

José Luis Tenorio Rosas

Magíster en Derecho Médico

Señor
JUEZ CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI
Secretaría

Asunto : A las excepciones de las demandadas y llamados en garantía
Radicación : 760013103004 **2020 00166 00**
Demandante : Carlos Alberto García Nagles y otros
Demandada : Clínica Palmira S.A. y otro

José Luis Tenorio Rosas, en mi condición de apoderado judicial de la parte demandante y estando dentro de la oportunidad legal, con todo respeto concurre al Despacho, con el fin de recorrer el traslado de las excepciones de fondo propuestas por las demandadas y los llamados en garantía dentro del proceso comentado.

1. A las excepciones de la Clínica Palmira. S.A. como demandada y llamada en garantía

Debemos tener en cuenta que la presente demanda por responsabilidad médica tiene como causa, **la errada colocación de una sonda nasoyeyunal a la señora María Lilia Hernández Sandoval**, elemento que como su nombre lo indica debe colocarse a través de la nariz hasta el yeyuno (intestino delgado), su función es pasar a través de ella, suficiente alimentación líquida para asegurar la nutrición diaria de la persona. En este caso, la sonda nasoyeyunal (en adelante sonda), erradamente se colocó entre la nariz y el pulmón, desencadenando una grave **neumonitis química** en el momento que se pasó el alimento líquido a través de esa sonda.

Es importante resaltar este punto, porque las excepciones presentadas por la parte demandada se fundamentan en demostrar que hubo una buena atención y en comentar situaciones ajenas con el acto que produjo el daño a la paciente.

Con relación al hecho cuarto de la demanda: La paciente Lilia María Hernández Sandoval, ingresa a la Clínica Palmira el 2 de mayo 2019, tal como lo reconoce la demandada, llevaba 5 días con síntomas de fiebre, iniciándose el tratamiento médico por parte de los profesionales de la casa de salud, frente a lo cual no existe ninguna observación en contra.

Sin embargo, debemos ubicarnos en el día 6 de mayo 2019, a las 10:13 a.m., cuando la paciente Lilia María Hernández Sandoval es atendida por la nutricionista Yulieth Daniela Rodríguez, quien de forma acertada dispone la colocación de una sonda nasoyeyunal a la paciente.

Luego, a las 10:52, el médico Adolfo Galeano González, examina a la paciente y anota que no volvió a tener dificultad respiratoria. No se hace ninguna referencia a la colocación de la sonda nasoyeyunal.

Después menciona el hecho cinco de la demanda: La demandada explica que la sonda nasoyeyunal “**se desplazó de la zona inicial**”, entendemos que quiere explicarnos que la sonda se desplazó del yeyuno al pulmón, **afirmación que no tiene ningún sentido lógico desde el punto de vista médico, pues tal posibilidad, que una sonda nasoyeyunal, por sí sola, salga del intestino y se introduzca en el pulmón es sencillamente imposible.**

La clínica demandada identifica a la **enfermera o auxiliar de enfermería** Luz Ediva Lenis Flórez, como la persona que colocó la sonda nasoyeyunal, a las 9:03 a.m., llamando la atención que la Nutricionista ordenó la colocación de dicha sonda a las 10:13 a.m., de acuerdo con la foto fragmentada de historia clínica que presenta con la contestación de la demanda y con subrayado rojo, la **enfermera o auxiliar de enfermería** Luz Ediva Lenis Flórez anota que no hubo complicaciones. Se ausculta (no dice que ausculta ni cuál es el resultado de esa auscultación), seguido, la enfermera anota “P” podría ser una abreviatura de “pendiente”, RX de tórax portátil para verificar posición.

Entendemos que existía la indicación de tomar una radiografía para verificar que la sonda nasoyeyunal estuviese bien colocada.

Respecto al hecho séptimo de la demanda: La accionada reconoce que no se diligenció un consentimiento informado con la paciente ni sus familiares, luego manifiesta que no solo el documento de consentimiento acredita el deber de consentimiento, que existen otros medios, pero olvidó explicar cuáles de esos medios fueron los utilizados por la IPS Clínica Palmira. S.A., y sus profesionales para obtener ese consentimiento.

Es cierto que clínicamente era importante colocar la sonda nasoyeyunal para el suministro de la alimentación, ello no quiere decir que la paciente y su familia perdieran el derecho a una explicación acerca del procedimiento, sus beneficios, riesgos, alternativas y luego a decidir si aceptaban el procedimiento.

Al hecho octavo: La demandada trata de confundirnos, (entendemos que no tiene otra opción de defensa), mostrando que existe una exigua nota de la enfermera Luz Ediva Lenis Flórez, que dice:

“Se cumple orden de paso de SNY¹ sin complicaciones”, Nótese que no explica como comprobó que no existen complicaciones.

Luego manifiesta *“Se ausculta”*, pero no explica que sitio del cuerpo ausculta, ni cual es el resultado de esa auscultación, o para qué la realizó.

Adelante escribe: *“P RX de tórax portátil para verificar posición gracias”*. Nótese que indica que se realizará una radiografía para verificar que la sonda esté colocada en el sitio correcto, pero no está diciendo que ya se realizó y menos está diciendo que la RX indica que la sonda está bien colocada. De esta manera, está claro que la demandada, trata de confundirnos, insinuando que esa nota de la enfermera es una evidencia que el personal de salud sí verificó que la sonda nasoyeyunal estaba correctamente colocada.

Propone las siguientes excepciones de fondo:

-Inexistencia de falla en la prestación del servicio médico suministrado por mi representada a la señora Lilia María Hernández Sandoval

-Riesgo inherente al acto médico

¹ Sonda naso yeyunal

-Inexistencia de la relación causal entre el daño alegado por el extremo actor y la conducta desplegada por las demandadas

-Inexistencia de los supuestos perjuicios derivados del deber de información a cargo del personal médico

-Excesiva valoración de perjuicios inmateriales

-El presente caso debe evaluarse a la luz del régimen de falla probada

Las excepciones propuestas no están llamadas a prosperar, toda vez no aporta ningún medio de prueba que cambie lo demostrado en la demanda, se trata de comentarios subjetivos de la opugnada para edificar la defensa, por esa razón se hará manifestación de la siguiente manera:

Nos pronunciaremos en conjunto sobre las primeras cuatro excepciones por tener relación directa:

-Inexistencia de falla en la prestación del servicio médico suministrado por mi representada a la señora Lilia María Hernández Sandoval; Riesgo inherente al acto médico; Inexistencia de la relación causal entre el daño alegado por el extremo actor; la conducta desplegada por las demandadas; Inexistencia de los supuestos perjuicios derivados del deber de información a cargo del personal médico.

Indica la Clínica Palmira. S.A.:

Se fundamenta esta excepción, en el entendido de que la responsabilidad que aquí se persigue requiere de manera indispensable la acreditación de una falla en el servicio médico, a partir de la cual se desprenda la relación de causalidad entre el daño alegado por la parte actora y la conducta desplegada por la pasiva. De este modo, sea lo primero señalar al despacho que la obligación de los profesionales encargados de la atención, servicios y procedimientos médicos suministrados a la señora Lilia María Hernández Sandoval, era de medio y no de resultados, por lo cual, aun habiendo obrado de manera perita, cuidadosa y diligente, como en efecto aquí ocurrió, se obtuvo un resultado adverso al estado de salud de la nombrada, que en todo caso no es atribuible a las demandadas.

