de complicaciones severas y posterior extracción de su pulmón”.

En concreto, se pide que se condene a los demandados a pagar a ESTEFANÍA RESTREPO, por perjuicios físicos, psíquicos, morales y por el chance u oportunidad de recurrir a un tratamiento oportuno.

En el libelo de dejaron reseñadas las pruebas solicitadas, anexadas y pedidas. (Fls 25 y ss del cdno ppal).

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. NUEVA EPS S.A. (pdf 12).

INICIALMENTE presenta una **"consideración preliminar"** para destacar sus funciones como tal, de índole administrativo, sin que sea de su competencia la prestación directa de servicios de salud, que corresponden a las IPS, ni es de su función la custodia de las Historias Clínicas, en los términos del artículo 177 de la ley 100 de 1993; y sin que exista solidaridad con las IPS.

Respecto de los hechos reitera lo dicho a manera de consideración preliminar y seguidamente manifiesta que no existe pérdida de oportunidad pues el 18 de octubre se emitió autorización a la paciente para la IPS UNIVERSITARIA Y VIVA 1ª IPS, urgencias por medicina general, sin que se presentaran retardos, ni omisiones.

Desde la perspectiva anterior, alega que no le constan las actividades de la paciente, ni su afirmada pérdida de voz en septiembre de 2014, ni actuaciones ni omisiones del médico tratante, *"ni las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar"*, pero que en todo caso, *"es necesario aclarar que las atenciones médicas que la paciente narra en el hecho (tercero) no fueron reportadas a la EPS, tal como se puede confrontar con los registros de autorizaciones en el anexo 1 del CONCEPTO DE ACCESO Y OPORTUNIDAD de la Dirección de Acceso a Servicios de Salud de Nueva EPS de fecha abril 12 de 2019, así como su alcance de agosto 5 del mismo año"*.

En general y como se ha dicho, refiere que no constan los hechos de la demanda, por ser hechos de terceros y alude recurrentemente a los registros de autorizaciones en el anexo 1 del CONCEPTO DE ACCESO Y OPORTUNIDAD de la Dirección de Acceso a Servicios de Salud de Nueva EPs de fecha abril 12 e 2019, así como su alcance de agosto 5 del mismo año.

La respuesta al hecho 11 y ss se da relacionando igualmente que no le constan y diciendo que en la demanda se dificulta su defensa porque no se concreta el médico tratante, las fechas ciertas de consulta, ni la IPS concreta donde la atendieron; acotando que no fue en la EPS donde la atendieron. No obstante y acudiendo nuevamente a los registros de autorizaciones en el anexo 1 del CONCEPTO DE ACCESO Y OPORTUNIDAD de la Dirección de Acceso a Servicios de Salud de Nueva EPs de fecha abril 12 e 2019, así como su alcance de agosto 5 del mismo año, hasta el 16 de abril de 2015, para relacionar distintas actuaciones y autorizaciones emitidas por la NUEVA EPS, *"para atención de la demandante en diferentes IPS por NEUMONÍA NO ESPECIFICADA, SECUELAS DE TUBERCULOSIS RESPIRATORIA Y DE TUBERCULOSIS NO ESPECIFICADA en la IPS UNIVERSITARIA, en la CLINICA SANTA MARÍA, por DERRAME PLEURAL NO CLASIFICADO EN OTRA PARTE y otras tantas patologías, en tanto el ALCANCE de agosto 5 de 2019, certifica atenciones a la paciente en la IPS PRIMARIA VIVA 1 A VILLANUEVA de Medellín desde octubre 15 de 2011 al 1 de febrero de 2019,*

lo cual demuestra como en el asunto, así como por el hecho de plantea, no existe lo que la jurisprudencia ha denominado pérdida de oportunidad, ni ninguna otra figura jurídica que implique incumplimiento alguno de la EPS respecto a su afiliada ya que la entidad que represento nunca retardó, omitió o negó autorización alguna a la paciente, dando así estricto cumplimiento a sus obligaciones contractuales”.

Luego y en relación con los hechos 14 y ss hasta el final, retoma su modus de contestación de la demanda, diciendo que no le constan los hechos, ni demás circunstancias de tiempo, modo y lugar, dadas las mismas razones expuestas, y a las cuales remite.

Finalmente aduce que tampoco le consta lo relacionado con los afirmados perjuicios personales y familiares.

SE OPONE entonces a todas las pretensiones, dada la alegada característica de la NUEVA EPS, que la diferencia de las IPS donde las actuaciones de las mismas y sus cuerpos médicos y enfermeras son independientes de cualquier actuación de la EPS a las que están adscritos; además de que la NUEVA EPS ha dado estricto cumplimiento a sus obligaciones contractuales, pues brindó los medios y mecanismos para que se diera la atención requerida a la paciente; lo que descarta la causa eficiente del resultado dañino. Recaba que su obligación y responsabilidad *“se circunscribe a que se de una negativa en la prestación del servicio, lo que definitivamente no se presenta en este caso”.*

Reseña que la responsabilidad podría estar en cabeza la IPS UNIVERSITARIA o de VIVA 1 A IPS, por lo que deberían ser llamadas al proceso a responder por la defensa de su actuación, pero no la NUEVA EPS, quien no interviene en las actuaciones médicas.

Alega también que hay desproporción en la cuantía de los perjuicios morales reclamados.

EXCEPCIONES DE MÉRITO

Con base en lo expuesto, formuló las siguientes excepciones:

“Inexistencia de responsabilidad solidaria, (ni legal ni contractual) inexistencia de daño indemnizable imputable a nueva eps, inexistencia del factor de imputación: culpa a título de falla en el servicio; inexistencia de responsabilidad por carencia del daño antijurídico; cumplimiento cabal de las obligaciones de nueva eps por hecho de terceros (eximentes de responsabilidad, sentencia c-616-01, sc 13925 de septiembre 30 de 2016, M.P. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ);

inexistencia de falla en el servicio médico imputable a nueva eps e inexistencia de nexo causal entre la actividad de nueva eps y el resultado final, ausencia de culpa y ruptura del nexo causal por hecho imputable de manera exclusiva a un tercero; carencia absoluta de prueba de nexo causal entre la omisión endilgada a nueva eps y el daño alegado; inexistencia de obligación a cargo de la eps dado el tipo de responsabilidad que se demanda; indebida tasación de perjuicios y enriquecimiento sin causa o cobro de lo no debido, inexistencia de daño por pérdida de oportunidad, excepción genérica”.

El demandado se encargó de fundamentar cada una de estas excepciones, con citas legales y jurisprudenciales al respecto, en especial la ley 100 de 1993 y las sentencias C-616 DE 2001 Y SC 13925 DE SEPTIEMBRE 30 DE 2016, M.P. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ; Y SENTENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO, C.P. DRA MYRIAM GUERRERO D EESCOBAR, DEL 28 DE ABRIL DE 2010; últimas para descartar la solidaridad y falla en el servicio médico a cargo de la nueva eps.

Se refiere que no se da pérdida de oportunidad o de chance, en este caso de curación, o el menoscabo de probabilidad suficiente de obtener una ventaja esperada o evitar la pérdida en la recuperación de la salud, acorde por ejemplo con el doctrinante López Mesa (2007, p. 164)

En la contestación se dejaron reseñadas las pruebas anexadas y solicitadas, incluyendo como anexo las alegadas autorizaciones con médicos generales, psicología, nutricionistas, terapias de rehabilitación pulmonar y otros.

Se señaló en el “memorando” de agosto 05 de 2019, “Alcance C-044 de 2019” DATOS DEL AFILIADO ESTEFANIA RESTREPO RESTREPO, “15 anexo PDF”, dirigido por el Director de Acceso a Servicios de salud de la Nueva EPS a la Secretaría General y Jurídica de esa entidad, se anota que “revisando el ANÁLISIS PRELIMINAR, advierte que la paciente fue atendida en la IPS PRIMARIA VIVA 1 A VILLANUEVA de Medellín Antioquia desde octubre 15 de 2011 al 1 de febrero de 2019, así que será necesario complementar el concepto de acceso o aportando la documentación referente a la atención que recibe la paciente a partir de esa fecha, así como la referente a la del tema de conciliación. Y sobre la actuación de estas IPS, como otras que puedan aparecer que atendieron a la paciente, remitirnos su concepto técnico” y se le responde que NO SE EVIDENCIAN REPORTE DE AUTORIZACIONES PARA LOS PERIODOS COMPRENDIDOS ENTRE LOS AÑOS 2011, 2012, 2013 y 2014 “Autorizaciones IPS primarias”; y que se evidencian tales autorizaciones entre el 17 de junio de 2015 y el 24 de julio de 2015; 38 a autorizaciones comprendidas entre el 13 de enero de 2016 y el 25 de noviembre de 2016; 64 autorizaciones comprendidas entre el 01 de marzo de 2017 y el 11 de diciembre de 2017; 32 autorizaciones

comprendidas entre el 15 de enero de 2018 y el 23 de noviembre de 2018; 09 autorizaciones comprendidas entre el 01 de enero de 2019 y el 10 de abril de 2019"; "servicios que son autorizadas el mismo días de la solicitud por la IPS primaria", lo que deja ver, desde ya, acota este Despacho, que hasta antes del 2015 las autorizaciones no se dieron oportunamente.

LLAMAMIENTOS EN GARANTÍA DE LA NUEVA EPS S.A.

Además, **se llamó en garantía** a VIVA 1 A IPS S.A, y la IPS UNIVERSITARIA, invocando fundamentos legales respecto de VIVA 1 A y contractuales respecto de la IPS UNIVERSITARIA, como luego se verá.

Surtido el TRASLADO DE EXCEPCIONES DE MERITO en 06-04-2022, (PDF 21). se llevó a cabo la AUDIENCIA INICIAL, grabada a PDF 30.

El 02 de mayo de 2022 SE LLEVÓ A EFECTO LA AUDIENCIA INICIAL (PDF 30), se sanea el proceso, con decreto de pruebas para la llamada en garantía VIVA 1 A IPS, y la IPS UNIVERSITARIA ANEXÓ LA H C DE LA DEMANDANTE ESTEFANÍA RESTREPO, quien ingresó allí -CLINICA LEON XIII-en 01/09/ 2015 con diagnóstico de *"neumonía no especificada, tratamiento de tuberculosis pulmonar hace seis meses, consulta por dos días de dolor en el torax derecho, fiebre sudoración, expectoración verde, ,malestar general, por lo que le aplican "terapia anti tbc" y medicamentos 09 tabletas de biconjugado"*, dando cobertura al tratamiento desde el día 02/09/2015 hasta el días 07/09/2015, con alta para consultar en la IPS primaria de la paciente.

Posteriormente se refieren otras atenciones en el año 2019, como terapia de rehabilitación pulmonar sod hasta agosto 06 de 2019.

SOBRE LOS LLAMAMIENTOS EN GARANTÍA

LLAMAMIENTO A VIVA 1 A IPS.

Se fundamenta el mismo en que, AUNQUE NO EXISTE RELACION DE TIPO CONTRACTUAL ESCRITA con la llamada, es lo cierto que VIVA 1 A IPS S.A "es una de las IPS en la cual se brindó atención la atención médica cuestionada" a la demandante ESTEFANÍA RESTREPO RESTREPO; IPS con la cual la NUEVA EPS tiene una relación comercial con motivo de la atención médica que ésta prestó a la paciente, *"por lo cual resulta imperioso el llamamiento a VIVA 1 A IPS S.A. para que responda a la demandante y a la EPS por los perjuicios a consecuencia de la responsabilidad que se llegare a demostrar"*; y así, es la ley la que habilita el llamamiento en garantía.

Lo anterior, en virtud de lo establecido en el artículo 64 del CGP, alegando una relación legal y comercial entre llanamente y llamado que habilita el llamamiento, pues en su criterio, *"...de llegar a verse afectada NUEVA EPS S.A. por sentencia que acoja total o parcialmente las pretensiones de la demanda, LA VIVA 1 A IPS S.A. deberá responder de manera íntegra, directamente o a través de sus aseguradoras de los perjuicios a que llegue a ser condenada NUEVA EPS S.A., razón por la cual la llamada en garantía debe defender su procedimiento médico dentro del presente proceso"*.

Con base en lo anterior pide que *"en el remoto evento de ser condenada la entidad que represento NUEVA EPS S.A. a pagar cualquier suma de dinero de orden indemnizatorio en el presente proceso, se ordene a su vez a la VIVA 1ª IPS S.A. a realizar dicho pago"*.

En lo probatorio se solicitó tener en cuenta la demanda y sus pruebas, las historias clínicas del proceso y las que se allegasen en torno a la relación legal entre la NUEVAS EPS y la llamada en garantía, además de las pruebas de la contestación de la demanda, y certificado de acceso a servicios de salud de NUEVA EPS de fecha 12 de abril de 2019, y "alcance" al anterior certificado de fecha 5 de agosto de 2019.

Del trámite del llamamiento: Inicialmente fue rechazado, por auto de mayo 26 de 2021, en tanto no se encontraba un sustento legal o contractual que habilitara el llamamiento; decisión que, apelada, fue revocada por el HTSM, disponiendo entonces el despacho la admisión del llamamiento en garantía en contra de VIVA 1 A IPS S.A.S.

LA CONTESTACION DE VIVA 1 A IPS

Esta llamada en Garantía por la NUEVA EPS procedió a contestar el llamamiento y la demanda, así:

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

De entrada, SE OPONE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA, alegando que su proceder se ajustó estrictamente a la *lex artis* y a los protocolos médicos; por lo que no existe relación de causalidad entre su actuar y los daños alegados, y en esa medida ninguna responsabilidad puede endilgársele.

Respecto de los hechos, pone de presente la generalidad del actor al respecto, y luego pasa pronunciarse de la siguiente manera:

Procede a hacer un recuento de las atenciones recibidas por ESTEFANIA RESTREPO RESTREPO en el año 2012, por tos húmeda persistente "*pero que podía ser explicada por otra enfermedad que presentaba como es la faringitis aguda; sin que para ese momento, junio 08 de 2012, fuera posible sospechar la TBC*" alegando que las atenciones fueron oportunas y de calidad.

Dice que, ante la persistencia de la tos, "*se prendieron las alarmas*" en julio 4 de 2012, por un posible problema pulmonar, solicitando estudios de laboratorio como hemograma, que concluyeron en anemia y le indicaron el tratamiento pertinente para esa afección.

Así, describe que en agosto de 2012 le ordenaron radiografía de tórax, como lo documenta la Historia Clínica; radiografía revisada en 03 de agosto de 2012, sin sospechas de TBC, y aun así le ordenaron baciloscopia seriada, con resultado negativo, "*según atención de enero 13 de 2017*".

Concluye este primer aparte del pronunciamiento en que ESTEFANÍA RESTREPO RESTREPO fue atendida oportuna y diligentemente en el año 2012, sin que se pudiera sospechar la TBC.

Luego cuestiona afirmaciones del demandante y se pregunta ¿en qué se basa para afirmar que los medicamentos "*eran muy fuertes*" "*pero no los adecuados*"?

Seguidamente dice que no le consta si la demandante estudiaba o no en la Universidad de Antioquia, ni si en septiembre de 2014 perdió la voz y tuvo disfonía constante; agregando que no se identifica cuál galeno fue el que supuestamente atendió "*negligentemente*" a ESTEFANÍA; ateniéndose entonces a lo consignado en la HISTORIA CLINICA. Tampoco le consta lo relacionado con la terminación del contrato de trabajo; y tampoco si consultó en el año 2015, enero, en compañía de una amiga, a un médico particular para que la evaluara, ateniéndose a los registros de la H.C.

Anota también que, según la H.C., en el año 2013 ESTEFANÍA RESTREPO consultó 4 veces por problemas no pulmonares; que en el año 2014 solo registra una única consulta por medicina general en 09 de octubre de 2014, cuando se detectó anemia y así fue tratada.

Dice que no le consta si la demandante solicitó cita con otorrinolaringología unos días antes de la cita de febrero, ni los resultados "*de no se sabe cuáles exámenes*", por lo cual se atiende a lo consignado en la H.C.

Alega que la TBC es una enfermedad infecciosa que tiene un período de incubación promedio estimado de 2 a 10 semanas (14 a 70 días), y "*por ello no*

se puede afirmar que en los años anteriores la paciente padecía tuberculosis"; y agrega que "en lo referente a los exámenes y resultados de tuberculosis nos atendremos a lo registrado en la historia clínica de la paciente demandante"

Se acepta como cierto el ingreso de la paciente al programa de tuberculosis narrado en el hecho octavo de la demanda, con inicio de tratamiento pertinente acorde con el protocolo del Ministerio de salud, recordando que la paciente inició consultas en la IPS CEMEV S.A.S VILLANUEVA Y LAS AMERICAS, POSTERIORMENTE CON VIVA 1ª IPS S.A., CLÍNICA UNIVERSITARIA, CLÍNICA LEON XIII, LOS FUNDADORES, CLINICA CARDIO VID, IPS UNIVERSITARIA, sobre lo cual, dice, no es claro en demandante en indicar cuál galeno y de cual institución prestó el servicio alegado como fallido, lo cual, dice, dificulta su defensa.

Continúa su esquema defensivo diciendo que no le consta el bajo rendimiento académico ni el estado de ánimo y temores de la demandante; y seguidamente refiere que es cierto que la paciente continuó con su tratamiento de TBC *"porque así lo documentan las Historia Clínicas arrimadas por el apoderado de la parte demandante"*, y también es cierto lo del afirmado derrame pleural, según HC de VIVA 1ª IPS en 07/05/2015, ante lo cual se solicitó el examen más especializado denominado "TACAR", y remisión a medicina interna, lo que es ajustado a la lex artis. También se dijo que era cierta la aparición de las cavernas según la H CLINICAS.

De las gestiones de la madre y ESTEFANIA para conseguir cita con neumología, dice no constarle en tanto el hecho le es ajeno, y anota que en la HC de VIVA1A IPS aparecen atenciones de neumología desde 09/09/2016, con el Dr. Joel Ernesto Zabaleta Arroyo, por remisión de médico internista NEGUIT VIRGILIO PÉREZ PICALÚA EN CONSULTA DE 20/08 /2017, Por estenosis, dificultad respiratoria y reaparición de tos con expectoración blanquecina, por lo cual fue atendida en múltiples ocasiones según la H.C.

De una atención de urgencias a la paciente descrita en el hecho décimo sexto, dice no constarle por no haber prestado ese servicio, ateniéndose entonces a lo que figure en la H. C.

Respecto de las atenciones descritas en los hechos décimo séptimo, décimo octavo, y décimo noveno, vigésimo, vigésimo primero y vigésimo segundo, anota que no le constan, pues fueron varias las entidades de salud que atendieron a la paciente y el apoderado demandante no hace la distinción pertinente, reiterando que la atención prestada por VIVA 1ª IPS fuero oportuna y de calidad.

Al contestar el hecho vigésimo tercero respecto del *"mal y tardío diagnóstico de la enfermedad padecida por la paciente"*, dice que *"tendrá que probarlo"*, pues *"toda la actuación médica fue ajustada a la lex artis ad hoc"*.

Finaliza reiterando que lo constan los demás hechos, unos porque las atenciones no fueron prestadas por VIVA 1 A IPS, y otros porque se trata de información personal de la paciente no registrada en esa IPS; y respecto del tratamiento de la tuberculosis, hecho 28, dice que el mismo también puede producir efectos adversos *"que de ninguna manera son atribuibles a fallas médicas provenientes de mi defendida; el contagio de la enfermedad depende de variables como la nutrición, contacto con otras personas, convivencia estrecha, virulencia del germen, estados inmunocomprometidos de persona, entro otros; la enfermedad tuberculosa de la paciente no se debió a fallas o retardo en la atención médica; el diagnóstico se hizo en la medida que la paciente presentó los signos y síntomas y demostrada por laboratorios"*, adicionando al contestar el hecho vigésimo noveno que *"los esquemas de tratamiento antituberculosos se encuentran en protocolos y guías nacionales. Y no es cierto que los especialistas no atendieran de manera oportuna y diligente a la paciente, pues las historias clínicas registran lo contrario."*

Agrega contestando el hecho trigésimo u trigésimo primero que la paciente presentó secuelas esperadas y descritas en la literatura científica, aún con los diagnósticos oportunos y con los mejores tratamientos médicos.

VIVA 1 A IPS SAS aportó la HISTORIA CLINICA DE LA PACIENTE Y AHORA DEMANDANTE ESTEFANÍA RESTREPO (PDF 33).

EXCEPCIONES DE MÉRITO.

Con fundamento en todo lo expuesto, propuso las siguientes:

AUSENCIA DE RELACION DE CAUSALIDAD ENTRE LA ACTIVIDAD DESPLEGADA POR VIVA 1ª IPS S.A. Y EL DAÑO PRODUCIDO.

Reitera que su actuación estuvo ajustada a la lex artis, que en el año 2012 el examen de baciloscopia seriado fue negativo, que en los años siguientes, 2013 y 2014 no consultó por problemas respiratorios en esa IPS, y que, además, en el año 2015 consultó con médico particular lo que interrumpió el tratamiento, y añade que posteriormente se atendió a la paciente por neumología, medicina interna y otorrinolaringología, clínica e intervencionista, todo lo cual descarta la falla en el servicio médico.

INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DE INDEMNIZAR POR PARTE DE VIVA 1ª IPS S.A.

Fundamentada esta excepción en lo ya dicho: apego a la lex artis y a protocolos médicos.

En lo probatorio se anexó: HC DE VIVA 1ª IPS, DICTAMEN PERICIAL EN PDF, y se pidió la declaración testimonial de los médicos JOEL ERNESTO ZABALETA ARROYO, NEUMÓLOGO; Y NEGUIT VIRGILIO PÉREZ PICALUA, médico internista. Igualmente, interrogatorio de parte a la demandante.

CONTESTACION DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FORMULADO POR NUEVA EPS.

Frente a los hechos: Dice que es cierto que VIVA 1ª IPS hace parte de la red de prestadores de servicios de la NUEVA EPS, y que son ciertos los demás hechos del llamamiento.

Frente a las pretensiones: SE OPONE, dado que ninguna responsabilidad se puede predicar de VIVA 1ª IPS S.A.

EXCEPCIONES DE MÉRITO:

AUSENCIA DE RELACION DE CAUSALIDAD ENTRE LA ACTIVIDAD DESPLEGADA POR VIVA 1ª IPS S.A. Y EL DAÑO PRODUCIDO.

Reitera la defensa al contestar la demanda, esto es, que su actuación estuvo ajustada a la lex artis, que en el año 2012 el examen de baciloscopia seriado fue negativo, que en los años siguientes, 2013 y 2014 ESTEFANÍA RESTREPO no consultó por problemas respiratorios en esa IPS, y que, además, en el año 2015 consultó con médico particular lo que interrumpió el tratamiento, y añade que posteriormente se atendió a la paciente por neumología, medicina interna y otorrinolaringología, clínica e intervencionista, todo lo cual descarta la falla en el servicio médico, destacando que las obligaciones médicas son de medio y no de resultado,

En lo probatorio aportó certificado de existencia y representación legal de VIVA 1ª IPS SA y la HISTORIA CLÍNICA de ESTEFANÍA RESTREPO RESTREPO.

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA A LA IPS UNIVERSITARIA

Se fundamenta el mismo en que LA IPS llamada "*participó activamente y por lo tanto está obligada a defender su actuación médica dentro del asunto demandado*", acotando que entre llamante y llamado se "*suscribió contrato de*

prestación de servicios de salud en la modalidad de evento”, vigente para el momento de los hechos, según la CLÁUSULA DE PRÓRROGA AUTOMÁTICA, prevista en la CLÁUSULA SEXTA.

Se agrega que, de conformidad con la cláusula primera del referido contrato, el objeto del mismo era prestar a los afiliados de Nueva EPS S.A. los servicios médico asistenciales que hacen parte de las coberturas del Plan Obligatorio de Salud-POS (MAPIPOS), que en el anexo 1 se describen las coberturas, y en la CLÁUSULA SEGUNDA aparecen descritas las obligaciones de la IPS UNIVERSITARIA (Clínica León XIII).

Se acota que la CLÁUSULA DECIMA SEXTA, Y VIGÉSIMA PRIMERA del contrato se pactó la INDEMNIDAD de NUEVA EPS, a cargo de la IPS, exonerando expresamente a NUEVA EPS de responsabilidad derivada de las actuaciones de todo tipo de la IPS UNIVERSITARIA.

Lo anterior, en virtud de lo establecido en el artículo 64 del CGP, alegando una relación legal y contractual entre llamante y llamado que habilita el llamamiento, pues la IPS UNIVERSITARIA ***“se compromete a mantener indemne y libre de cualquier responsabilidad a NUEVA EPS S.A., inclusive por los hechos alegados en la demanda que da origen al presente proceso”.***

Con base en lo anterior solicita que en caso de ser condenada la entidad que representa, NUEVA EPS S.A. a pagar cualquier suma de dinero de orden indemnizatorio en el presente proceso, se ordene a su vez a la IPS UNIVERSITARIA que responda íntegra, directamente o a través de sus aseguradoras por los perjuicios a que llegue a ser condenada NUEVA EPS S.A.

En lo probatorio se anexó copia del contrato de prestación de servicios suscrito entre la NUEVA EPS S.A. y la IPS UNIVERSITARIA (CLINICA LEON XIII), y certificado de existencia y representación legal; y se solicitó tener el certificado de acceso a servicios de salud de NUEVA EPS de fecha 12 de abril de 2019.

Del trámite del llamamiento: Por auto de octubre 1 de 2021 se admitió el llamamiento en garantía en contra de la IPS UNIVERSITARIA; ordenando el traslado de rigor al llamado en los términos del artículo 66 del CGP.

Debidamente notificada, LA IPS UNIVERSITARIA no contestó el llamamiento en garantía.

Agotado todo el trámite procesal se procede entonces con la sentencia de fondo, así:

EL PROBLEMA JURIDICO.

Ha de determinarse la responsabilidad civil que pueda imputarse a la demandada NUEVA EPS S.A., por un afirmado erróneo y tardío tratamiento médico que concluyó con la aparición de una tuberculosis, producto de la cual la demandante tuvo que ser finalmente intervenida quirúrgicamente para extraerle gran parte de su pulmón derecho; teniendo que sobrellevar las consecuencias o secuelas de ello.

De salir avantes las pretensiones, se examinarán además las excepciones de mérito, lo mismo que lo relacionado con los llamamientos en garantía formulados por la demandada NUEVA EPS S.A en contra de VIVA 1ª IPS S.A; y la IPS UNIVERSITARIA.

SOBRE LA SOLIDARIDAD ENTRE LAS EPS Y LAS IPS

Dado que este el eje central y preliminar de la defensa de la NUEVA EPS, resulta necesario y pertinente hacer alusión, in extenso, al asunto, para dejar sentado, siguiendo a la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, la existencia de tal solidaridad, así: (OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE Magistrado Ponente SC - 2769-2020 Radicación n' 76001-31-03-003-2008-00091-01 (Aprobada en sesión de doce de junio de dos mil diecinueve) Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

". CONSIDERACIONES.

1.- Del Sistema de Seguridad Social en Salud

La seguridad social, que tiene la categoría de derecho humano universal, corresponde a un sistema estructurado para obtener la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales de toda persona, en pos de su libre desarrollo y con respeto a la dignidad que merece cada individuo. Su trascendencia es tal que el artículo 48 de la Constitución Política la define como un «servicio público de carácter obligatorio» a prestar bajo la «dirección, coordinación y control del Estado», con la precisión de que es un derecho irrenunciable.

Precisamente, una de sus manifestaciones es el servicio de salud, que se trata individualmente en el artículo 49 ibídem como un servicio público a cargo del Estado y cuyo acceso debe ser garantizado a la luz de los «principios de eficiencia, universalidad y solidaridad», bajo los cuales pueden prestarlo entidades privadas sujetas a vigilancia y control oficial, ofreciendo mayor énfasis de protección a la población más vulnerable, toda vez que los artículos 44 y 50 ejusdem prevén que «la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social» son derechos fundamentales de los niños y que los menores de un año que no cuenten con cobertura tendrán derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado.

Con el propósito de desarrollar esos preceptos de orden superior, se expidió la Ley 100 de 1993 por medio de la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral, que se rige por los principios del artículo 2, así:

Eficiencia. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente;

Universalidad. *Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida;*

Solidaridad. Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.

Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de Seguridad Social mediante su participación, control y dirección del mismo.

Los recursos provenientes del erario público en el Sistema de Seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables;

Integralidad. Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley;

Unidad. Es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social, y

Participación. Es la intervención de la comunidad a través de los beneficiarios de la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto.

Dicha compilación buscó unificar la normatividad y la planeación de la seguridad social, así como coordinar a las entidades involucradas en el tema, para garantizar: «las prestaciones económicas U de salud a quienes tienen una relación laboral o capacidad económica suficiente para afiliarse al sistema»; «la prestación de los servicios sociales complementarios» allí señalados; y «la ampliación de cobertura hasta lograr que toda la población acceda al sistema» (art. 6).

El Estatuto precisó entonces que el «Sistema de Seguridad Social Integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios» allí definidos (art. 8^o).

Desde esos principios inspiradores se vislumbra una complejidad en cuanto a los nexos que unen a todos los implicados en el Sistema, ya que se fija como destinatarios iniciales del mismo a quienes perciban ingresos derivados de una relación de trabajo, en la cual el empleador y sus colaboradores asumen ciertas cargas económicas en pos de beneficiarse de los diferentes regímenes; así como aquellos que a pesar de carecer de un vínculo de tal naturaleza cuentan con una suficiencia de recursos que les permite costear íntegramente el aporte periódico con igual propósito. A su vez prevé como encargadas de brindar la compensación a tal esfuerzo a un «conjunto armónico de entidades públicas y privadas», entre las cuales pueden existir múltiples acuerdos de negocios, que, si bien deben

estar ceñidos a las exigencias del «Sistema», también se rigen por las normas de derecho público y privado de acuerdo a sus alcances y especificidades.