(...)

En la demanda resulta demostrado que hay lugar a responsabilidad civil derivada del acto médico, porque el daño causado tiene el carácter de indemnizable, al estar precedido de un comportamiento culposo, proveniente propiamente de la ineptitud, negligencia, descuido y de la violación de los deberes legales y reglamentarios tocantes con la *lex artis*.

Se colocó incorrectamente la sonda nasoyeyunal para alimentación en el paciente, ya que accidentalmente se dirigió hacia las vías respiratorias en lugar de las vías digestivas, lo que provocó que el alimento se alojara en el pulmón. El resultado del procedimiento no fue analizado prontamente con **imagen real de radiografía que fue practicada, pero no fue tomada en cuenta**, que es lo recomendado en estos casos, como correspondía por el profesional que lo practicó, lo que denota una inadecuada prestación del servicio requerido por el enfermo. Resulta curioso que no haya registro en la historia clínica sobre el profesional que insertó la sonda ni la hora en que se llevó a cabo el procedimiento.

Pero en la contestación de la demanda afirma: *“Las notas de enfermería, que forman parte de la historia clínica emitida por mi procurada, sí consignaron el registro de la enfermera, Luz Ediva Lenis Flórez, que llevó a cabo la colocación de la Sonda Nasoyeyunal, el día 06 de mayo de 2019, a las 9:03AM.”*

Con relación a la prueba del daño, está demostrado que la señora Hernández Sandoval falleció el 24 de mayo de 2019 debido a falla respiratoria, resulta de relevancia advertir que existieron en este

caso fallas médicas y organizacionales que se consideran sobresalientes para el desencadenamiento de aquel resultado, tales como el error en acto médico y la tardanza en descubrir la patología sufrida por la paciente que se había originado debido a la negligencia. En los procedimientos que se le brindaron, que enmarcaron la acción operativa a cargo de las instituciones demandadas; es decir, fueron obra suya en virtud del deber de prestadoras del servicio de salud conforme a la calidad que les asignó el art 185 de la Ley 100 de 1993. De ahí que esté suficientemente demostrado el factor de atribución del hecho desencadenante del daño.

El doctor Adolfo Galeano Grisales termina aceptando lo sucedido, cuando afirma que *“buscando las causas del deterioro súbito de la condición de salud de la paciente, solicitó que se realizara revisión de la placa de tórax tomada con posterioridad al paso de la sonda nasoyeyunal, al revisarla, se evidencia que sonda Nasoyeyunal tomó falso camino hacia vía aérea y se encuentra ubicada en la región del hipocondrio derecho;”*

La radiografía de tórax se le tomó a la paciente una vez quedó instalada la sonda, pero solo vino a revisarse al día siguiente cuando la señora Hernández Sandoval, presentó deterioro grave de su condición de salud, encontrando que la sonda había quedado en la vía aérea lo que explicaba el estado de la paciente, aunque el médico utiliza un eufemismo para dar a conocer el error cometido

Porque los elementos de juicio permiten establecer que se desaprovecharon los medios diagnósticos y procedimientos aconsejados por la lex artis para proteger la vida de Lilia María Hernández Sandoval, el obrar negligente de los dependientes de la parte demandada y el nexo causal entre el luctuoso suceso y la conducta endilgada a las accionadas.

Por lo expuesto, se puede concluir que en efecto existió nexo causal entre el daño y la culpa médica, que hizo responsables no solo a los profesionales de la salud, sino a las instituciones prestadoras del servicio médico querelladas, lo que genera la declaratoria de solidaridad de las convocadas, conforme a lo previsto en el artículo 2344 del Código Civil.

La Clínica Palmira S.A. llama en garantía al doctor Adolfo Galeano Grisales, médico especialista en Medicina Familiar, quien afirma en su defensa *“... no ordenó el paso de la sonda nasoyeyunal, ni fue la persona que ejecutó dicha orden, así como tampoco ordenó que se comenzara la nutrición enteral a la paciente, vale la pena indicar aquí que al tratarse de una paciente institucional, que fue atendida por diferentes profesionales de la salud, cada uno con roles y funciones distintas de acuerdo a su especialidad y formación, quienes asumen de manera individual, no colectiva, responsabilidades de acuerdo con su atención en salud; al tratarse de un trabajo en equipo horizontal.”*

Posteriormente, el galeno manifiesta: *“Dentro de la interconsulta el doctor GALEANO revisa dos informes de radiología, el TAC de cráneo simple realizado por la doctora LINA KATHERINE ROJAS PEDRAZA, médica especialista en radiología y el informe de radiología que realizó la Dra. LUZ STELLA TRUJILLO DE VARGAS, médica especialista en radiología, para ese momento el facultativo no tenía acceso a las imágenes radiológicas, solo contaba con los reportes con los conceptos de las especialistas en radiología nombradas.”*

El doctor Adolfo Galeano Grisales aporta dictamen pericial, en cual se indica que, la enfermera Luz Ediva Lenis Flórez, fue quien realizó el procedimiento de instalación de la sonda; que se realizó la radiografía correspondiente para establecer la ubicación; en la última respuesta de la experticia se adviera:

RESPUESTA: que el informe inicial de radiología no tuvo en cuenta mencionar la colocación de la sonda nasoyeyunal. Esto puede suceder porque la orden (la cual debió haber sido realizada por quien paso la sonda, es decir la profesional de enfermería) no especificó para revisión de la colocación de la sonda nasoyeyunal y la lectura no se enfocó en dicha situación, o porque la lectura de la radiografía fue

incompleta por el especialista. No es posible afirmar cuál de las 2 situaciones fue. sin embargo, sí se puede afirmar que el Dr. Galeano se basó en el primer informe donde no se mencionaba que la sonda estuviera mal colocada (lo que este describió en la historia es idéntico al informe del radiólogo).

En este orden de ideas, no queda ninguna duda que inicialmente la sonda nasogástrica fue alojada en el pulmón y la radiografía que lo mostraba no fue objeto de revisión por quien le correspondía, debido a ello, se procedió a realizar el paso del alimento enteral por la sonda, el cual inundó el pulmón de la paciente desencadenando una grave neumonitis química que la llevó a perder la vida y al mismo tiempo generando los perjuicios morales y a la vida de relación de los demandantes.