Ya en lo que respecta al Sistema de Seguridad Social en Salud, tratado en el segundo libro de ese cuerpo regulatorio, se prevé entre las diferentes reglas a cumplir las de protección integral en las fases de «educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia»; libre escogencia de los usuarios «entre las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios»; y el establecimiento de mecanismos de control que garanticen la calidad de los servicios para una «atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y prácticas profesional[es]» (art. 153).

La estructura del Sistema en dicho campo quedó delimitada en el artículo 155, donde se discrimina su conformación por organismos de dirección, vigilancia y control (Ministerios de Salud y Trabajo, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y la Superintendencia

Nacional en Salud), los organismos de administración y financiación (Entidades Promotoras de Salud, las Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de Salud y el Fondo de Solidaridad y Garantía}, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, públicas, mixtas o privadas, demás entidades de salud adscritas a los Ministerios aludidos, los empleadores, trabajadores y sus organizaciones, así como los cotizantes independientes y los pensionados, los beneficiarios instituidos en todas sus modalidades; los Comités de Participación Comunitaria y las organizaciones comunales que participen en los subsidios de salud.

2.- Las obligaciones del Sistema.

Aunque las Entidades Promotoras de Salud figuran entre los organismos de administración y financiación, sus funciones van mucho más allá, como se desprende del artículo 156 al fijar las características básicas del «Sistema» y partir del supuesto de que todos los habitantes «deberán» afiliarse a aquellas para que «previo el pago de la cotización reglamentaria o a través del subsidio que se financiará con recursos fiscales, de solidaridad y los ingresos propios de los entes territoriales» reciban un «plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales» denominado Plan Obligatorio de Salud. Es de advertir que el recaudo del aporte está a cargo del Fondo de Solidaridad y Garantía, pero éste puede delegar tal función a las Entidades Promotoras de Salud, sin que haga parte de sus ingresos propios, ya que lo que perciben las EPS son las Unidades de Pago por Capitación (UPC) por cada afiliado y beneficiario, conforme al valor que establece periódicamente el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Incluso en el literal e) se insiste en que las Entidades Promotoras de Salud tienen a cargo «la afiliación de los usuarios y la administración de la prestación de los servicios de las instituciones prestadoras» y están obligadas a suministrar al afiliado que «pague la cotización o tenga el subsidio correspondiente, el Plan Obligatorio de Salud, en los términos que reglamente el Gobierno», cargas que se reiteran al definir las en el artículo 177 como «las entidades responsables de la afiliación y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía», cuya «función básica será organizar y garantizar -se resalta-, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados» añadiendo luego que les compete «[o]rganizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio ,

nacional», «[d]efinir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las Instituciones Prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia» y «{establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud* (art. 178 nrals. 3, 4 y 6).

El ingreso al sistema surge de la afiliación a la EPS seleccionada, pero anejas a ella existen otras situaciones necesarias para alcanzar el objetivo primordial de lograr una óptima cobertura del POS mediante la prestación del servicio de salud con la colaboración de diversos especialistas puestos a disposición de los usuarios, así como Instituciones Prestadoras de Salud, ya sea que unos y otras hagan parte o no de la organización, lo que le confiere una naturaleza jurídica especial e intrincada a dicho sistema.

Por su lado el afiliado cuenta con la posibilidad de elegir la Entidad Promotora de Salud, así como las «instituciones prestadoras de servicios y/o los profesionales adscritos o con vinculación laboral a la Entidad Promotora de Salud, dentro de las opciones por ella ofrecidas» (art. 156 lit. g), con la tranquilidad de que el Plan Obligatorio de Salud no solo lo ampara a él sino que comprende una protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso o los niveles de atención y complejidad» (art. 162 y 163).

Puestos en contexto, la función de las EPS de «garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio» a que se refiere el artículo 177 de la ley 100 de 1993 debe ser vista más allá del mero "contrato de afiliación», como si su único efecto fuera la recaudación por delegación de aportes y la administración de recursos, para extender sus alcances al fin primordial de lograr una óptima cobertura en el servicio social de salud. (negritas de este juzgado).

Basta observar cómo el término «garantía» en una de las acepciones que trae el DRAE significa «efecto de afianzar lo estipulado», de ahí que tanto para el afiliado como sus beneficiarios la Entidad Promotora de Salud por la que se optó está en la obligación de respaldar que la atención en materia de salud se brinde de manera «eficiente, oportuna e integral» dentro de los lineamientos trazados en el plan obligatorio de salud, por medio de las IPS y médicos que hagan parte de ella o estén vinculados a la misma por cualquier otra relación jurídica.

Por lo tanto, no es suficiente que se facilite el acceso de los usuarios a los centros de atención hospitalaria o los especialistas particulares, ya sea que obren por cuenta de las EPS o como agentes alternos, para que se entienda cumplido el cometido de éstas dentro del marco de la Ley 100 de 1993 y las demás normas complementarias, toda vez que su compromiso se extiende a propender porque se logren evitar las afecciones previsibles y superar satisfactoriamente los padecimientos detectados, todo ello con prontitud y brindándole al paciente un trato acorde con la dignidad humana. (negritas de este juzgado).

Esa situación se evidencia incluso en el Decreto 1485 de 1994, por el cual se regula la organización y funcionamiento de las Entidades Promotoras de Salud y la protección al usuario en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, que en su artículo 2^o recalca que las EPS son responsables de «[administrar el riesgo en salud de sus afiliados, procurando disminuir la ocurrencia de eventos previsibles de enfermedad o de eventos de enfermedad sin atención, evitando

en todo caso la discriminación de personas con altos riesgos o enfermedades costosas en el Sistema», además de garantizar y garantizar la prestación de los servicios de salud previstos en el Plan Obligatorio de Salud, con el fin de obtener el mejor estado de salud de sus afiliados con cargo a las Unidades de Pago por Capitación correspondientes», por lo cual deben gestionar y coordinar la oferta de servicios de salud, directamente o a través de la contratación con IPS y profesionales de la salud, implementar sistemas de control de costos, informar y educar a los usuarios para el uso racional del sistema y establecer procedimientos de garantía de calidad para la atención integral, eficiente y oportuna de los usuarios en las instituciones prestadoras de salud (literales b. y d.).

Esa normatividad vista en conjunto despeja cualquier duda en cuanto a una participación restringida y limitada de las Entidades Promotoras de Salud, como si se tratara de unas meras captadoras de afiliados y gestoras en el manejo de los recursos, ya que su labor se extiende a lograr el cumplimiento cabal de los fines primordiales del sistema de seguridad social de «prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia» frente a los riesgos que atentan contra la salud de los usuarios. (negritas de este juzgado).

Bajo esas mismas premisas en CSJ SC 17 nov. 2011, rad. 1999-00533, se llamó la atención en que es principio del sistema organizado, administrado y garantizado por las Entidades Promotoras de Salud (EPS), la calidad en la prestación de los servicios de salud, atención de las condiciones del paciente según las evidencias científicas, y la provisión "de forma integral, segura y oportuna, mediante una atención humanizada" (artículo 153, 3.8* Ley 100 de 1993).

En idéntico sentido, las Entidades Promotoras de Salud (EPS), son responsables de administrar el riesgo de salud de sus afiliados, organizar y garantizar la prestación de los servicios integrantes del POS, orientado a obtener el mejor estado de salud de los afiliados, para lo cual, entre otras obligaciones, han de establecer procedimientos garantizadores de la calidad, atención integral, eficiente y oportuna a los usuarios en las instituciones prestadoras de salud (art. 2º, Decreto 1485 de 1994).

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

Incluso en CSJ SC 17 sep. 2013, rad. 2007-00467-01, en un pleito de responsabilidad contractual entre una EPS y una IPS, se ilustró que (...) quien asume la responsabilidad por una adecuada prestación del servicio médico en el sistema general de seguridad social en salud son las EPS, entidades que pueden poner a disposición de los afiliados las IPS que sean de su propiedad, pero que cuentan con autonomía técnica, financiera y administrativa dentro de un régimen de delegación o

vinculación que garantiza un servicio más eficiente; o con IPS y profesionales especializados que le son ajenos, con los cuales celebren los respectivos pactos. (negritas de este juzgado).

Y desde la perspectiva del sujeto protegido y su derecho a una adecuada asistencia dentro del sistema de seguridad social en salud, en CSJ SC 17137-2014 quedó previsto que,

(...) si bien la relación jurídica de la seguridad social, ha sido explicada ya como una relación de tipo bilateral de la que surgen obligaciones recíprocas de las partes, o como una relación en la que las obligaciones de cotización y prestación no son interdependientes o conmutativas, es lo cierto que se presenta como un vínculo sui generis, que engloba o subsume otras relaciones jurídicas instrumentales como las que se dan con ocasión de la afiliación, la cotización y la protección, en las que intervienen diversos sujetos (empleador, entidad promotora de salud, institución prestadora de salud, cotizantes, **beneficiario**).

Por el lado de los sujetos protegidos, y para lo que interesa en el caso que se estudia, está en primer lugar el cotizante y subsecuentemente las personas de su núcleo familiar, en calidad de beneficiarios, quienes tienen frente al prestador de los servicios derecho a solicitarlos en los términos y con los alcances establecidos por la normatividad vigente.

Sobre el particular indica José Almanza:

"la posición jurídica subjetiva del sujeto protegido en la relación principal de seguridad social es lo suficientemente amplia para comprender las situaciones subjetivas de las relaciones subordinadas, de tal forma que una misma persona, siendo sujeto protegido, puede ser afiliado o no, cotizante o no, beneficiario o no. Si concurren en la misma persona las presunciones subjetivas o algunas de ellas, quiere decir que adopta posición distinta en cada una de las relaciones, vistiendo ropajes jurídicos diversos, pero, por encima de ellas, y en orden a la relación principal, es sujeto protegido" (Almanza Pastor, José M., Derecho de la seguridad social, Tecnos, 7ª ed., Madrid, 1991, página 129).

Tema que también fue tratado en CSJ SC8219-2016, en un caso por omisión en la prestación del servicio, donde se previno que llama la «atención de la salud» a que alude expresamente el artículo 49 de la Constitución Política, como una de las manifestaciones de la "seguridad social», tiene especial relevancia por su incidencia en la inviolabilidad del «derecho a la vida» de que trata el artículo 11 ibídem, pues, una deficiencia en la prestación del servicio puede culminar con una afrenta directa a éste último.

Es por esto que la labor regulatoria del Estado sobre la materia debe responder a patrones de eficiencia e idoneidad que brinden una especial protección a la población débil y necesitada, como se acotó en SC 17 sep. 2013, rad. 2007-00467-01, al precisar que por medio de la Ley 100 de 1993 se creó el sistema de seguridad social integral, con el objeto de garantizar los derechos irrenunciables de toda persona y la comunidad en general, para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que las afectan (...) Corresponde a un servicio público obligatorio, que es direccionado, coordinado y controlado por el Estado, pero que puede ser prestado por entidades públicas o privadas, ya sea que se trate de los regímenes generales de pensiones, salud, riesgos profesionales y los aspectos sociales complementarios (...) En lo que se refiere concretamente al terna de salud, su fin está encaminado a crear condiciones de acceso para toda la población en los diferentes niveles de atención, aplicando los principios de universalidad; solidaridad; igualdad; obligatoriedad; prevalencia de derechos; enfoque

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

Al entrar a analizar la incidencia de los diferentes eslabones que conforman la cadena de intervinientes dentro del sistema de seguridad social en salud, frente a una deficiente prestación del servicio, en SC 13925-2016 se acotó que

(...)la atribución de un daño a un sujeto como obra suya va más allá del concepto de causalidad física y se inserta en un contexto de imputación en virtud de la identificación de los deberes de acción que el ordenamiento impone a las personas.

Uno de esos deberes es el que la Ley 100 de 1993 les asigna a las empresas promotoras de salud, cuya función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados (Art. 177)

Además de las funciones señaladas en esa y en otras disposiciones, las EPS tienen como principal misión organizar y garantizar la atención de calidad del servicio de salud de los usuarios, por lo que los daños que éstos sufran con ocasión de la prestación de ese servicio les son imputables a aquéllas como suyos, independientemente del posterior juicio de reproche culpabilístico que llegue a realizar el juez y en el que se definirá finalmente su responsabilidad civil.

Luego de quedar probado en un proceso que el daño sufrido por el paciente se originó en los servicios prestados por la EPS a la que se encuentra afiliado, es posible atribuir tal perjuicio a la empresa promotora de salud como obra suya, debiendo responder patrimonialmente si confluyen en su cuenta los demás elementos de la responsabilidad civil. (negrillas de este juzgado).

Por supuesto que si se prueba que el perjuicio se produjo por fuera del marco funcional que la ley impone a la empresa promotora, quedará desvirtuado el juicio de atribución del hecho a la EPS, lo que podría ocurrir, por ejemplo, si la atención brindada al cliente fue por cuenta de otra EPS o por cuenta de servicios particulares; si la lesión a la integridad personal del paciente no es atribuible al quebrantamiento del deber de atención que la ley impone a la empresa sino a otra razón determinante; o, en fin, si se demuestra que el daño fue el resultado de una causa extraña o de la conducta exclusiva de la víctima.

De igual modo, el artículo 185 de la Ley 100 de 1993 establece que «son funciones de las instituciones prestadoras de servicios de salud prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente ley».

La función que la ley asigna a las IPS Zs convierte en guardianas de la atención que prestan a sus clientes, por lo que habrán de responder de manera solidaria si se demuestran en el proceso los demás elementos de la responsabilidad a su cargo, toda vez que las normas del sistema de seguridad social les imponen ese deber de prestación del servicio.

El juicio de imputación del hecho como obra de las instituciones prestadoras del servicio de salud quedará desvirtuado si se prueba que el daño no se produjo por el quebrantamiento de los deberes legales de actuación de la IPS, sino a otra razón, como por ejemplo a una deficiencia organizativa, administrativa o presupuestal de la EPS; a la conducta de uno o varios agentes particulares por

fuera del marco funcional de la IPS; o, en fin, a la intervención jurídicamente relevante de un tercero, de la propia víctima o a un caso fortuito.

La atención médica de hoy en día requiere habitualmente que los pacientes sean atendidos por varios médicos y especialistas en distintas áreas, incluyendo atención primaria, ambulatoria especializada, de urgencias, quirúrgica, cuidados intensivos y rehabilitación. Los usuarios de la salud se mueven regularmente entre áreas de diagnóstico y tratamiento que pueden incluir varios turnos de personas por día, por lo que el número de agentes que están a cargo de su atención puede ser sorprendentemente alto.

Todas esas personas podrían tener un influjo decisivo en el desenvolvimiento causal del resultado lesivo; sin embargo, para el derecho civil no es necesario, ni posible, ni útil realizar un cálculo matemático del porcentaje de intervención de cada elemento de la organización en la producción física del evento adverso. Para atribuir la autoría a los miembros particulares, basta con seleccionar las operaciones que el juez considera significativas o relevantes para endilgar el resultado a uno o varios miembros de la organización, tal como se dijo en páginas precedentes (punto 3.2).

De manera que, para imputar responsabilidad a los agentes singulares de la organización, el juez habrá de tomar en cuenta sólo aquellas acciones, omisiones o procesos individuales que según su marco valorativo incidieron de manera preponderante en el daño sufrido por el usuario y cargarlos a la cuenta de aquellos sujetos que tuvieron control o dominio en la producción del mismo. De este modo se atribuye el hecho dañoso a un agente determinado, quien responderá en forma solidaria con la EPS y la IPS siempre que confluyan en ellos todos los elementos de la responsabilidad civil.

El agente médico singular se exonerará del juicio de imputación del hecho como suyo siempre que se demuestre en el proceso que no tenía un deber de cuidado en la atención que brindó al paciente, lo que ocurre, por ejemplo, cuando su intervención no fue jurídicamente relevante o estuvo amparada en una causal de justificación de su conducta; cuando el daño se debió al quebrantamiento de una obligación de acción de la EPS o de la IPS y no a la desatención del deber personal de actuar; o cuando no intervino de ninguna manera ni tenía el deber jurídico de hacerlo.

Así, por ejemplo, si se demuestra en el proceso que el evento adverso se produjo por falencias organizacionales; errores de coordinación administrativa; políticas empresariales que limitan al médico en la utilización del tiempo que requiere para brindar una atención de calidad al usuario; o restringen su autonomía para prescribir los procedimientos, medicamentos o tratamientos que se requieren para la recuperación de la salud del usuario, tales como exámenes de laboratorio, imágenes diagnósticas o ecografías tomografías axiales computarizadas, etc.. o cualquier otra razón atribuible a las empresas promotoras o a las instituciones prestadoras del servicio de salud, entonces los agentes médicos quedarán exonerados de responsabilidad porque el daño ocasionado al cliente del sistema de salud no podrá considerarse como obra suya sino de la estructura organizacional.

Más adelante agrega que el numeral 9^o del artículo 153 de la Ley 100 de 1993 consagra entre las normas rectoras del servicio público de salud la garantía a los usuarios de una atención de calidad, oportuna, personalizada, humanizada, integral y continua de acuerdo a los estándares profesionales. Y para lograr una atención segura y de calidad es imprescindible la capacidad de la organización para transmitir información a otros prestadores, entre su personal, y entre éstos y los pacientes y sus familiares.

La atención de calidad, oportuna, humanizada, continua, integral y personalizada hace parte de lo que la literatura médica denomina "cultura de seguridad del paciente", que por estar suficientemente admitida como factor asociado a la salud del usuario y por ser un mandato impuesto por la Ley 100 de 1993, es de imperiosa observancia y acatamiento por parte de las empresas promotoras e instituciones prestadoras del servicio de salud, por lo que su infracción lleva implícita la culpa de la organización cuando tal omisión tiene la virtualidad de repercutir en los eventos adversos.

En el reciente pronunciamiento CSJ SC9193-2017 se insistió en que por mandato legal las EPS «son las responsables de cumplir las funciones indelegables del aseguramiento, la representación de los afiliados ante las instituciones prestadoras, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la asunción del riesgo transferido por el usuario», reiterando que la cultura de calidad total del servicio de salud U seguridad del paciente tiene repercusiones directas en el derecho de la responsabilidad civil, pues en el entorno del sistema obligatorio de calidad de la atención en salud las demoras en la prestación del servicio; el uso de tecnología obsoleta; la ausencia de tratamientos y medicamentos de utilidad comprobada por la medicina evidencial; la despreocupación por la satisfacción del cliente y la falta de atención de sus necesidades asistenciales; la falta de disciplina en el acatamiento de reglamentos tales como guías, normas técnicas y reglas de diligenciamiento de la historia clínica; la insuficiencia de continuidad e integralidad del servicio; la complacencia frente a malas prácticas y su ocultamiento; y en fin, la carencia de un pensamiento orientado al proceso y desarrollo de estrategias que aseguren un mejoramiento continuo e interminable del servicio de salud que involucre a todas las personas de los distintos niveles de la jerarquía, son circunstancias constitutivas de responsabilidad organizacional por deficiente prestación del servicio cuando lesionan con culpa la integridad personal del paciente; lo que afecta la sostenibilidad económica del sistema por mayores costos de tratamientos de eventos adversos y pagos de indemnizaciones por daños ocasionados a los usuarios.

Como se puede concluir del anterior recuento jurisprudencial, existe un criterio consolidado en lo que implica para las Entidades Promotoras de Salud cumplir a cabalidad con la administración del riesgo en salud de sus afiliados y los beneficiarios de éstos, así como garantizar una idónea prestación de los servicios contemplados en el plan obligatorio de salud, toda vez que su desatención, dilación o descuido, ya sea que provenga de sus propios operadores o de las IPS y profesionales contratados con tal fin, es constitutiva de responsabilidad civil. (<https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2020/09/SC2769-2020-2008-00091-01.pdf>).”

Superado lo relacionado con la solidaridad, atribuible a la NUEVA EPS S.A., deviene necesario una alusión a la jurisprudencia de la Sala Civil de la H. Corte Suprema de Justicia respecto de la responsabilidad médica, en la que el principio es que se trata de una obligación de medios y no de resultados; amén de hacer alusión al régimen probatorio y las posibilidades de flexibilizar el mismo con operancia de criterios de sana lógica y reglas de experiencias, amén de ciertos principios o criterios orientadores específicamente en la materia.

Así, en la sentencia CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN CIVIL FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ Magistrado Ponente. SC8219-2016 Radicación n° 11001-31-03-039-2003-00546-01 (Aprobada en sesión de diecisiete de mayo de dos mil dieciséis) Bogotá D.C., veinte (20) de junio de dos mil dieciséis (2016); se dijo, recabando primero en la solidaridad echada de menos en este caso por NUEVA EPS:

(...)

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

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

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

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

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

[l]a responsabilidad de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), es contractual o extracontractual. Con relación al afiliado o usuario, la afiliación, para estos efectos, materializa un contrato, y por tanto, en línea

de principio, la responsabilidad es contractual, naturaleza expresamente prevista en los artículos 183 de la Ley 100 de 1983 que prohíbe a las EPS "en forma unilateral, terminar la relación contractual con sus afiliados", y los artículos 16 y 17 del Decreto 1485 de 1994, relativos a los "contratos de afiliación para la prestación del Plan Obligatorio de Salud que suscriban las Entidades Promotoras de Salud con sus afiliados" y los planes complementarios. Contrario sensu, la responsabilidad en que pueden incurrir las Entidades Promotoras de Salud (EPS) respecto de terceros perjudicados por los daños al afiliado o usuario con ocasión de la prestación de los servicios médicos del plan obligatorio de salud, es extracontractual (...) Ahora, cuando se ocasiona el daño por varias personas o, en cuya causación intervienen varios agentes o autores, todos son solidariamente responsables frente a la víctima (art. 2344, Código Civil; cas. civ. sentencias de 30 de enero de 2001, exp. 5507, septiembre 11 de 2002, exp. 6430; 18 de mayo de 2005, SC-084-2005], exp. 14415).

Y ya en el régimen probatorio y de responsabilidad dijo la Corte:

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

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

Sobre este tema la Corte en SC15746-2014 dijo que

(...) las fallas ostensibles en la prestación de servicios de esa índole [médica], por acción u omisión, ya sean resultado de un indebido diagnóstico, procedimientos inadecuados o cualquier otra pifia en la atención, son constitutivas de responsabilidad civil, siempre y cuando se reúnan los presupuestos para su estructuración, ya sea en el campo contractual o extracontractual.

(...) Esa responsabilidad no solo se predica de los galenos, en sus diferentes especialidades, pues, los centros hospitalarios están obligados directamente a indemnizar por las faltas culposas del personal a su servicio, toda vez que es a través de ellos que se materializan los comportamientos censurables de ese tipo de personas jurídicas (...) Esto aunado a que la relación entre el centro asistencial y el enfermo es compleja, bajo el entendido de que comprende tanto la evaluación, valoración, dictamen e intervenciones necesarias, como todo lo relacionado con su cuidado y soporte en pos de una mejoría en la salud, para lo que aquel debe contar con personal calificado y expertos en diferentes áreas (...) Por ese motivo, en este tipo de acciones se debe examinar si existe entre las partes una vinculación integral o se prescindió

de alguno de los servicios ofrecidos, como puede ocurrir cuando el enfermo se interna en una clínica pero escoge un profesional ajeno a la planta existente, para que se encargue de un procedimiento específico, por su cuenta y riesgo.

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

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

La Sala en SC12449-2014 subrayó como

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

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

(...) en relación con el onus probandi, es dable al juzgador aplicar criterios de flexibilización o racionalización probatoria en algunos supuestos excepcionales, atendiendo las circunstancias del caso concreto, v.gr., la regla res ipsa loquitur, la culpa virtual, o la presencia de un resultado desproporcionado, entre otros (cfr. Cas. Civ. Civ. 30 de enero de 2001, exp. 5507, 22 de julio de 2010, exp. 41001 3103 004 2000 00042 01, y de 30 de noviembre de 2011, exp. 76001-3103-002-1999-01502-01). Igualmente, es menester recordar al respecto que ya esta corporación, en el mencionado fallo de 30 de enero de 2001, destacó que "es precisamente en este sector del comportamiento en relación con las prestaciones debidas, donde no es posible sentar reglas probatorias absolutas con independencia del caso concreto, pues los habrá donde el onus probandi permanezca inmodificable, o donde sea dable hacer actuar presunciones judiciales, como aquellas que en ocasiones referenciadas ha tenido en cuenta la Corte, pero también aquellos donde cobre vigencia ese carácter dinámico de la carga de la prueba, para exigir de cada una de las partes dentro de un marco de lealtad y colaboración, y dadas las circunstancias de hecho, la prueba de los supuestos configurantes del tema de decisión. Todo, se reitera, teniendo en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica, complejidad de la

intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como el tiempo y el lugar del ejercicio, pues no de otra manera, con justicia y equidad, se pudiera determinar la corrección del acto médico (lex artis)". Esta última referencia es particularmente importante en situaciones excepcionales, en las que exista una evidente dificultad probatoria para el paciente o sus familiares en orden a obtener los medios de prueba que sirvan para acreditar la culpa médica, y por el contrario, por cercanía o disponibilidad, la demostración de la diligencia resulte de mayor facilidad para el facultativo o la institución hospitalaria demandada. En tales supuestos, obviamente, debe existir suficiente claridad en cuanto a la distribución probatoria que se determine para el caso particular, adoptada en el momento procesal oportuno y garantizando la adecuada defensa y contradicción de las partes".

Ahora, por estimarlo pertinente, se hace también una citación parcial de esta sentencia como apoyo de la decisión de este Despacho, en el sentido que lo reprochado fue la tardía y equivocada atención, al no establecer oportunamente un diagnóstico cierto, debido a la omisión de la NUEVA EPS y sus IPS, VIVA 1 A, en disponer los exámenes adecuados e idóneos para determinar la real afección de la señora ESTEFANIA RESTREPO RESTREPO; a sabiendas de su persistente y deficiente estado de salud, que poco o nada mejoraba con lo que le habían indicado y realizado; y siendo que se trataba de una paciente con afecciones pulmonares serias, repetidas, con padre con antecedente de TBC, entre otros antecedentes.

Expuso así nuestro máximo Juez ordinario:

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

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

(...) queda reflejado el escenario sobre el grave estado de salud que padecía la señora María Victoria Rojas Guarín al momento de ingresar al Hospital Universitario San Ignacio el 19 de diciembre de 1999 y habersele detectado un tumor maligno en su cabeza; igualmente, reflejan que al momento del egreso de esta entidad, 30 de diciembre de ese mismo año, aunque se encontraba estable, requería con carácter inmediato la intervención quirúrgica, al

punto de ingresar el 7 de enero del 2000 con los síntomas "cardinales" de dolor de cabeza y sangrado. Y si bien, no hay certeza de que este fue el origen del paro cardiorespiratorio que provocó la muerte cerebral, lo cierto es que el resultado sería otro de haberse obtenido la eliminación del tumor en el lapso del 19 al 30 de diciembre de 1999 (...) Es esta omisión la que a juicio de este despacho se encuentra sustentada probatoriamente y la que se determina injustificada por parte de la entidad hospitalaria, que por circunstancias administrativas y económicas rompió con principios superiores señalados en la Carta Política como el de dignidad y derecho a la vida, que desencadenaron en la muerte de la paciente.

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

(...) si bien la cirugía no iba a curar a la paciente de manera definitiva de su dolencia, y el estado asintomático al parecer dio alguna pauta para que el tratante diera de alta a la convaleciente, lo cierto es que los galenos tienen el deber de propender por la curación concluyente del enfermo cuando esta es posible o de mejorarla en casos como el de los pacientes terminales, siendo su obligación la de mitigar y dilatar en grado sumo los efectos nefastos de una enfermedad que como la que aquí atacó a la joven de 23 años, exigía darle un trato eficiente en procura de la extensión de su vida en términos de calidad, imponiéndose enfatizar en que por el contrario dentro del expediente se probó que su salida del hospital obedeció a cuestiones netamente administrativas, y en ningún momento para brindarle un tratamiento ambulatorio, que en todo caso no era el más indicado al parecer para este caso, por la gravedad de la invasión tumoral que se había revelado, siendo lo prudente mantenerla en observación hasta cuando se hubiera logrado la intervención quirúrgica que requería y estaba pendiente de autorización, o la remisión a otro establecimiento para lo propio (...) Estas apreciaciones, miradas de manera conjunta permiten concluir que en efecto tanto el Hospital como la E. P. S., son responsables de los perjuicios alegados por los actores, puesto que era del resorte de la Entidad Promotora de Salud autorizar de manera oportuna la realización de la cirugía y la I.P.S., debió mantener en observación a la paciente pese a su estado asintomático, en virtud a las características del tumor que le fue hallado en su cerebro, o haberla remitido prioritariamente a otra entidad que sí pudiera

practicarle el procedimiento quirúrgico adecuado.

De ahí que el que se le diera de alta en esa fecha no constituye un hecho aislado y exclusivamente determinante del deceso, sino una actuación adicional desafortunada puesto que antes que serle beneficiosa, fue el producto de un desacuerdo entre la I.P.S. y la E.P.S. por trabas administrativas, a pesar de que ambas entidades eran conocedoras de la gravedad de la situación.