-En cuanto a la quinta excepción *Excesiva valoración de perjuicios inmateriales*, se queja la demandada:

Se propone esta excepción, sin que con ello se esté reconociendo responsabilidad a cargo del extremo pasivo, y por ende, de mi representada, solo para manifestar que bajo el hipotético caso en que el Juzgado emitiera un fallo condenatorio a los demandados, las sumas reclamadas deben necesariamente reajustarse para reconocer (si a ello hubiere lugar) lo que efectivamente correspondiera, de conformidad con el perjuicio efectivamente causado y debidamente acreditado en el curso procesal

Específicamente tratándose de los perjuicios reclamados por el extremo actor, debe señalarse que se encuentran ampliamente desbordados, y contrarían los lineamientos jurisprudenciales vigentes para el fin, teniendo en cuenta que, como se indicó, los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia se encuentran encaminados a reconocer una suma equivalente a sesenta millones de pesos (\$60.000.000) por concepto de perjuicios morales², **pero solo frente a los familiares que pertenecen al núcleo primario** de la víctima, y treinta millones de pesos (\$30.000.000) a título de daño a la vida de relación³, en la resolución de supuestos fácticos similares al que hoy se discute. De este modo, resulta inadmisibles que se reconozcan sumas que superan ostensiblemente los parámetros ya establecidos por el máximo órgano de la jurisdicción civil.

La Corte Suprema de Justicia no ha establecido de manera sacramental el monto a reconocer en casos de perfiles afines; en tratándose de perjuicios de orden inmaterial la parte demandante puede proponer al iudex una cifra de acuerdo al tipo hechos y al grado de afectación de las víctimas, por cuanto no existe una regla estándar para medir el sufrimiento de los seres humanos, porque el duelo de cada uno, es único.

Por dicha razón, sabiamente la Alta Corte en lo que respecta al cálculo de los perjuicios de esta naturaleza ha indicado que opera el principio de arbitrio iudicium, esto es, que el juez puede tasarlos teniendo en cuenta criterios como la experiencia, la calidad del reclamante y en general las particularidades de cada caso, con la claridad de que tales criterios aplican únicamente en tratándose del daño moral subjetivo.

Así las cosas, una vez establecido el parentesco con los registros civiles de nacimiento, se da por probado el perjuicio moral en los actores con ocasión de la muerte de la compañera permanente, madre, hermana y tía, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir que el óbito de un pariente cercano causa un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, además de la importancia que dentro del desarrollo de la personalidad del individuo tiene la familia como núcleo básico de la sociedad.

² Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC665 de 07 de marzo de 2019.

³ Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC665 de 07 de marzo de 2019.

-En la última excepción propuesta por la Clínica Palmira. S.A., indica que en el *presente caso debe evaluarse a la luz del régimen de falla probada*, con la siguiente argumentación:

Como es sabido, la jurisprudencia ha establecido que para la declaratoria de la responsabilidad que hoy se pretende (donde la obligación del cuerpo profesional es de medio y no de resultado), se impone al actor la carga de probar de manera fehaciente la realización de la falla en la prestación del servicio médico, que constituye la causa del daño que se alega. En otras palabras, tratándose de responsabilidad civil médica no existe presunción alguna que exonere al extremo actor de demostrar, además del daño y el nexo causal, el hecho configurativo de una mala práctica en el ejercicio médico. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia⁴ ha manifestado:

... la responsabilidad médica descansa en el principio general de la culpa probada, salvo cuando en virtud de las “estipulaciones especiales de las partes” (artículo 1604, in fine, del Código Civil), se asumen, por ejemplo, obligaciones de resultado, ahora mucho más, cuando en el ordenamiento patrio, el artículo 104 de la Ley 1438 de 2011, ubica la relación obligatoria médico-paciente como de medios.

La conceptualización es de capital importancia con miras a atribuir las cargas probatorias de los supuestos de hecho controvertidos y establecer las consecuencias de su incumplimiento. Así, tratándose de obligaciones de medio, es al demandante a quien le incumbe acreditar la negligencia o impericia del médico, mientras que en las de resultado, ese elemento subjetivo se presume.

La excepción que precede es extraña, como quiera que al proceso que nos ocupa no se le está imprimiendo trámite diferente al que corresponde, es decir, el mismo trámite que la defensora de la EPS manifiesta y citada por la Corte Suprema de Justicia.

Por lo anterior, ruego a su señoría, no tener en cuenta las excepciones propuestas por la Clínica Palmira. S.A., porque ante la evidencia de los hechos denunciados solo son un mero mecanismo de defensa que trata de justificar el incumplimiento de diligencia y cuidado que debe contener el acto médico, siendo procedente desecharlas por ser infundadas, dilatorias e improcedentes y acceder a las súplicas de la demanda.

2. A las excepciones de la NUEVA E.P.S. S.A.

La entidad propone diez excepciones, todas encaminadas a negar los hechos, el nexo causal y su responsabilidad solidaria, miremos:

- 1. INEXISTENCIA DE DAÑO INDEMNIZABLE IMPUTABLE A NUEVA EPS S.A.**
- 2. INEXISTENCIA DE ERROR MEDICO**
- 3. CUMPLIMIENTO CABAL DE LAS OBLIGACIONES DE LA NUEVA EPS S.A. EN SU CONDICIÓN DE ASEGURADOR.**
- 4. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DE NUEVA EPS S.A. POR HECHO DE TERCERO**
- 5. AUSENCIA DE CULPA Y RUPTURA DEL NEXO CAUSAL POR HECHO IMPUTABLE DE MANERA EXCLUSIVA A UN TERCERO.**
- 6. CARENCIA ABSOLUTA DE PRUEBA DE NEXO CAUSAL ENTRE LA OMISIÓN ENDILGADA A NUEVA EPS Y EL DAÑO ALEGADO.**
- 7. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR CARENCIA DEL DAÑO ANTIJURÍDICO.**
- 8. CONDICIONES PROPIAS DE LA PATOLOGIA DE LA PACIENTE**
- 9. COBRO DE LO NO DEBIDO**
- 10. EXCEPCIÓN GENÉRICA.**

En honor a la brevedad se resolverán en conjunto las excepciones que tengan relación directa. En el primer bloque observamos las siguientes: **1. Inexistencia de Daño Indemnizable Imputable a**

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Cas. Civ. Sentencia SC7110-2017, radicación No. 05001-31-03-012-2006-00234-01. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

Nueva EPS S.A.; 2. Inexistencia de Error Médico; 6. Carencia Absoluta de Prueba de Nexo Causal entre la Omisión Endilgada a Nueva Eps y el Daño Alegado; 7. Inexistencia de Responsabilidad por Carencia del Daño Antijurídico; 8. Condiciones Propias de la Patología de la Paciente y 9. Cobro de lo No Debido.

Para sustentar su posición jurídica advera:

Es claro también que la mala praxis médica debe ser evidente y no solo valorar la situación por el resultado final (agravamiento del paciente, secuelas, muerte, e.t.c.), ya que esto puede llevar a error en la definición de la existencia o no de responsabilidad por parte del cuerpo médico o cualquier agente del SGSSS, por lo anterior **se deben ver varios factores para determinar la existencia de responsabilidad, como los factores internos y externos de la paciente como son antecedentes del paciente, patologías de base, complicaciones inherentes a la patología, expectativa de vida, pronóstico de recuperación (mal pronóstico, los resultados del diagnóstico diferencial practicado y en este caso particular la responsabilidad de cada uno de los partícipes en el hecho de acuerdo al esquema del S. G. S. S. S.**

La Nueva E.P.S. S.A. (en adelante La EPS), incurre en irónica contradicción en su defensa, porque manifiesta que no le consta ninguno de los hechos de la demanda y luego afirma que no existe daño indemnizable, inexistencia de error médico, inexistencia de responsabilidad por carencia del daño antijurídico y condiciones propias de la patología de la paciente.