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

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

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

(...) (Negritas, cursivas y suspensivos de este juzgado)

LO PROBADO

Acorde con la prueba documental, especialmente la Historia Clínica aportada con la demanda, FLS. 60 a 372, PDF 02, no existe duda acerca de la vinculación de

la demandante ESTEFANIA RESTREPO con la NUEVA EPS, bien como cotizante inicialmente, bien como beneficiaria después; asuntos por demás no cuestionados; medio de convicción que, acorde con la jurisprudencia de la Sala Civil, en **sentencia SC2506-2016. M.P. Dra. Margarita Cabello Blanco**, exp. 05001-31003-003-2000-01116-01, marzo 02 de 2016: "*su mérito probatorio debe establecerse "de acuerdo con las reglas de la sana crítica", debiendo ser apreciada en conjunto con las pruebas restantes, máxime cuando su contenido se refiere a conceptos que en muchos casos son ajenos al conocimiento del funcionario (CSJ SC 5746-2014 del 14 de noviembre de 2014, rd. 11001-31-03-029-20008-00469-01).*

Tampoco existe incertidumbre acerca de las instituciones o IPS en las cuáles fue atendida o tratada, esto es, VIVA IPS 1A, IPS UNIVERSITARIA, vinculadas con la NUEVA EPS, y otras, como fue relacionado en la demanda; asuntos que no son negados ni discutidos por la demandada y llamados en garantía, no empecé algunos reparos que se hacen al demandante por no indicar concretamente qué institución de salud en concreto y cuál galeno fue el que prestó la atención o negó lo pretendido en salud.

Respecto de los motivos de atención y el porqué de las mismas, así como las atenciones dispensadas da cuenta la HISTORIA CLINICA DE VIVA 1 A IPS; la cual fue resumida por el perito MANUEL J. MARTÍNEZ OROZCO, y es con base en ello que se ha de precisar si existió o no la falla médica denunciada, esto es, un errado y tardío diagnóstico y un errado tratamiento de la enfermedad, que llevaron al hecho dañoso, esto es, a que la demandante ESTEFANÍA RESTREPO tuviera que afrontar una tuberculosis, repetida, y agravada al punto de tener que extraerle parte de su pulmón derecho; con las consecuencias alegadas, esto es, con el daño fisiológico como tal y con daño a su vida personal, familiar, social y laboral, al ver disminuías sus facultades al respecto.

Con base en tales documentos, es dable colegir que ESTEFANIA RESTREPO RESTREPO, demandante y víctima directa, presentó inicialmente unas afecciones de tipo respiratorio que la llevaron a consultar, en el año 2012 y ss a la IPS VIVA 1A, y en urgencias a la IPS UNIVERSITARIA, donde inicialmente asumieron la afección como gripas fuertes, repetidas, y donde también se descartó inicialmente, con examen de baciloscopia, la tuberculosis, por lo cual la demandante fue dada de Alta, con indicaciones médicas (fl. 209 HC).

Es de acotar que con posterioridad, según se narra en la demanda, hechos CUARTO Y QUINTO, y se observa en la HISTORIA CLINICA resumida por el perito, la joven ESTEFANIA RESTREPO RESTREPO continuaba presentando afecciones respiratorias, tos fuerte, dolor de cabeza, asfixias y similares, por lo cual debía consultar nuevamente, sin que se le enviaran exámenes

especializados en pro de detectar su real afección; limitándose los galenos a decirle que como ya había sido dada de alta, sin TBC, su cuadro era gripal, asumible y controlable con medicamentos como salbutamol y otros.

Ante la persistencia de tal cuadro de salud, fue que la demandante acudió ante la Supersalud y ante un médico particular, quien le ordenó exámenes o cita con neumología; para finalmente la NUEVA EPS, Y LA IPS VIVA 1 A autorizar tales exámenes que arrojaron el diagnóstico de TUBERCULOSIS en el año 2015, concretamente en FEBRERO /13/2015 "EVOLUCIÓN BACTERIOLÓGICA" "INICIAL", Y febrero 16 de 2015 cuando se da inicio a la primera fase del tratamiento (fl. 162 H.C) EN LA NUEVA EPS.

EN LOS HECHOS NOVENO Y DÉCIMO se da cuenta del tratamiento recibido, el golpe emocional que ello le causó a ESTEFANÍA por no tener un diagnóstico cierto y oportuno, el miedo a contagiar a sus personas y familiares más cercanas; y luego en el hecho DECIMO TERCERO se expone que la demandante sufrió un derrame pleural, de lo que le dijeron que el cuerpo lo absorbería; pero siempre se le decía que como los exámenes "salían buenos" no había de que preocuparse; hasta que le aparecieron CAVERNAS EN LOS PULMONES que no mejoraron con el tratamiento y por el contrario su actividad pulmonar decaía; y no obstante ello fue terminado su tratamiento, fue dada de alta; ante lo cual buscaron, como ya se dijo, la intervención de la Superintendencia de Salud y ahí si le dieron cita con internista y neumología, llegándose hasta la extirpación de su pulmón derecho en un gran porcentaje DEL 75% generándose pues serias alteraciones en su salud y su calidad de vida, pese a que finalmente terminó la TBC.

En el expediente aparece la prueba de la comunicación cruzada entre la madre de ESTEFANIA, LUZ MARINA RESTREPO PARRA, y la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, al referirse al radicado PQR CC1214718547-040304-1; suscribe la Directora de Atención al Usuario MARIANELLA SIERRA SAA. (FLS. 399 DEL EXPEDIENTE DIGITAL); lo que evidencia que fue cierta la necesidad de recurrir ante tal Superintendencia en procura de lograr la atención especializada en favor de ESTEFANÍA RESTREPO.

Igualmente, es de verse que la llamada en garantía VIVA 1 A IPS reconoce las afecciones médicas, incluidos el derrame pleural y la aparición de cavernas; lo que permite reforzar que esos aspectos están probados; no obstante que alega haber actuado conforme a la lex artis, brindando el tratamiento requerido en las oportunidades solicitadas y acorde con lo que evidenciaba la paciente.

Así las cosas y a manera de conclusión probatoria en conjunto, ha quedado evidenciado que se presentaron las fallas alegadas en la demanda, esto es, un

tardío diagnóstico, y un ineficaz tratamiento producto de no haber dispensado a la joven ESTEFANÍA RESTREPO un debido tratamiento médico, con criterios de continuidad y calidad integral en el servicio, pues a pesar de sus serias afecciones, de continuar afectada seriamente en su salud pulmonar, los galenos dejaron continuar así a la paciente, lo que llevó a que se repitiera la TBC, con derrame pleural y formación de cavernas, hasta tener que extraerle gran parte de su pulmón derecho; teniendo ella que soportar las deficiencias pulmonares anotadas, lo que por demás genera ansiedad en Ella y le dificulta en grado sumo asumir su rol de profesora de canto y, en fin, con criterios lógicos y de sana crítica lleva a concluir en que real afectación de su calidad de vida, de su vida de relación.

Incluso así lo conceptuó la misma NUEVA EPS en CERTIFICACIÓN MÉDICA, DR, MARTIN DÍAZ-MEDICO GENERAL VIVA 1ª VILLA NUEVA, FL 60 EXPEDIENTE DIGITAL, al referirse a las afecciones padecidas, como "*padecimiento de autoestima, conflicto social, suspensión de carrera universitaria, noviazgo, en proceso terapeutico por todo lo anterior*", CERTIFICACIÓN que al ser originada y presentada al proceso por la parte demandada adquiere mérito probatorio individual en los términos de los artículos 243, 245 inciso 5 y 262 del CGP

Sobre este particular véase que si bien el perito de la parte demandada, DR. MANUEL J. MARTÍNEZ OROZCO, resume la HISTORIA CLINICA, los motivos, y fechas de atenciones, los diagnósticos emitidos, empezando con sibilancias, inflamaciones de amígdalas, faringitis, asma, bronquitis, pese a lo cual se consultaba repetidamente, siendo que en el año 2012 la baciloscopia fue negativa. Dice que en el año 2013 no se consultó por aspectos o afecciones respiratorias, lo que hizo en el año 2014 sin que se evidenciaran problemas respiratorios, pero si adinamia, disfonía "ronquera", anotando que como continuaba así a principios del año 2015, marzo, "aparece ahí que acudió al parecer donde un médico independiente, quien le había ordenado unos estudios de baciloscopia, hemogramas y hormonas", y que posteriormente acudió a la VIVA 1 A IPS y el médico le validó esos estudios, se hizo el examen de baciloscopia que dio positivo para el 30 de enero de 2015", iniciándose el tratamiento correspondiente en dos fases, anotando, acorde con la Historia Clínica, que ante la persistencia de afecciones pulmonares le hicieron otros exámenes determinando cavernas, "atrapamiento pulmonar", hasta llegar a la extracción de lóbulos del pulmón derecho en el año 2017. Conceptúa que las atenciones brindadas a ESTEFANÍA RESTREPO fueron las indicadas acorde con el cuadro clínico que presentaba, (min. 42 y ss PDF 53 audiencia de juzgamiento), (1.03.28 y ss PDF 53 audiencia de juzgamiento).

su versión no es suficiente para descartar la errada e inoportuna atención, el no haber brindado una atención completa, que incluyera por ejemplo los exámenes de internista y neumonía que se echaban de menos y que solo fueron autorizados

luego de la intervención de la Superintendencia de Salud; limitándose el perito a decir que sí observaba alguna demora sobre el particular en el año 2014 cuando desde septiembre, octubre y noviembre le hacen la nueva baciloscopia que dio positivo en enero de 2015, toda vez que en este tiempo se le pudo haber realizado la baciloscopia. (1.10.43 PDF 53 audiencia de instrucción y juzgamiento). (1.36.40 yss pdf 53 audiencia de juzgamiento), con la aclaración que sus conceptos son "en retrospectiva", cuando ya se conoce el asunto.

Llama la atención del despacho los diferentes diagnósticos consignados en la Historia Clínica aportada por VIVA 1 A EPS, referidos también por el perito, en la que, por ejemplo, se puede ver cómo el 31-08-2011 se consultaba por cuadro de varios meses de evolución de tos, siendo asumido como ASMA; el 15-10-2011 se dice que se trata de RINITIS ALEGERGICA; en junio de 2012 FARINGITIS AGUDA, el 04-07-12 se califica la afección como ASMA NO ESPECIFICA; el 26-11-20011 se ordena baciloscopia, y hemograma, anotando que la paciente refiere una año de evolución; Y el 12-02-12 como ANEMIA NO ESPECIFICADA. En 03-08-12 se asume que es una paciente "multiconsultante" que no responde al tratamiento, con tos húmeda persistente y dificultada respiratoria, y se diagnóstica BRONQUITIS AGUDA NO ESPECIFICADA, enviándole exámenes de RX y de laboratorio; en 17-01-2013 se dispone hemograma y prueba de TSH, el 14-06-2013 laboratorio "extendido de sangre periférica, estudio de morfología"; y en 09-10-2014 el diagnóstico es "ANEMIA TIPO NO ESPECIFICADO" "ENFERMEDAD GENERAL".

LA TBC, se diagnostica en el año 2015, en 20-02-2015, con **"tiempo de sintomatología de 24 meses"** en la IPS CEMEV VILLANUEVA, con fecha de diagnóstico de 30-01-2015 como se dice en la demanda, y es así como en 07-05-2015 se dice que existe diagnóstico de TBC RESPIRATORIA CONFIRMADA bacteriológica e histológicamente, con LESIONES TIPO CAVERNAS y se SOLICITA TACAR PRIORITARIO. En 28-10-2015 se dice que la paciente tiene tratamiento por TBC ya terminado en sus dos fases, y el diagnóstica es "DISNEA". El 20-06-2017 se refiere tratamiento con neumología, que hay NUEVO DIAGNÓSTICO DE TBC PULMONAR en seguimiento de estenosis, que la paciente requiere BRONCOSCOPIA PRIORITARIA URGENTE, y se le remite a MEDICINA INTERNA Y NEUMOLOGÍA DE SU EPS.

Véase que las reclamadas atenciones en neumología se dieron en el año 2017, en la CLINICA CARDIO VID, siendo que la TBC fue sospechada y diagnosticada desde el año 2015; aunque luego aparecen notas del sistema nacional de vigilancia en salud pública, en el año 2017, cuando ya se había repetido la tbc. (fls 101 y ss exp digital).

A folios 53 y ss aparecen notas de no atención por parte de CEMEV IPS VILLANUEVA dirigido a la NUEVA EPS en el sentido que deben autorizar el examen de ULTRASONOGRAFÍA DIAGNÓSTICA DE ORAX PERICARDIO O PLEURA; y en igual sentido aparece nota de la CLINICA LAS AMERICAS; lo que deja en entredicho la afirmada atención integral y oportuna, además de idónea y eficaz que requería la paciente ante lo delicado de su estado de salud.

Es que debe recordarse que el cuadro clínico, la afección presentada, incluía TUBERCULOSIS, por lo cual era obligatorio para los médicos prestar un mayor cuidado a la paciente, extremando tales cuidados y vigilancias sobre ella, lo que no se hizo, y desde esa óptica es que se colige la responsabilidad médica de la NUEVA EPS y de VIVA 1ª IPS, entre quienes, se repite, existe solidaridad.

En este caso, el reproche no es que no se hayan dispensado atenciones, sino que las mismas no hayan sido con la continuidad, integralidad y calidad que demanda la atención de una persona, en este caso ESTEFANÍA RESTREPO RESTREPO, de quien las demandadas ya conocían con suficiencia sus afecciones y el poco o pobre resultado del tratamiento indicado y proporcionado, sin que ello les mereciera adoptar entonces una opción distinta, un tratamiento distinto, oportuno y acorde con lo que se observaba en la paciente; un tratamiento más eficaz e idóneo, que incluyera la reclamada atención con neumología, quizá el resultado hubiera sido otro. Pero no fue así, la NUEVA EPS Y VIVA 1ª IPS se mantuvieron en su posición "pasiva", satisfechas con las atenciones prestadas, pese a que, se repite, se trataba de una paciente que por lo menos desde el año 2015 había sido diagnosticada con TBC PULMONAR, con un antecedente en su padre, quien había presentado igual enfermedad; que no mejoraba con el tratamiento y que, según la historia clínica, su estado de salud desmejoraba, al punto de llegar a presentar CAVERNAS, que posteriormente llevaron a que tuviera que serle extraído gran parte de su pulmón derecho; con las consecuencias ya anotadas, esto es, con el daño no solo físico, sino moral y de vida de relación para ella ante lo evidente de una afección y secuelas de esa naturaleza, causada a una persona joven, que se dedicaba al canto coral y a ser profesora en esa materia, como aparece acreditado documentalmente y testimonialmente con la prueba que en este sentido aportó la parte demandante en el proceso; pruebas que son de recibo para este juzgado en los términos de los artículos 243 y ss del CGP, y 208, 221 del mismo estatuto procesal.

No ocurre lo mismo con la CLINICA LEON XIII, IPS UNIVERSITARIA pues su actuación se limitó solo a atender por urgencias y de manera breve a ESTEFANÍA RESTREPO RESTREPO. (FL. 108), ya en la segunda fase de TBC, cuando incluso ya presentaba las denominadas CAVERNAS, y fue remitida a cita prioritaria con la EPS VIVA 1ª VILLANUEVA para que continuara con el tratamiento de

tuberculosis, como bien consta en la Historia Clínica aportada por la IPS UNIVERSITARIA y lo corrobora la misma ESTEFANÍA al verter su interrogatorio de parte en la audiencia inicial donde hace un recuento de sus atenciones, entre ellas terapias respiratorias.