Contrario a las afirmaciones de La Nueva EPS en las excepciones, tenemos que en la demanda se encuentra demostrado que hay lugar a responsabilidad civil derivada del acto médico, porque el daño causado tiene el carácter de indemnizable, al estar precedido de un comportamiento culposo, proveniente propiamente de la ineptitud, negligencia, descuido y de la violación de los deberes legales y reglamentarios tocantes con la lex artis.

Se colocó incorrectamente la sonda nasoyeyunal para alimentación en el paciente, ya que accidentalmente se dirigió hacia las vías respiratorias en lugar de las vías digestivas, lo que provocó que el alimento se alojara en el pulmón. El resultado del procedimiento no fue analizado prontamente con **imagen real de radiografía que fue practicada, pero no fue tomada en cuenta**, que es lo recomendado en estos casos, como correspondía por el profesional que lo practicó, lo que denota una inadecuada prestación del servicio requerido por el enfermo. Resulta curioso que no haya registro en la historia clínica sobre el profesional que insertó la sonda ni la hora en que se llevó a cabo el procedimiento.

Con relación a la prueba del daño, está demostrado que la señora Hernández Sandoval falleció el 24 de mayo de 2019 debido a falla respiratoria, resulta de relevancia advertir que existieron en este caso fallas médicas y organizacionales que se consideran sobresalientes para el desencadenamiento de aquel resultado, tales como el error en acto médico y la tardanza en descubrir la patología sufrida por la paciente que se había originado debido a la negligencia. En los procedimientos que se le brindaron, que enmarcaron la acción operativa a cargo de las instituciones demandadas; es decir, fueron obra suya en virtud del deber de prestadoras del servicio de salud conforme a la calidad que les asignó el art 185 de la Ley 100 de 1993. De ahí que esté suficientemente demostrado el factor de atribución del hecho desencadenante del daño.

El doctor Adolfo Galeano Grisales termina aceptando lo sucedido, cuando afirma que *“buscando las causas del deterioro súbito de la condición de salud de la paciente, solicitó que se realizara revisión de la placa de tórax tomada con posterioridad al paso de la sonda nasoyeyunal, al revisarla, se evidencia que sonda Nasoyeyunal tomó falso camino hacia vía aérea y se encuentra ubicada en la región del hipocondrio derecho;”*

La radiografía de tórax se le tomó a la paciente una vez quedó instalada la sonda, pero solo vino a revisarse al día siguiente cuando la señora Hernández Sandoval, presentó deterioro grave de su condición de salud, encontrando que la sonda había quedado en la vía aérea lo que explicaba el estado de la paciente, aunque el médico utiliza un eufemismo para dar a conocer el error cometido.

Porque los elementos de juicio permiten establecer que se desaprovecharon los medios diagnósticos y procedimientos aconsejados por la lex artis para proteger la vida de Lilia María Hernández Sandoval, el obrar negligente de los dependientes de la parte demandada y el nexo causal entre el luctuoso suceso y la conducta endilgada a las accionadas.

Por lo expuesto, se puede concluir que en efecto existió nexo causal entre el daño y la culpa médica, que hizo responsables no solo a los profesionales de la salud, sino a las instituciones prestadoras del servicio médico querelladas, lo que genera la declaratoria de solidaridad de las convocadas, conforme a lo previsto en el artículo 2344 del Código Civil.

La Clínica Palmira S.A. llama en garantía al doctor Adolfo Galeano Grisales, médico especialista en Medicina Familiar, quien afirma en su defensa: *“Dentro de la interconsulta el doctor GALEANO revisa dos informes de radiología, el TAC de cráneo simple realizado por la doctora LINA KATHERINE ROJAS PEDRAZA, médica especialista en radiología y el informe de radiología que realizó la Dra. LUZ STELLA TRUJILLO DE VARGAS, médica especialista en radiología, para ese momento el facultativo no tenía acceso a las imágenes radiológicas, solo contaba con los reportes con los conceptos de las especialistas en radiología nombradas.”*

Contrario a lo anterior, el doctor Adolfo Galeano Grisales aporta dictamen pericial, en cual se indica que la enfermera *Luz Ediva Lenis Flórez*, fue quien realizó el procedimiento de instalación de la sonda; que se realizó la radiografía correspondiente para establecer la ubicación y, en la última respuesta de la experticia se advierte:

RESPUESTA: que el informe inicial de radiología no tuvo en cuenta mencionar la colocación de la sonda nasoyeyunal. Esto puede suceder porque la orden (la cual debió haber sido realizada por quien paso la sonda, es decir la profesional de enfermería) no especificó para revisión de la colocación de la sonda nasoyeyunal y la lectura no se enfocó en dicha situación, o porque la lectura de la radiografía fue incompleta por el especialista. No es posible afirmar cuál de las 2 situaciones fue. sin embargo, sí se puede afirmar que el Dr. Galeano se basó en el primer informe donde no se mencionaba que la sonda estuviera mal colocada (lo que este describió en la historia es idéntico al informe del radiólogo).

En este orden de ideas, no queda ninguna duda que inicialmente la sonda nasogástrica fue alojada en el pulmón y la radiografía que lo mostraba no fue objeto de revisión por quien le correspondía, debido a ello, se procedió a realizar el paso del alimento enteral por la sonda, el cual inundó el pulmón de la paciente desencadenando una grave neumonitis química que la llevó a perder la vida y al mismo tiempo generando los perjuicios morales y a la vida de relación de los demandantes.

-En cuanto a las excepciones: **3. Cumplimiento Cabal de las Obligaciones de La Nueva EPS S.A. en su Condición se Asegurador; 4. Inexistencia de Responsabilidad de Nueva EPS S.A. por Hecho de Tercero y 5. Ausencia de Culpa y Ruptura del Nexo Causal por Hecho Imputable de Manera Exclusiva a un Tercero y.** Por tener relación directa se resolverán en conjunto.

La Nueva EPS manifiesta:

La paciente LILIA MARIA HERNANDEZ SANVODAL, acudió en virtud de su afiliación a la IPS que estaba disponible para la zona en la red de la EPS, y es allí donde se realiza la determinación de la patología que presentaba y su posterior tratamiento que errado o no, se determina de manera clara y contundente, donde NO FUE NUEVA E.P.S. S.A. la que cometió, de haber existido, algún error en ese

sentido, (situación que obviamente -debe probar la parte que la alega), sin embargo se demuestra que NUEVA EPS S.A., en el tiempo en que autorizo de acuerdo a la disponibilidad existente, la atención a LILIA MARIA HERNANDEZ SANVODAL se hizo en debida forma, sin que se hubiera negado acceso alguno a la atención que requería, esto es, lo se da la mejor atención posible al paciente, nótese en la historia clínica cómo cada uno de los requerimientos del paciente fueron autorizados por NUEVA E.P.S. S.A., cumpliendo con ello sus obligaciones de entidad aseguradora del servicio de salud, luego la responsabilidad por el resultado final no puede ser imputado a actividad positiva o negativa de NUEVA E.P.S. S.A.