SOBRE LAS EXCEPCIONES

Dado que las pretensiones están llamadas a prosperar deviene procedente el análisis de las excepciones, así:

EXCEPCIONES FORMULADAS POR LA NUEVA EPS.

Se recuerda que, basado en la inexistencia de solidaridad legal o contractual, este codemandado presentó las siguientes excepciones:

"inexistencia de responsabilidad solidaria, (ni legal ni contractual) inexistencia de daño indemnizable imputable a nueva eps, inexistencia del factor de imputación: culpa a título de falla en el servicio; inexistencia de responsabilidad por carencia del daño antijurídico; cumplimiento cabal de las obligaciones de nueva eps por hecho de terceros (eximentes de responsabilidad, sentencia c-616-01, sc 13925 de septiembre 30 de 2016, m.p. Ariel Salazar Ramírez); inexistencia de falla en el servicio médico imputable a nueva eps e)inexistencia de nexo causal entre la actividad de nueva eps y el resultado final, ausencia de culpa y ruptura del nexo causal por hecho imputable de manera exclusiva a un tercero; carencia absoluta de prueba de nexo causal entre la omisión endilgada a nueva eps y el daño alegado; inexistencia de obligación a cargo de la eps dado el tipo de responsabilidad que se demanda; indebida tasación de perjuicios y enriquecimiento sin causa o cobro de lo no debido, inexistencia de daño por pérdida de oportunidad, excepción genérica".

El demandado se encargó de fundamentar cada una de estas excepciones, con citas legales y jurisprudenciales al respecto, en especial la ley 100 de 1993 y las sentencias c-616 de 2001 y sc 13925 de septiembre 30 de 2016, M.P. Ariel Salazar Ramírez; y sentencia de la sección tercera del consejo de estado, C.P. Dra Myriam guerrero de Escobar, del 28 de abril de 2010; últimas para descartar la solidaridad y falla en el servicio médico a cargo de la nueva eps.

Se refiere que no se da pérdida de oportunidad o de chance, en este caso de curación, o el menoscabo de probabilidad suficiente de obtener una ventaja esperada o evitar la pérdida en la recuperación de la salud, acorde con la doctrina, por ejemplo, el doctrinante López mesa (2007, p. 164).

Para despachar desfavorablemente, se recuerda, como lo dijo la Corte Suprema de Justicia en la citada sentencia **de la Sala Civil** (OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE Magistrado Ponente SC - 2769-2020 Radicación n' 76001-31-03-003-2008-00091-01 (Aprobada en sesión de doce de junio de dos mil diecinueve) Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020); que **sí se presenta la solidaridad entre las IPS y las EPS**, lo que es base suficiente para descartar las excepciones que en tal sentido formuló la NUEVA EPS, con la acotación que tampoco prosperan las destinadas a evidenciar buena o ajustada práctica médica, pues como se ha dicho y explicado, ello no ocurrió así, y por el contrario lo concluido es la falla médica, la falla en la atención oportuna, integra y suficiente a la señora ESTEFANÍA RESTREPO RESTREPO.

Ahora, como las demás excepciones aparecen ligadas al argumento central de no solidaridad y apego a la lex artis, tampoco se atenderán las mismas y se despacharán desfavorablemente por todo lo antes dicho al examinar el material probatorio y concluir en la responsabilidad.

Concluida la responsabilidad y el fracaso de las excepciones, deviene el pronunciamiento acerca del perjuicio y su cuantía, así:

EL PERJUICIO MORAL: Entendido como esos sentimiento íntimos de dolor, congoja, tristeza, ocasionados o derivados del actuar antijurídico de la parte demandada, y que pueden surgir, a no dudarlo, de casos como el presente en el que una persona se ha visto compelida a soportar injustificadamente unas secuelas de TBC, por el ineficaz, inoportuno y errado actuar de la accionada NUEVA EPS a través de la IPS VIVA 1ª; siendo que el entorno personal, social y familiar se ha visto seriamente afectado, al punto que, lo muestra la Historia Clínica, ESTEFANÍA RESTREPO RESTREPO no solo ha tenido que "resignarse" a vivir con su enfermedad, sino que se ha visto seriamente afectada con choques emocionales, sentimientos de incertidumbre, miedos razonables en cuanto a su facultad respiratoria se refiere, lo que en términos de lógica, reglas de experiencia y sana crítica, permiten inferir el daño moral reclamado.

Ahora, en cuanto a la cuantificación de ese daño, atendidas esas circunstancias y acorde con lineamientos jurisprudenciales de la H. Corte Suprema de Justicia consignados en distintas decisiones donde se estudiaban diversas lesiones y afectaciones, el Despacho estima razonable y equitativo disponer en su favor el equivalente a 30 (treinta) SMLMV.

Por ejemplo, en la sentencia SC 3919-2021 del 08-09-2021 en un caso en el que se había causado a un menor hijo "secuelas neurológicas", se fijó en favor del hijo y de sus padres la suma de \$50.000.000 para cada uno; en la sentencia SC 3943-2020 del 19-10-2020 en un caso en el que se había causado a un menor

hijo "parálisis cerebral" se fijó en favor del hijo y de sus padres la suma de \$40.000.000 para cada uno; en la sentencia SC 1828-2017 del 19-12*2017 en un caso en el que se había causado a una persona la "extracción de un ojo" se fijó en favor del afectado la suma de \$40.000.000; en la sentencia SC 562-2020 del 27-02-2020 en un caso en el que se había causado a un menor hijo "ceguera total ambos ojos, retardo mental y otros", se fijó en favor del hijo y de sus padres la suma de \$60.000.000 para cada uno; y \$30.000.000.00 para el hermano demandante

Con esos mismos criterios y dado que se trata de una persona que antes de la afección era estudiante de canto, profesora en la misma área, joven (18) años, que vio alteradas todas esas esferas como el tener que dejar de cantar y ser profesora; y también otras propias de su juventud, y también la esfera universitaria al decaer en sus notas; puede darse por establecido el daño a la vida de relación, y como indemnización por tal daño, se fijará con criterios de equidad y justicia, con apego a los precedentes jurisprudenciales similares, que no idénticos, de la H.C.S.J en su Sala Civil, el equivalente a 40 (cuarenta) SMLMV.

Entendido con criterios de justicia, equidad, lógica, reglas de experiencia y sana crítica, se dan por establecidos igualmente perjuicios morales causados a los padres y hermano de ESTEFANÍA RESTREPO RESTREPO, dado que ninguna duda existe de los lazos de parentesco entre padres e hija, y también de la prueba testimonial recaudada a instancias de la parte demandante, como por ejemplo la versión de la señora GINA MERCEDES RESTREPO OSORIO, persona vecina y conocedora de los demandantes desde hace unos 27 años, con quienes mantiene contacto cercano personal y social, se logra evidenciar que ESTEFANÍA y sus padres, lo mismo que su hermano JUAN PABLO sostenían una relación de padres e hijos sin ninguna interrupción o alejamiento y que por el contrario su vínculo era fuerte, de unión; sin que exista en el proceso prueba que desvirtúa tal conclusión. Esta testigo refiere ampliamente sobre las afecciones en salud de ESTEFANANIA, a quien conoce desde que tenía unos 03 años, su actividad como corista y su afectación en la voz, su decaimiento en la universidad de Antioquia, emocional pues "estuvo de sicólogo", aislada y algo malgeniada, siendo una persona activa que iba al gimnasio, nadaba, lo que ya no puede hacer por sus deficiencias físicas, anotando que "gracias a Dios ya se graduó"; afectándose también todos los miembros de la casa. La testigo también refiere sobre el aspecto económico de ESTEFANÍA, sin ser clara al respecto, sobre los términos en que se desarrollaba esa actividad que pudiera generarle ingresos económicos, y es así como al ser preguntada sobre el particular hace relación es a una salidas o viajes que hacía ESTEFANÍA, presumiendo ella que le pagaban o que viaticaba, sin detallar lo preguntado. (minuto 32.34 y ss audiencia de fallo).

DENNIS VANESSA ZAPATA OSORIO,(min 4.25 y ss segunda parte audiencia PDF 55) amiga y vecina de ESTEFANÍA RESTREPO RESTREPO se refiere a su relación de amistad, al hecho de haber cantado con la demandante en el coro; a los problemas de salud de la accionante, sus consultas permanentes al médico sin respuestas concretas, que era una infección normal, una gripa...muy decaída, ausente en razón de su enfermedad de tuberculosis, y lo difícil del momento para la accionantes, con ataques de ansiedad y depresión por las afecciones padecidas, la pérdida de la universidad en el año 2016, derivada de sus enfermedades; mucha fatiga; y su sentimiento de culpa porque su hermano CAMILO se hubiese contagiado; anotando que actualmente ESTEFANÍA es temerosa con el funcionamiento de sus pulmones, y sabe que debe sobrevivir así, con limitaciones para actividades que requieran gasto pulmonar, ritmo cardíaco.

En lo laboral, dice trabajaban en la misma fundación, como profesoras de niños, y cuando eran monitoras era un pago simbólico y luego con la Alcaldía percibían un salario mínimo por cada contrato, anotando que "era un contrato anual", entre febrero y octubre; sin que ella recuerde fechas exactas; (13.28 yss); y que en los viajes no recibían remuneración.

Acota que actualmente ESTEFANIA se graduó como enfermera, y ha hecho algunos remplazos, pero nada formal.

No concurrió el testigo de la demandada VIVA 1 A IPS, médico de apellido SBALETA, neumólogo, ni NEGUIT PÉREZ, a quien excusan por razones laborales con solicitud de fijar nueva fecha. Sobre lo anterior, el despacho dice que el memorial fue recibido, y se prescinde de los testimonios sin perjuicio de que eventualmente puedan ser recibidos oficiosamente. Sin recursos.

La nueva EPS acota que "no hará uso de los testigos", entendiendo el despacho desistida esa prueba a lo que se accede.

Así las cosas y con prudente y ponderado juicio que acoge las reglas jurisprudenciales citadas, se establecerá en favor de padres e hijos el equivalente a 15 (quince) SMLMV en favor de cada uno de ellos.

PERJUICIOS PATRIMONIALES:

EL LUCRO CESANTE reclamado: El Despacho no encuentra elementos de juicio sólidos y consistentes para atender estas pretensiones, en tanto no existe la prueba pertinente y conducente que lleve a concluir en esa afectación. Véase cómo la propia ESTEFANIA RESTREPO es clara en decir que su vínculo laboral era esporádico, no ininterrumpido, pues en su versión sólo laboraba algunos

periodos del año, con contratos con el municipio de Medellín, recibiendo uno (01) SMLMV en cada o por cada contrato, y aunque la testigo GINA MERCEDES RESTREPO OSORIO, afirma que lo percibido era mayor, ello no encuentra asidero, credibilidad, dado que es contradicha por la propia demandante.

Véase también que la prueba anexada para acreditar “gastos médicos, de transporte y alimentación”, no tiene valía, pues se trata de una mera afirmación documentada de la demandante, quien por lo demás refiere que esos son aproximaciones, que no se tienen datos o cifras concretas.

DECISIÓN DE LOS LLAMAMIENTOS EN GARANTIA

Conforme a las prescripciones del artículo 64 del CGP, *“quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial de pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación”*.

En este proceso, en el cual se ha dejado zanjado positivamente la existencia de solidaridad entre la NUEVA EPS, VIVA 1 A IPS S.A., y la IPS UNIVERSITARIA, deviene entonces necesario auscultar si existe ese fundamento legal o contractual alegado por el llamante, que haga exitoso el llamamiento; es decir, si por ley o por contrato, alguna de las llamadas en garantía debe responder económicamente a la llamante por las condenas que se impongan en su contra y en consecuencia debe reembolsarle alguna suma de dinero.

Para una mejor ilustración del asunto, viene al caso citar el siguiente pronunciamiento de la HCSJ en su Sala Civil: <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2022/02/SC042-2022-2008-00283-01-1.pdf>

CONSIDERACIONES 1. (...)

"3.2. Sobre lo segundo, se encuentra:

3.2.1. Reza el artículo 2352 del Código Civil: Las personas obligadas a la reparación de los daños causados por las que de ellas dependen, tendrán derecho para ser indemnizadas sobre los bienes de éstas, si los hubiere, y si el que causó el daño lo hizo sin orden de la persona a quien debía obediencia, y era capaz de cometer delito o culpa, según el artículo 2346. 3.2.2. Los llamamientos en garantía que Salud Total S.A. E.P.S. hizo, por una parte, a la

Sociedad de Cirujanos Generales del Tolima Limitada, y por otra a la Sociedad Médico Quirúrgica del Tolima S.A. -Clínica Tolima S.A.-, estuvieron fincados en los contratos de prestación de servicios que la primera ajustó con cada una de las últimas. En esas convenciones se estableció, por igual, que las contratistas, esto es, las llamadas en garantía, prestarían los servicios contratados con total y absoluta autonomía e independencia. Dispone el contrato ajustado con la Sociedad de Cirujanos Generales del Tolima Limitada (fls. 3 a 14, cd. 6) que "LA CONTRATISTA (...) prestará los servicios de salud a los afiliados de LA ENTIDAD con plena autonomía científica, técnica y administrativa, siendo sus resultados ajenos a la responsabilidad de LA ENTIDAD" (cláusula segunda, inciso segundo; se subraya); y que "[e]l presente contrato es un contrato de PRESTACIÓN DE SERVICIOS, de naturaleza comercial, que excluye en todo la relación laboral, relación alguna de mandato, de dependencia o de representación, de tal forma que EL CONTRATISTA no estará sujeto a reglamentos, ni a otros factores de subordinación, razón por la cual no se generará entre él y Radicación n.º 73001-31-03-006-2008-00283-01 139 SALUD TOTAL ninguna clase de relación o vínculo laboral" (cláusula cuarta; se subraya). A su turno, en el contrato pactado con la Sociedad Médico Quirúrgica del Tolima S.A. -Clínica Tolima S.A.- se estipuló: "EL CONTRATISTA prestará los servicios de salud a los afiliados de LA ENTIDAD con plena autonomía científica, técnica y administrativa" (cláusula octava; se subraya); y que "[e]l presente contrato es de naturaleza comercial, de tal manera que EL CONTRATISTA prestará los servicios contratados con plena autonomía e independencia y con sus propios medios y personal" (cláusula novena; se subraya).

3.2.3. Traduce lo anterior que, conforme el nexo comercial que unió a la llamante en garantía y a las llamadas, ninguna de éstas puede considerarse dependiente de aquélla, y mucho menos, obligada a guardarle obediencia en la forma como lo consagra el artículo 2352 del Código Civil.

3.2.4. Flore de ello, que la precitada norma no disciplina la relación que existió entre Salud Total S.A. E.P.S., de un lado, y las personas jurídicas Sociedad de Cirujanos Generales del Tolima Limitada y Sociedad Médico Quirúrgica del Tolima S.A. -Clínica Tolima S.A.-, de otro, razón por la cual el Tribunal, de admitirse en gracia de discusión que hubiere cometido los desafueros probatorios que se le endilgaron, no pudo violar el precitado artículo 2352 del Código Civil.