Respecto de las excepciones anteriores, podemos manifestar que con relación a la responsabilidad existente entre la Clínica Palmira. S.A. quien prestó el servicio de atención médica, la NUEVA EPS S.A. es solidariamente responsable de los daños ocasionados a los demandantes, fruto de la atención médica dispensada a *Lilia María Hernández Sandoval*, pues existe una relación directa y solidaria entre estos, precisamente en las obligaciones descritas en el numeral 6 del artículo 177 de la ley 100 de 1993, dónde se define que comporta tal la de “*Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud*” luego, de no verificarse tales condiciones, ve comprometida su responsabilidad.

La clínica Palmira S.A. presta sus servicios a los afiliados de la Nueva EPS S.A., debiendo responder solidariamente ya que la entidad hospitalaria fue quien atendió a la paciente, y la E.P.S., por ser la entidad comprometida a prestar el servicio médico a la misma, recayendo sobre esta última el deber de vigilancia, cuidado de la labor desempeñada por la I.P.S., y garante del servicio de salud prestado por ella, independientemente de la relación preexistente entre la hoy occisa y la entidad promotora de salud.

Es así como la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC 17 nov. 2011, rad. 1999-00533-01, fue enfática en considerar:

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

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

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

La responsabilidad en la que incurren entidades promotoras de salud, respecto de la prestación de servicios de salud, por los daños al afiliado con ocasión a 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, artículo 2344 del Código Civil.

Así las cosas, ruego a su señoría, no tener en cuenta las excepciones propuestas por la Nueva EPS S.A., porque ante la evidencia de los hechos denunciados solo son un mero mecanismo de defensa que tratan de justificar el incumplimiento de diligencia y cuidado que debe contener el acto médico, siendo procedente desecharlas por ser infundadas, dilatorias e improcedentes y acceder a las súplicas de la demanda.

3. A las excepciones del médico Adolfo Galeano Grisales, llamado en garantía

Es importante resaltar este punto, porque las excepciones presentadas por el llamado en garantía se fundamentan en demostrar que hubo una buena atención y en comentar situaciones ajenas con el acto que produjo el daño a la paciente.

Con relación al hecho cinco de la demanda: Se explica que la sonda nasoyeyunal “*se desplazó de la zona inicial*”, entendemos que quiere explicarnos que la sonda se desplazó del yeyuno al pulmón, afirmación que no tiene ningún sentido lógico desde el punto de vista médico, pues tal posibilidad, que una sonda nasoyeyunal, por sí sola, salga del intestino y se introduzca en el pulmón es sencillamente imposible.

La clínica demandada identifica a la **enfermera o auxiliar de enfermería Luz Ediva Lenis Flórez**, como la persona que colocó la sonda nasoyeyunal, a las 9:03 a.m., llamando la atención que la Nutricionista ordenó la colocación de dicha sonda a las 10:13 a.m., de acuerdo a la foto fragmentada de historia clínica que presenta con la contestación de la demanda y con subrayado rojo, la **enfermera o auxiliar de enfermería Luz Ediva Lenis Flórez** anota que no hubo complicaciones. Se ausculta (no dice que ausculta ni cuál es el resultado de esa auscultación), seguido, la enfermera anota “P” podría ser una abreviatura de “pendiente”, RX de tórax portátil para verificar posición.

Tenemos que el llamado en garantía termina aceptando lo sucedido, cuando afirma que “*buscando las causas del deterioro súbito de la condición de salud de la paciente, solicitó que se realizara revisión de la placa de tórax tomada con posterioridad al paso de la sonda nasoyeyunal, al revisarla, se evidencia que sonda Nasoyeyunal tomó falso camino hacia vía aérea y se encuentra ubicada en la región del hipocondrio derecho;*”

El doctor Adolfo Galeano Grisales, aporta dictamen pericial, en cual se indica que, la enfermera *Luz Ediva Lenis Flórez* fue quien realizó el procedimiento de instalación de la sonda; que se realizó la radiografía correspondiente para establecer la ubicación de la sonda; en la última respuesta de la experticia se advierte:

RESPUESTA: que el informe inicial de radiología no tuvo en cuenta mencionar la colocación de la sonda nasoyeyunal. Esto puede suceder porque la orden (la cual debió haber sido realizada por quien paso la sonda, es decir la profesional de enfermería) no especificó para revisión de la colocación de la sonda nasoyeyunal y la lectura no se enfocó en dicha situación, o porque la lectura de la radiografía fue incompleta por el especialista. No es posible afirmar cuál de las 2 situaciones fue. sin embargo, sí se puede afirmar que el Dr. Galeano se basó en el primer informe donde no se mencionaba que la sonda estuviera mal colocada (lo que este describió en la historia es idéntico al informe del radiólogo).

De lo afirmado por el galeno, queda demostrado que la radiografía de tórax se le tomó a la paciente una vez quedó instalada la sonda, pero solo vino a revisarse al día siguiente cuando la señora Hernández Sandoval presentó deterioro grave de su condición de salud, encontrando que

la sonda había quedado en la vía aérea lo que explicaba el estado de la paciente, aunque el médico utiliza un eufemismo para dar a conocer el error cometido.

Propone las siguientes excepciones de fondo:

-AUSENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD.

-DIVISIÓN DE TRABAJO EN EQUIPO HORIZONTAL

-LA OBLIGACIÓN DEL DOCTOR ADOLFO GALEANO GRISALES ES DE MEDIO Y NO DE RESULTADO LA -INNOMINADA

En atención de los hechos, en la contestación de la demanda por parte del llamado en garantía y lo demostrado en la demanda, tenemos que las excepciones propuestas no están llamadas a prosperar, toda vez que incurre en contradicción entre lo demostrado en la demanda (historia clínica) y lo aceptado por el médico; adicional a esto, en el dictamen pericial aportado termina afirmando que el radiólogo realizó lectura incompleta de la radiografía de tórax, porque omitió hacer referencia a la posición de la sonda nasogástrica.

Por lo anterior, ruego a su señoría, no tener en cuenta las excepciones propuestas por el médico Adolfo Galeano Grisales, llamado en garantía por la Clínica Palmira. S.A., porque únicamente van dirigidos en tratar de liberar de responsabilidad a la IPS demandada; pero ante la evidencia de los hechos denunciados solo son un mero mecanismo de defensa que trata de justificar el incumplimiento de diligencia y cuidado que debe contener el acto médico, siendo procedente desecharlas por ser infundadas, dilatorias e improcedentes.

El llamado en garantía en el proceso tiene una doble posición: por un lado, colaborar con la defensa del demandado. Por otro lado, desempeña el papel de opositor ante el llamamiento en garantía, es decir, se resiste ante la pretensión que se ha formulado en su contra, para lograr ser desvinculado del proceso o, si el demandado es condenado, no sea llamado a responder por la condena impuesta.

En el segundo evento, se podrá asistir a todos los medios de prueba autorizados por el ordenamiento jurídico, entre los cuales la confesión de hechos, como se indica en el artículo 193 numeral 5 del Código General del Proceso, que a continuación indica:

Que verse sobre hechos personales del confesante o de los que tenga o deba tener conocimiento.