4. En las advertidas condiciones, el cargo no puede prosperar. Radicación n.º 73001-31-03-006-2008-00283-01 140 DEMANDA DE CASACIÓN SALUD TOTAL S.A. E.P.S.

CARGO SEGUNDO Con apoyo en la primera causal de casación, se denunció el quebranto directo de los artículos 1579 y 2352 del Código Civil cuando, en la sentencia combatida, se concluyó que ni la Sociedad Médico Quirúrgica del Tolima S.A. -Clínica Tolima S.A.-, ni la Sociedad de Cirujanos Generales del Tolima Limitada, ni el doctor Hernando Ávila Molina, "están obligados a reembolsar a Salud Total S.A. E.P.S. las sumas a las cuales fue condenada como consecuencia de la muerte del señor Francisco Javier Gómez Rondón". En

respaldo de la censura, su autor expuso: 1. El error del ad quem consistió en considerar que "entre la IPS y el médico que efectivamente causaron el daño y la EPS a la cual se encontraba afiliada la víctima, no existe relación de garantía". 2. Puso de presente que la responsabilidad atribuida a Salud Total S.A. E.P.S. fue "consecuencia de la conducta desplegada" por los otros tres demandados, atrás relacionados, y que, por lo mismo, no obedeció a una "actuación directa suya". 4. Con tal base, advirtió que si aquella no fue la causante del daño, está habilitada para recuperar el dinero que tenga que pagar de los responsables del perjuicio, por aplicación de las normas atrás invocadas, en tanto que conforme lo en ellas previsto "es claro (i) que existe acción de repetición para el sujeto que paga una condena como consecuencia de un daño causado quienes debe responder y (ii) que en el evento de solidaridad, el deudor que paga se subroga en los derechos del acreedor contra los demás codeudores". 5. Puntualizó que, "dejando de lado cualquier referencia a las pruebas del expediente, el Tribunal se equivocó de manera flagrante al desconocer las normas generales de la responsabilidad cometida por varios sujetos, y las normas que regulan los reembolsos que entre estos tiene que darse cuando uno o algunos de ellos han sido obligados al pago". 6. Destacó la importancia de un pronunciamiento de fondo sobre el particular, "pues es claro que si bien respecto del paciente tanto la EPS como la IPS y los médicos están llamados a responder, no es menos cierto que en aplicación de las reglas básicas de la responsabilidad civil y de las obligaciones, también el causante directo del daño tiene que responder frente a quienes, como consecuencia de su actuar, se vieron condenados", relación interna de los responsables que puede dilucidarse a la luz de "la figura del llamamiento en garantía". 6. El censor pidió casar la sentencia confutada, en cuanto hace a las decisiones contenidas en los numerales 1.12 a 1.14 de su parte resolutive y acceder a los llamamientos en garantía que Salud Total S.A. E.P.S. hizo a la Sociedad Médico Quirúrgica del Tolima S.A. -Clínica Tolima S.A.-, la Sociedad de Cirujanos Generales del Tolima Limitada y el doctor Hernando Ávila Molina. 1. Antes de abordar el estudio del cargo, en concreto, es necesario sentar las premisas que siguen a exponerse: 1.1. Según voces del artículo 57 del Código de Procedimiento Civil, "[q]uien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de una sentencia, podrá pedir la citación de aquél, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación" (se subraya), previsión que, en líneas generales, quedó consignada en el artículo 64 del Código General del Proceso, estatuto en el que, valga destacarlo, no se contempló la denuncia del pleito, que el primero de esos ordenamientos sí consagraba. Al respecto, en tiempo próximo, la Sala observó que, "con miras a precisar que en este fenómeno podían caber todas aquellas situaciones en que existe una relación de garantía, proveniente de ley o de convención, que habilite al llamante a convocar a un tercero que le proteja y pague por él o le reembolse lo que erogó por razón de la condena, se incluyeron

en el Código de Procedimiento Civil dos normas –artículos 54 y 57- para abarcar un mismo fenómeno, que hoy en el Código General del Proceso, atendiendo a lo dicho, quedó en un solo precepto, en el que, además, figura la posibilidad de que un demandado llame en garantía a otro demandado, figura denominada demanda de coparte (art. 64)” (CSJ, SC 1304 del 27 de abril de 2018, Rad. n.º 2000-00556-01; se subraya).

1.2. Superada, entonces, la diferencia que en atañe se hizo de las mencionadas figuras -denuncia del pleito y llamamiento en garantía-, así como que la condición de demandado del llamado, no impide la aplicación de la segunda de tales herramientas, es del caso memorar vieja doctrina jurisprudencial, conforme la cual: (...) como el vocablo mismo así lo indica, para que proceda el llamamiento en garantía requiérese que la haya; es decir, que exista un afianzamiento que asegure y proteja al llamante contra algún riesgo, según la definición que de garantía de la Real Academia Española. O, en otras palabras, que el llamado en garantía, por ley o por contrato, esté obligado a indemnizar al llamante por la condena al pago de los perjuicios que llegare a sufrir, o que esté obligado, en la misma forma, al ‘reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia’, según los términos del artículo 57 del C. de P. Civil. (...) Ejemplos de derecho legal son múltiples. Estos, entre otros: el deudor solidario que es demandado para pagar el monto de un perjuicio (Arts. 1579 y 2344 del C.C.); el codeudor solidario demandado por obligación que no es posible cumplir por culpa de otro codeudor (Art. 1583-3 ibídem); el codeudor de obligación indivisible que paga la deuda (Art. 1587 ibídem); el comprador que sufre evicción que al vendedor debe sanear (Art. 1893 ibídem). Y de derecho contractual, se tiene el caso clásico de la condena en perjuicios al demandado, por responsabilidad civil contractual o aquiliana, que tiene amparados con póliza de seguros (CSJ, SC del 28 de septiembre de 1977, G.J., t. CLV, pág. 254; se subraya).

1.3. En la primera de las providencias atrás invocadas, contentiva del más reciente estudio sobre el llamamiento en garantía, se añadió: En fallo de casación, siguiendo de cerca al maestro Hernando Devis Echandía, dijo la Corte: ‘A términos de lo establecido por los artículos 54 a 57 del Código de Procedimiento Civil, con el llamamiento en garantía, que en sentido amplio se presenta siempre que entre la persona citada y la que la hace citar Radicación n.º 73001-31-03-006-2008-00283-01 144 exista una relación de garantía, o con la denuncia del pleito que a esto también equivale, la relación procesal en trámite recibe una nueva pretensión de parte que, junto con la deducida inicialmente, deben ser materia de resolución en la sentencia que le ponga fin’ (SC del 13 de noviembre de 1980). En efecto, el citado autor explicaba que ‘con alguna frecuencia ocurre que una de las partes - demandante o demandada- tiene el derecho contractual o legal de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio o la restitución del pago que llegue a soportar como resultado, por existir entre él y ese tercero una relación de garantía, es decir, aquella en virtud de la cual ese tercero (garante) está obligado a garantizar un derecho del demandante y, en consecuencia, a reponer a la parte

principal (garantizada) lo que haya dado o perdido en virtud de la acción de otra persona. En otras ocasiones, el derecho a citar al tercero proviene de una relación jurídica distinta, existente entre los dos, respecto a la cosa materia del litigio, como cuando el tenedor demandado en reivindicación denuncia al verdadero poseedor en cuyo nombre tiene el inmueble. Esa citación puede prevenir (sic) también de la pretensión excluyente de un tercero sobre la misma cosa'. Agrega que esa garantía puede ser de dos clases: 'real, cuando consiste en responder por el goce y disfrute de un derecho real que ha sido transferido por el garante al garantizado y que, por tanto, tiene siempre un origen contractual, como sucede en la evicción de que responde el vendedor al comprador; o garantía personal, cuando se trata de responder por obligaciones personales, como la de indemnizar perjuicios o de restituir lo pagado, de modo que puede originarse directamente en la ley, como el caso del patrón que responde por los daños causados a terceros por su empleado o dependiente y queda con derecho a repetir contra éste, o un contrato, como el caso del fiador que es obligado a pagar por su fiado y queda con derecho a repetir contra él' (...) Refrendando esa posición, en fecha más reciente proclamó: 'El llamamiento en garantía es uno de los casos de comparecencia forzosa de terceros, que se presenta cuando entre la parte y el tercero, existe una relación legal o contractual de garantía que lo obliga a indemnizarle al citante el 'perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia' que se dicte en el proceso que genera el llamamiento. La justificación procesal del llamamiento en garantía, previsto en el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil, no es otra que la de la economía, pues lo que se procura es hacer valer en un mismo proceso, las relaciones legales o contractuales que obligan al tercero a indemnizar, sin perjuicio, claro está, de las garantías fundamentales del proceso, que en manera alguna se ven conculcadas. Por tal razón, la Corte ha sostenido que 'El texto mismo del precepto transcrito indica que el llamamiento en garantía requiere como elemento esencial que por razón de la ley o del contrato, el llamado deba correr con las contingencias de la sentencia, como consecuencia de la cual el demandado se vea compelido a resarcir un perjuicio o a efectuar un pago' (Sent. de 11 de mayo de 1976). (...) Ahora, sea que el llamamiento en garantía lo proponga una u otra parte, lo significativo es que éste comporta el planteamiento de la llamada pretensión revérsica, o la 'proposición anticipada de la pretensión de regreso' ..., o el denominado 'derecho de regresión' o 'de reversión', como lo ha indicado la Corte, que tiene como causa la relación sustancial de garantía que obliga al tercero frente a la parte llamante, 'a indemnizarle el perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia' (artículo 57). De modo que, de acuerdo con la concepción que sobre el llamamiento en garantía establece el texto legal antes citado, la pretensión que contra el tercero se formula es una pretensión de condena eventual (in eventum), es decir, que ella sólo cobra vigencia ante el

hecho cierto del vencimiento de la parte original y que con ocasión de esa contingencia de la sentencia, 'se vea compelido a resarcir un perjuicio o a efectuar un pago', como lo ha dicho la Corte (CSJ, SC 1304 del 27 de abril de 2018, Rad. n.º 2000-00556-01; se subraya). 1.4. Así las cosas, debe enfatizarse que la relación de garantía que habilita el llamamiento de que se trata, puede tener causa en la ley y/o en el contrato, lo primero, cuando sin mediar convención, una norma positiva consagra en favor del llamante, el derecho de reclamar del llamado la indemnización del perjuicio que experimenta o el reembolso, total o parcial, del pago que tuviere que hacer como consecuencia de una sentencia judicial; y lo segundo, cuando el referido derecho, y por consiguiente, el correlativo deber, surgen de una convención, sin que sea necesario, valga aclararlo, pacto expreso de lo uno o lo otro, siendo suficiente que en el acuerdo de voluntades se consagre el afianzamiento referido por la Corte en los fallos expuestos. 2. **Sentados los anteriores lineamientos generales, insístese en que, como se dijo al resolverse el cargo anterior, los llamamientos en garantía que Salud Total S.A. E.P.S. hizo a la Sociedad de Cirujanos Generales del Tolima Limitada y a la Sociedad Médico Quirúrgica del Tolima S.A. -Clínica Tolima S.A.- se soportaron en los contratos de prestación de servicios que entre ellas se celebraron.**

2.1. Fue así como, en cuanto hace a la primera, que la citante solicitó "acept[ar] el llamamiento en garantía", "d[ar] aplicación a lo establecido por la(...) cláusula(...) segunda del contrato de prestación de servicios de salud" y que, como consecuencia de ello, "se condene" a aquélla "a pagar a" la segunda, "todas las sumas de dinero que por todo concepto hubiese y tenga eventualmente que incurrir SALUD TOTAL S.A. E.P.S. (...), para atender el proceso a que alude la referencia (...)". En sustento de esos pedimentos reprodujo, en lo que estimó pertinente, la mencionada cláusula y aseveró que de ella "se deduce el derecho que le asiste (...) de llamar[la] en garantía"; que "[l]a relación de las E.P.S. con las I.P.S, ES UNA RELACIÓN DE TIPO CONTRACTUAL, ya que las EPS., deben prestar los servicios contenidos en el plan obligatorio de salud previo contrato con una o varias I.P.S."; y que en "la cláusula segunda del contrato (...) se delimita la responsabilidad de las partes", de modo que la Sociedad de Cirujanos Generales del Tolima Limitada asumió "la responsabilidad por la calidad del servicio así como por la idoneidad y profesionalismo de los profesionales que los preste[n]", al igual que la "que legalmente le corresponde, incluyendo perjuicios patrimoniales, morales y fisiológicos que puedan derivarse de los actos y omisiones, tanto del personal médico y paramédico a los cuales [se] encomiende la prestación de los servicios de salud, como de su personal administrativo" (fls. 17 a 23, cd. 6). 2.2. En el llamamiento efectuado a la Sociedad Médico Quirúrgica del Tolima S.A. -Clínica Tolima S.A.-, se elevó idéntica solicitud a la atrás relacionada, haciendo referencia a la cláusula segunda del contrato de prestación de servicios de salud que la llamante convino con la prenombrada entidad; y la sustentación de la

reclamación, es muy similar a la que se dejó comentada en precedencia (fls. 15 a 23, cd. 5). 3. **La sentencia combatida en casación, negó los referidos llamamientos, con respaldo en los siguientes argumentos:** 3.1. El formulado en contra de la Sociedad de Cirujanos Generales del Tolima Limitada, porque "para la Sala, es claro que del contrato que ata a las partes, llamante y llamada en garantía, denominado 'contrato para la prestación de servicios de salud modalidad de pago por honorarios' (fl 2 a 14 cdno 6), si bien se previene en el inciso 3 de la cláusula segunda (2), bautizada 'garantía de calidad', la facultad de llamar en garantía a la sociedad contratista, es igualmente certero que la posibilidad de que la entidad SALUD TOTAL EPS, pueda repetir contra el contratista -como se observa en el inciso 3 de la cláusula segunda (2)- no habilita a la sociedad llamante en garantía para reclamar de la contratista el monto o valor de indemnización alguna, o, en su caso, el reembolso de lo pagado con ocasión del presente proceso, puesto que tal posibilidad de repetición está vinculada con la bautizada 'garantía de calidad' que alude a la obligación del contratista de prestar el servicio contratado con calidad, idoneidad y profesionalismo del personal contratado, prestación bien distinta a la que se regula como obligación axiológica del llamamiento en garantía; razón por la cual, éste otro llamamiento de SALUD TOTAL EPS, será desestimado". 3.2. Y el planteado en frente de la Sociedad Médico Quirúrgica del Tolima S.A. -Clínica Tolima S.A.-, puesto que el acuerdo de voluntades que con ella se suscribió, "no supone en ningún sentido que, la sociedad llamada en garantía est[é] obligada a reembolsar total o parcialmente el pago que tuviere que hacer la E.P.S. demandada con ocasión del presente asunto de responsabilidad médica". 4. De lo expuesto se colige la indebida formulación del cargo en estudio, en lo tocante con las dos llamadas en garantía atrás identificadas, toda vez que si la desestimación de la convocatoria que a tal título se les hizo, derivó de que el ad quem no halló en los contratos aducidos como base de los llamamientos, que Salud Total S.A. E.P.S. tuviese el derecho a obtener de ellas el reembolso de las sumas de dinero a que fue condenada en este proceso y, correlativamente, de que a cargo de la Sociedad de Cirujanos Generales del Tolima Limitada y de la Sociedad Médico Quirúrgica del Tolima S.A. -Clínica Tolima S.A.- existiese tal deber, esa es cuestión que no puede dilucidarse a la luz de la causal primera de casación, que fue la invocada en la acusación, en tanto que supone revisar si en verdad hubo entre llamante y llamada un nexo obligacional de esas características, exploración de naturaleza fáctica que, por ende, solo puede hacerse bajo la égida de la causal segunda del artículo 336 del Código General del Proceso. 5. El cargo, por consiguiente, naufraga, en cuanto atañe a las mencionadas sociedades. 6. **Queda por ver la situación del otro llamamiento en garantía efectuado al doctor Hernando Ávila Molina, en relación con el cual son necesarias las siguientes consideraciones:** 6.1. Diverso fue el sustento de la anterior solicitud, toda vez que en ella, por una parte, se admitió que entre el nombrado y "SALUD TOTAL S.A. E.P.S.-S no existe