El galeno Adolfo Galeano Grisales al contestar la demanda a pesar que propone excepciones, en su defensa realiza el relato de los hechos, los cuales son coincidentes con lo demostrado en la demanda inicial, por ese motivo ruego a su señoría tenerlo como una confesión y dar probada que la muerte de la señora Lilia María Hernández Sandoval se originó por ineptitud, negligencia, descuido y de la violación de los deberes legales y reglamentarios tocantes con la lex artis.

4. A las excepciones de LIBERTY SEGUROS S.A., llamado en garantía

Comendidamente me permito hacer referencia a la contestación de la demanda que realiza LIBERTY SEGUROS S.A., en adelante Liberty, respecto de los hechos y las excepciones propuestas:

Debemos tener en cuenta que la presente demanda por responsabilidad médica tiene como causa, **la errada colocación de una sonda nasoyeyunal a la señora María Lilia Hernández Sandoval**, elemento que como su nombre lo indica debe colocarse a través de la nariz hasta el yeyuno (intestino delgado), su función es pasar a través de ella, suficiente alimentación líquida para asegurar la nutrición diaria de la persona. En este caso, la sonda nasoyeyunal, erradamente se colocó entre la nariz y el pulmón, desencadenando una grave **neumonitis química** en el momento que se pasó el alimento líquido a través de esa sonda.

Es importante resaltar este punto, porque las excepciones presentadas por la aseguradora se fundamentan en demostrar que hubo una buena atención y en comentar situaciones ajenas con el acto que produjo el daño a la paciente.

Nos ubicamos en el día 6 de mayo 2019, a las 10:13 a.m., cuando la paciente Lilia María Hernández Sandoval es atendida por la nutricionista Yulieth Daniela Rodríguez, quien ordena la colocación de una sonda nasoyeyunal.

Luego, a las 10:52, el médico Adolfo Galeano González, examina a la paciente y anota que no volvió a tener dificultad respiratoria. No se realiza ninguna referencia a la colocación de la sonda nasoyeyunal.

Al hecho cinco de la demanda: Liberty explica que la sonda nasoyeyunal “**se desplazó de la zona inicial**”, entendemos que quiere explicarnos que la sonda se desplazó del yeyuno al pulmón, **afirmación que no tiene ningún sentido lógico desde el punto de vista médico, pues tal posibilidad, que una sonda nasoyeyunal, por sí sola, salga del intestino y se introduzca en el pulmón es sencillamente imposible**, por ello, no es cierto lo dicho con referencia al hecho quinto.

La clínica demandada identifica a la **enfermera o auxiliar de enfermería** Luz Ediva Lenis Flórez, como la persona que colocó la sonda nasoyeyunal, a las 9:03 a.m., llamando la atención que la nutricionista ordenó la colocación de dicha sonda a las 10:13 a.m., de acuerdo con la foto fragmentada de historia clínica que presenta con la contestación de la demanda y con subrayado rojo, la **enfermera o auxiliar de enfermería** Luz Ediva Lenis Flórez anota que no hubo complicaciones. Se ausculta (no dice que ausculta ni cuál es el resultado de esa auscultación), seguido, la enfermera anota “P” podría ser una abreviatura de “pendiente”, RX de tórax portátil para verificar posición.

Entendemos que existía la indicación de tomar una radiografía para verificar que la sonda nasoyeyunal estuviese bien colocada.

Respecto al hecho séptimo de la demanda: la aseguradora reconoce que no se diligenció un consentimiento informado con la paciente ni sus familiares, luego manifiesta que no solo el documento de consentimiento acredita el deber de consentimiento, que existen otros medios, pero olvidó explicar cuáles de esos medios fueron los utilizados por la IPS Clínica Palmira. S.A., y sus profesionales para obtener ese consentimiento.

Es cierto que clínicamente era importante colocar la sonda nasoyeyunal para el suministro de la alimentación, ello no quiere decir que la paciente y su familia perdieran el derecho a una explicación acerca del procedimiento, sus beneficios y riesgos, y luego a decidir si aceptaban el procedimiento.

No debe pasarse por alto que el incumplimiento total de ese deber de información, que es una formalidad propia del derecho, lo convierte en un acto criminal o simplemente abusivo o antijurídico, porque en virtud de la omisión se puede decir que el médico, al no obtener el consentimiento para el procedimiento, asume como suyo el riesgo, dentro de los límites de la buena fe; siendo así, resulta la causa de las consecuencias del daño a la salud, enlazado con la ausencia de libertad de elección que afectó al paciente o sus familiares, lo que de suyo acarrea consecuencias en el plano de la responsabilidad, por las secuelas o muerte que sufre el paciente en el acto médico que él, o ellos no autorizaron.

Al hecho octavo: la opugnada trata de confundirnos, (entendemos que no tiene otra opción de defensa), mostrando que existe una exigua nota de la enfermera Luz Ediva Lenis Flórez, que dice:

“Se cumple orden de paso de SNY⁵ sin complicaciones”, Nótese que no explica como comprobó que no existen complicaciones.

Luego dice *“Se ausculta”*, pero no explica que sitio del cuerpo ausculta, ni cual es el resultado de esa auscultación, o para qué la realizó.

Adelante escribe: *“P RX de tórax portátil para verificar posición gracias”*. Nótese que indica que se realizará una radiografía para verificar que la sonda esté colocada en el sitio correcto, pero no está diciendo que ya se realizó y menos está diciendo que la RX indica que la sonda está bien colocada. De esta manera, está claro que la demandada, trata de confundirnos, insinuando que esa nota de la enfermera es una evidencia que el personal de salud si verificó que la sonda nasoyeyunal estaba correctamente colocada.

La aseguradora manifiesta que coadyuva las excepciones propuestas por CLÍNICA PALMIRA S.A., sólo si las mismas no perjudican los intereses de mi representada. Bajo este tenor, formuló las siguientes:

2. INEXISTENCIA DE FALLA MÉDICA Y DE RESPONSABILIDAD COMO CONSECUENCIA DE LA PRESTACIÓN Y TRATAMIENTO ADECUADO, DILIGENTE, CUIDADOSO CARENTE DE CULPA Y REALIZADO POR LA CLÍNICA PALMIRA S.A.

3. INEXISTENCIA DE RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE EL DAÑO O PERJUICIO ALEGADO POR LA PARTE ACTORA Y LA ACTUACIÓN DEL EXTREMO PASIVO

4. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA DEL SEÑOR CARLOS ALBERTO GARCÍA NAGLES

5. TASACIÓN EXORBITANTE DEL DAÑO MORAL

6. IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DEL DAÑO A LA VIDA EN RELACIÓN AL EXTREMO ACTOR

En lo que se refiere a las excepciones fundamentales propuestas, expresamos:

Las excepciones 2 y 3 no están llamadas a prosperar, toda vez no aporta ningún medio de prueba que cambie lo demostrado en la demanda, se trata de comentarios subjetivos de la llamada en garantía para edificar la defensa, por dicha razón la parte demandante solo hará pronunciamiento de las excepciones 4, 5 y 6, de la siguiente manera:

-Falta de legitimación en la causa por activa del señor Carlos Alberto García Nagles

La aseguradora manifiesta que el señor García Nagles no está legitimado en la causa por activa, porque no aportó alguna de las pruebas que indica el artículo 2 de la Ley 979 de 2005.