una relación contractual" (se subraya) y, por otra, se afirmó que esta última puede "llamar en garantía al mencionado profesional, basada en lo dispuesto por el artículo 2341 del C.C., que en su tenor literal expresa: 'El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido'. En sustento de ese planteamiento, la llamante adujo que "siendo el Dr. HERNANDO ÁVILA MOLINA, el profesional que realizó los procedimientos quirúrgicos que cuestionan los demandantes (...), sería este médico el llamado a responder extracontractualmente por los presuntos perjuicios causados a los demandantes (...), toda vez que los actos médicos que causaron el presunto daño que se imputa a la EPS que representó, fue[ron] efectivamente ejecutado[s] por [él] (...)". Y añadió que, "[r]especto de la obligación existente por parte de quien realice el daño, el artículo 2343 del Código Civil determina: 'Es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos...'", por lo que el citado galeno es "quien debe responder por los eventuales perjuicios causados en los procedimientos realizados al señor FRANCISCO JAVIER GÓMEZ RONDÓN (Q.E.P.D.) y no SALUD TOTAL S.A. EPS-S teniendo [é]sta el derecho a repetir lo pagado en caso de una sentencia por los actos médicos realizados por el Dr. HERNANDO ÁVILA MOLINA". En últimas solicitó que, en virtud del llamamiento y "en la medida que se condene solidariamente o conjuntamente [a] SALUD TOTAL S.A. EPS-S[,] el juez de la causa debe condenar al Doctor (...) HERNANDO ÁVILA MOLINA [a] pagar a [la] EPS que represento la suma de dinero que ésta tuviere que pagar a los demandantes en caso de una eventual condena en su contra", imposición que versará sobre "todas las sumas de dinero que por todo concepto" aquella tenga que asumir "para atender el proceso a que alude la referencia (...)".

6.2. **El Tribunal optó por despacharlo "adversamente, como quiera que la E.P.S. llamante no acreditó, debiendo hacerlo, el vínculo contractual o el soporte legal que justificara tal llamamiento en garantía al cirujano demandado, Ávila Molina; es decir, no existe nexo convencional y no se conoce norma alguna, que en el caso presente obligue(...) al médico que practicó la inicial cirugía al paciente fallecido, para indemnizar a SALUD TOTAL EPS, o reembolsar a la misma, total o parcialmente[,] la cantidad de dinero [a] que sea condenada en esta sentencia".**

6.3. En el cargo auscultado su proponente enrostró al sentenciador de segunda instancia el quebranto directo de los artículos 1579 y 2352 del Código Civil y precisó que el error cometido consistió en que esa Corporación "consideró que entre la IPS y el médico que efectivamente causaron el daño y la EPS a la cual se encontraba afiliada la víctima, no existe relación de garantía" (se subraya). Adelante observó que el ad quem no aplicó los citados preceptos, según los cuales "es claro (i) que existe acción de repetición para el sujeto que paga una condena como consecuencia de un daño causado por quienes deben responder y (ii) que en el evento de solidaridad, el deudor que paga se subroga en los derechos del acreedor contra los demás codeudores".

6.4. Siendo ello así, como en el caso del cargo anterior, se constata que ninguna de esas normas fue base esencial, o debió serlo, del fallo impugnado, como pasa a dilucidarse: 6.4.1. Dispone el artículo 1579 del Código Civil, en lo que aquí resulta pertinente poner de presente, que: *El deudor solidario que ha pagado la deuda o la ha extinguido por alguno de los medios equivalentes al pago, queda subrogado en la acción del acreedor con todos sus privilegios y seguridades, pero limitada respecto de cada uno de los codeudores a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda (se subraya). **Como con absoluta nitidez se aprecia, para que la subrogación de que habla la norma opere en favor de uno de los codeudores solidarios, es indispensable que él haya pagado la deuda o la haya extinguido por uno de los medios equivalentes al pago. Tal exigencia acompasa con los lineamientos generales de la subrogación, explicados por la Corte en los siguientes términos: La subrogación, (...), a voces del Diccionario de la Lengua Española, vigésima primera edición, Tomo II, pp. 1912, es la 'Acción y efecto de subrogar o subrogarse', es decir, 'Sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra'. Esta percepción trasluce plena de conformidad con lo plasmado en el artículo 1666 del Código Civil (el código de comercio no introdujo definición alguna sobre el particular), en cuanto que es considerada como 'la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga', desplazamiento que puede sobrevenir por ministerio de la ley o por acuerdo ajustado entre el acreedor primigenio y el tercero que satisface la prestación debida.*** Pothier la definió como: *Una ficción de derecho por la cual el acreedor es considerado ceder sus derechos, acciones, privilegios e hipotecas a aquel de quien recibe lo que se le debe (Introduction á la contume d'Orleans, t. 20, n° 66; Traité des obligations, n°, 559). Noción a la que se sumaron otros autores al decir: 'Para que pueda hablarse de subrogación es preciso un pago hecho por quien, no siendo deudor, o al menos no único o principal deudor, tenga derechos de regreso contra el deudor principal o el codeudor, para recuperar en todo o en parte la suma desembolsada. Es, pues, necesario un acuerdo de las partes interesadas, o una disposición legal, que dé derecho a la subrogación' (Jorge Giorgi, Teoría de las obligaciones en el Derecho Moderno, Madrid Editorial Reus, S.A., Volumen VII, pag. 183). Y, ciertamente, los artículos 1667 y 1668 del Código Civil Colombiano, en su orden, contemplan las hipótesis de la subrogación tanto la que proviene de un pacto de los interesados como aquella que surge por la sola disposición de la ley. La última de las normas citadas consagra: 'Se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley, y aun contra la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes (...)'.* Por manera que, en línea de principio, una vez efectuado el pago la subrogación se produce y, con ello, connatural a dicha institución, sobreviene la sustitución del inicial acreedor; bajo esa perspectiva, quien satisface la contraprestación respectiva asume la posición de quien fuera en un comienzo su titular (CSJ, SC

17494 del 14 de enero de 2015, Rad. n. ° 2007 00144 01; se subraya). **Con otras palabras, sin pago o extinción de la obligación solidaria, no hay subrogación, es decir, no se produce ningún efecto para los codeudores solidarios.** En este orden de ideas, fácil es comprender que el comentado precepto no era, ni es, aplicable en el caso sub lite, en tanto que no estando acreditado el pago o la extinción, por parte de Salud Total S.A. EP.S., de las condenas solidarias impuestas en la sentencia de segunda instancia, no ha operado en favor de ella la subrogación prevista en dicha norma y, por lo mismo, ninguna acción puede ejercer en contra de los otros deudores solidarios, menos la de repetir la suma pagada en proporción a las cuotas que a ellos corresponda. Corolario obligado de lo que viene de explicarse, es que el Tribunal mal pudo violar directamente la comentada disposición legal, y menos, por falta de aplicación. i. En lo que hace al artículo 2352 del Código Civil, es del caso reiterar las apreciaciones que se dejaron plasmadas al resolverse el cargo anterior, pues si como se consignó en el propio llamamiento en garantía, no existe ningún vínculo contractual entre Salud Total S.A. E.P.S. y el doctor Hernando Ávila Molina, menos posibilidad hay de identificar una relación de dependencia o subordinación de él hacía aquélla, y por lo mismo, que el referido precepto esté llamado a gobernar el eventual nexo obligacional de los dos, del que pudiera derivarse el derecho de la llamante a obtener del citado llamado el resarcimiento de los perjuicios por ella sufridos o el reembolso de las sumas de dinero a que fue condenada en esta controversia. **8. En este orden de ideas, el cargo no prospera.** LAS COSTAS El fracaso de la totalidad de los cargos propuestos por los tres recurrentes en casación, determina que las costas del recurso extraordinario deban ser asumidas por ellos, así: La Sociedad Médico Quirúrgica del Tolima S.A. -Clínica Tolima S.A.- y Hernando Ávila Molina en favor de los actores. Como éstos guardaron silencio dentro del término de traslado de las demandas presentadas en nombre de aquéllos, se fija la suma de \$3.000.000.00 como agencias en derecho a cargo de cada una de las precitadas recurrentes. Salud Total S.A. E.P.S. en favor de los llamados en garantía Sociedad Médico Quirúrgica del Tolima S.A. -Clínica Tolima S.A.-, Sociedad de Cirujanos Generales del Tolima Limitada y Hernando Ávila Molina. Como los dos primeros guardaron silencio dentro del término de traslado de la Radicación n.º 73001-31-03-006-2008-00283-01 155 demanda presentada en nombre de la llamante, se fija la suma de \$3.000.000.00 como agencias en derecho para cada uno de ellos. En cambio, como el doctor Hernando Ávila Molina replicó en tiempo el libelo sustentatorio de la impugnación de que se trata, se fija la suma de \$6.000.000.00 como agencias en derecho en favor de él. **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 el 14 de septiembre de 2018 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Sala Civil – Familia, en el proceso plenamente identificado en el inicio del presente fallo. Costas en casación a cargo de los

recurrentes, conforme lo indicado en la parte final de las consideraciones de este proveído. La Secretaría de la Sala practique las correspondientes liquidaciones. Cópiese, notifíquese, cúmplase y, en oportunidad, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. FRANCISCO TERNERA BARRIOS Presidente de Sala ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO HILDA GONZÁLEZ NEIRA AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO Radicación n.º 73001-31-03-006-2008-00283-01 156 LUIS ALONSO RICO PUERTA OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE”.

En este asunto, puede concluirse, a tono con la ley y la jurisprudencia citada que los llamamientos no están llamados a prosperar, pues respecto de VIVA 1 A IPS no existe vínculo legal ni contractual que así lo disponga, esto es, que prevea que en caso de que la NUEVA EPS S.A. sea condenada, entonces la llamada en garantía debe reembolsar o indemnizar a dicha EPS.

Desde el mismo llamamiento se dijo que no existía ese vínculo contractual y que el llamamiento obedecía a que VIVA 1 A IPS prestaba o prestó servicios médicos a la paciente ESTEFANÍA RESTREPO, por lo cual ante cualquier falla debía la IPS concurrir al proceso a defender su actuación; hipótesis que no estructuran el llamamiento. Como lo dijo la Corte en la última sentencia citada, ese solo hecho no habilita el llamamiento, e incluso para que opere una subrogación, se debe haber pagado por la llamante, lo que no ha ocurrido en este caso.

Y respecto de la IPS UNIVERSITARIA, dígase que si bien existe el respectivo vínculo contractual, contrato de prestación de servicios, que incluye “cláusula de indemnidad”, tampoco opera el llamamiento en tanto se ha concluido que no es dable derivar o estructurar falla médica alguna en cabeza de esta IPS, como quiera que su participación fue solo en atención de urgencias, dispensando a la paciente ESTEFANÍA RESTREPO lo requerido según el motivo de consulta, por un periodo breve de tiempo; dándole pronto de alta para que consultase en su IPS PRIMARIA VIVA 1 A IPS respecto de su enfermedad ya diagnosticada de tuberculosis.

Así las cosas, se acogen en lo pertinente las alegaciones del actor y de la IPS UNIVERSITARIA, y se desestiman las de la NUEVA EPS S.A.; lo que lleva a que se estimen las pretensiones con los alcances ya indicados.

COSTAS: El demandado NUEVA EPS S.A., será condenado en costas en favor de la parte demandante, al tenor de lo establecido en los artículos 365 y ss del CGP.

En cuanto a llamante y llamados, colige este juzgador que no hay lugar a condena en costas, en tanto no aparece la prueba de su causación, artículo 365 numeral 8 del CGP.

Las agencias en derecho, se fijarán por auto aparte, en los términos del Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, teniendo en cuenta la naturaleza del proceso, la calidad y utilidad de la gestión de la parte demandada, la duración del proceso, y aplicando inversamente el porcentaje frente a la cuantía de las pretensiones.

Por todo lo expuesto **EL JUZGADO OCTAVO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE MEDELLIN, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA

PRIMERO: Se acogen las pretensiones, en la forma y alcances que así se describen:

Se declara que la NUEVA EPS S.A. es civilmente responsable de los daños y perjuicios extrapatrimoniales padecidos por los demandantes.

SEGUNDO: En consecuencia, se condena a la NUEVA EPS S.A. a pagar:

A ESTEFANIA RESTREPO RESTREPO, c.c. 1214718547:

Por concepto de perjuicios morales, el equivalente a 30 (treinta) SMLMV.

Por concepto de daño a la vida de relación: el equivalente a 40 (cuarenta) SMLMV.

A LUZ MARINA RESTREPO. c.c. 43006740: por **perjuicios morales,** el equivalente a 15 (quince) SMLMV.

A JUAN CAMILO RESTREPO RESTREPO, representado por su curadora LUZ MARINA RESTREPO, por concepto de **perjuicios morales:** el equivalente a 15 (quince) SMLMV.

Para ANGEL GABRIEL RESTREPO RESTREPO, c.c. 2712053, por concepto de **perjuicios morales,** el equivalente a 15 (quince) SMLMV.

TERCERO: Se desestiman los llamamientos en garantía formulados por NUEVA EPS S.A. respecto de VIVA 1 A IPS, e IPS UNIVERSITARIA.

CUARTO: Se desestiman las excepciones.

QUINTO: Se condena en costas a la NUEVA EPS S.A. en favor de la parte demandante; sin lugar a costas entre llamantes y llamados. Las agencias en derecho serán fijadas en auto aparte.

SEXTO: En firme esta providencia, archívese el expediente.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



CARLOS ARTURO GUERRA HIGUITA

JUEZ

(Firma escaneada conforme al artículo 11 del Decreto 491 de 2020 del Ministerio de Justicia y del Derecho)