Liberty quiere imponer formas sacramentales para probar la unión marital de hecho, desconociendo que para todas la actividades judiciales no son necesarias las pruebas enunciadas la Ley 979 de 2005, toda vez que en casos de perfiles afines la jurisprudencia⁶ se ha pronunciado al respecto, miremos:

5. Precisado lo anterior, encuentra la Sala que el Tribunal enjuiciado cometió un desafuero que amerita la injerencia de esta jurisdicción, por cuanto al analizar la legitimación de la demandante Viviana

⁵ Sonda naso yeyunal

⁶ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, Magistrado ponente: Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, Accionante: Viviana Alexandra Orjuela Sáenz, Accionado: Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Radicación: 11001-02-03-000-2017-03079-00, Sentencia nro. STC9791-2018 de agosto 1° de 2018.

Alexandra Orjuela Sáenz para promover el litigio materia de reproche, desconoció los elementos de juicio que daban cuenta de su condición de perjudicada con el deceso de Carlos Alberto Garzón Hernández, a raíz de la convivencia que los dos sostenían, connotación que, ciertamente, le permitía elevar el reclamo indemnizatorio.

En efecto, revisado el expediente contentivo del proceso objeto de queja constitucional, verifica la Corte que en dicho trámite se recaudaron los testimonios de José Simón Sandoval Camargo y Víctor Hugo Mayorga Díaz, quienes reconocieron al unísono a Viviana Alexandra como la «esposa» del prenombrado causante y madre de dos de sus hijos, versiones que si bien no tendrían la virtualidad de probar el estado civil de compañera permanente de la actora, pues para ello el legislador contempló otro tipo de probanzas, sí llevan a una convicción razonable de la convivencia entre los involucrados, pese a que no se haya acreditado su reconocimiento por los medios contemplados en la normatividad vigente⁷, lo que la facultaba para pedir el resarcimiento de los daños por ella padecidos y cuya causación se imputó a los demandados.

Además, no puede dejarse de lado que la Corte Constitucional, en un asunto análogo al ahora analizado, resaltó que:

28. La jurisprudencia constitucional ha concluido que en Colombia existe libertad probatoria para efectos de demostrar una unión marital de hecho en diversos escenarios encaminados a obtener distintas consecuencias jurídicas. Por ejemplo, la sentencia T-809 de 2013⁸ -que reiteró lo establecido en la sentencia T-041 de 2012⁹- indicó que “no existe una tarifa probatoria para acreditar la unión marital de hecho y que esta puede ser demostrada por medio de declaraciones rendidas bajo la gravedad de juramento por testigos, sobre la convivencia de la pareja”.

La sentencia T-667 de 2012¹⁰ estudió un asunto en relación con la exención al servicio militar obligatorio¹¹ y reiteró que la existencia de distintos medios probatorios para demostrar la unión marital de hecho ha sido aceptada por la jurisprudencia, tanto en sede de control abstracto como de control concreto.

En efecto, la sentencia C-985 de 2005¹² se refirió a la libertad probatoria y en la sentencia C-521 de 2007¹³, esta Corte expuso que para demostrar la unión marital de hecho, con el fin de afiliarse como beneficiario al compañero o compañera permanente al Plan Obligatorio de Salud, era suficiente una declaración juramentada ante notario. La argumentación desde esta línea jurisprudencial se ha construido con fundamento en (i) la naturaleza de la unión marital de hecho, como una manifestación de la libertad, (ii) el deber de proteger los diferentes tipos de familia y, (iii) el respeto por el principio de la buena fe.

29. Ya en materia judicial, la sentencia T-183 de 2006 se refirió al tema de la libertad probatoria de los jueces en la demostración de las uniones maritales de hecho y estableció que “El juez cuenta con un amplio margen de acción para determinar, según los principios de la sana crítica su existencia. En este sentido, resultan válidos las pruebas documentales, las declaraciones, los interrogatorios de parte, y todos los otros medios consagrados en el Código de Procedimiento Civil.”

30. En suma, es posible demostrar la existencia de la unión marital de hecho, para lograr consecuencias diferentes a la declaración de los efectos económicos de la sociedad patrimonial, a través de distintos medios probatorios, como lo son los testimonios o las declaraciones juramentadas ante notario. La pluralidad de posibilidades probatorias no anula la posibilidad de que estos medios puedan ser controvertidos. La jurisprudencia de esta Corte ha considerado que la reducción de los medios probatorios conllevaría una transgresión a la libertad probatoria y al debido proceso.... (CC T-926/14).

En este orden de ideas, ante la existencia de medios de convicción que daban cuenta de la relación sentimental que unía al extinto Carlos Alberto Garzón Hernández con Viviana Alexandra Orjuela Sáenz,

⁷ El artículo 4° de ley 54 de 1990, modificado artículo 2° de Ley 979 de 2005, establece que: «La existencia de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes, se declarará por cualquiera de los siguientes mecanismos: (...) 1. Por escritura pública ante Notario por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes. (...) 2. Por Acta de Conciliación suscrita por los compañeros permanentes, en centro legalmente constituido. (...) 3. Por sentencia judicial, mediante los medios ordinarios de prueba consagrados en el Código de Procedimiento Civil, con conocimiento de los Jueces de Familia de Primera Instancia».

⁸ M.P. Alberto Rojas.

⁹ M.P. María Victoria Calle.

¹⁰ M.P. Adriana Guillén.

¹¹ Ver también las sentencias T-489 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt y T-774 de 2008 M.P. Mauricio González.

¹² M.P. Alfredo Beltrán.

¹³ M.P. Clara Inés Vargas.

resulta palmaria que la apreciación probatoria que efectuó el Tribunal trasgredió las garantías fundamentales de la actora, al desconocer que aquella probó ser perjudicada con los hechos con fundamento a los cuales se imputó responsabilidad a los allí enjuiciados, porque convivía con él.

Así las cosas, tenemos que con la demanda inicialmente se aportó la Resolución nro. 2019_8297906 de agosto 3 de 2019, por la cual Colpensiones le sustituye la pensión que era beneficiaria la señora Lilia María Hernández Sandoval a su compañero permanente Carlos Alberto García Nagles, prueba que consta en un documento público que goza de presunción de legalidad, con ella se prueba de entrada la legitimación por activa.

Para reforzar la demostración de la legitimación en la causa por activa del compañero permanente, señor Carlos Alberto García Nagles, tenemos el interrogatorio que se le realizará a los demandantes, entre los cuales se encuentra el hijo de los compañeros permanentes Carlos Andrés García Hernández; también, se pide el interrogatorio a los testigos, que precisamente han sido convocados para acreditar la conformación del núcleo familiar de la fallecida Lilia María Hernández Sandoval.

-Tasación exorbitante del daño moral

Con relación de este perjuicio tenemos que recordarle a la aseguradora, a diferencia del Consejo de Estado, la Corte se ha resistido a fijar parámetros generales, pues considera que corresponde al juez, en cada caso particular, la fijación del valor a reconocer por este perjuicio. El juez debe encontrar una cifra que sea acorde a la gravedad de los perjuicios sufridos, pero que tampoco implique un enriquecimiento para las víctimas.

El perjuicio moral, se itera, es de naturaleza extra-patrimonial, por esa razón se ha mencionado:

“(...) el perjuicio moral, respecto del cual esta Corte tiene dicho que hace parte de la esfera íntima o fuero psicológico del sujeto damnificado (...) Por cuanto el dolor experimentado y los afectos perdidos son irremplazables y no tienen precio que permita su resarcimiento, queda al prudente criterio del juez dar, al menos, una medida de compensación o satisfacción, normalmente estimable en dinero, de acuerdo a criterios de razonabilidad jurídica y de conformidad con las circunstancias reales en que tuvo lugar el resultado lamentable que dio origen al sufrimiento (...)”.

-Improcedencia del reconocimiento del daño a la vida en relación al extremo actor

Se queja la aseguradora que *El extremo actor pretende que se condene al extremo pasivo de la litis al pago de los perjuicios extrapatrimoniales en la modalidad daño a la vida en relación por la suma de cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia ha determinado que el daño a la vida se concede únicamente a la víctima directa y en caso de lesiones, por lo que es improcedente que el extremo actor pretenda el pago de perjuicios bajo la modalidad de daño a la vida en relación, puesto que la misma falleció en el caso concreto.*

Lo afirmado por Liberty no corresponde al verdadero criterio de la Alta Corte, pues ella predica que el perjuicio no solo puede ser padecido por la víctima directa, sino también por sus familiares, su cónyuge y sus amigos. Pero en estos casos será necesario probar que estas personas realmente han sufrido el perjuicio.

Además, la Corte ha aclarado que el daño a la vida de relación no necesariamente debe tener origen en daños físicos o psíquicos, sino también en la afectación de otros bienes intangibles o derechos fundamentales u otro tipo de intereses legítimos. También admite que la indemnización por perjuicios de daño a la vida de relación es difícil de tasar, al tratarse de un perjuicio inmaterial. Sin embargo, aclara que el juez debe acudir a criterios de equidad, reparación integral y razonabilidad a la hora de tasar el valor de la indemnización.

Por lo anterior, ruego a su señoría, no tener en cuenta las excepciones propuestas por LIBERTY SEGUROS S.A., porque ante la evidencia de los hechos denunciados solo son un mero mecanismo de defensa que trata de justificar el incumplimiento de diligencia y cuidado que debe contener el acto médico, siendo procedente desecharlas por ser infundadas, dilatorias e improcedentes y acceder a las súplicas de la demanda.

5. A la contestación de la demanda de Luz Ediva Lenis Flórez, llamada en garantía

El llamado en garantía en el proceso tiene una doble posición: por un lado, colaborar con la defensa del demandado. Por otro lado, desempeña el papel de opositor ante el llamamiento en garantía, es decir, se resiste ante la pretensión que se ha formulado en su contra, para lograr ser desvinculado del proceso o, si el demandado es condenado, no sea llamado a responder por la condena impuesta.

En el segundo evento, se podrá asistir a todos los medios de prueba autorizados por el ordenamiento jurídico, entre los cuales la confesión de hechos, como se indica en el artículo 193 numeral 5 del Código General del Proceso, que a continuación indica:

Que verse sobre hechos personales del confesante o de los que tenga o deba tener conocimiento.

La enfermera *Luz Ediva Lenis Flórez* al contestar la demanda no propone excepciones, pero en su defensa realiza un relato preciso desde el momento en que instaló la sonda nasoyeyunal y el suministro de la alimentación a la paciente de la siguiente manera:

CONSIDERACIONES DE LA DEFENSA DE MI MANDANTE, ENFERMERA PROFESIONAL LUZ EDIVA LENIS FLOREZ

Señor Juez,

Las razones por las cuales mi mandante no puede ser vinculada como responsable dentro de este proceso, radican en las siguientes manifestaciones:

E) La lesión que se le ocasionó a la paciente hoy víctima, es producto de un riesgo permitido dentro del procedimiento invasivo de inoculación de SNY, como obra en el protocolo general médico para este procedimiento, al igual que en el dictamen técnico – pericial presentado por la parte demandante, era inevitable que esto pasara en este evento, adverso por demás, más lo que si era evitable era que la alimentación se iniciara si se hubiere hecho una revisión al RX de tórax que se tomó para verificar la posición de la sonda antes de ordenar a mi mandante el inicio de la misma (Resaltado mío)

F) Hasta la fecha de vinculación de la demanda y en el momento de la presente defensa, NO EXISTE en la Clínica Palmira IPS un consentimiento informado donde se le advierta al paciente y/o sus familiares del riesgo de “Colocación de la sonda en árbol traqueo bronquial, es decir en las vías respiratorias, como en este caso” (SIC)

H) Después de la ocurrencia de los hechos de la demanda actual, la Clínica Palmira implementó consentimiento informado para intervenciones y procedimientos especiales, que no existía en aquel 2019, y que a pesar de implementarlo frente a sonda nasogástrica, NO indica aplicabilidad sobre SNY, ni tampoco le presente textualmente los riesgos al paciente o a su familia de dichos procedimientos, resultando por más, ineficaz

N) Frente a lo procedimental, como a lo técnico, lex Artis y demás imposiciones de su labor como profesional de la Salud, mi mandante ha cumplido a cabalidad, por tanto no puede ser reputada responsable del fatal resultado que acontece en esta demanda, las actuaciones de mi mandante se ejecutaron en la premura de dar tratamiento a la paciente en procura de mejorar su salud y preservarle la vida, sin embargo, dadas las condiciones de base de la paciente, la orden médica, y la desatención

asistencial posteriores al turno de mi poderdante, **desembocó en un resultado del cual la Clínica Palmira infundadamente ha llamado en garantía, dado que no era su obligación corroborar el procedimiento radiológicamente, ni tenía la manera de verificar por sí misma la dirección y posición de la sonda** dadas las características del ambiente (Sala de urgencias, orden médica, condición, posición, estado de respiración con VENTURY del paciente), donde se ejecutó el procedimiento de inserción de SNY (Resaltado mío)

Las afirmaciones de la enfermera, quien fue la persona que instaló la sonda nasoyeyunal y pasó el alimento enteral a través de ella, corrobora lo demostrado en la demanda, por ese motivo ruego a su señoría tenerla como una confesión y dar probada qué muerte de la señora Lilia María Hernández Sandoval se originó por ineptitud, negligencia, descuido y de la violación de los deberes legales y reglamentarios tocantes con la lex artis.

6. Del dictamen pericial aportado con la demanda inicial

En la contestación de la demanda por parte de la Clínica Palmira S.A., del médico Adolfo Galeano Grisales y la enfermera Luz Edivia Lenis Flórez, son coincidentes en solicitar al iudex no tener en cuenta el dictamen pericial aportado por la parte actora con la demanda, porque no cumple a cabalidad con las exigencias del artículo 226 del Código General del Proceso.

Contrario a lo anterior, me permito manifestarle a su señoría, que en casos de perfiles afines la Corte Suprema de Justicia cuenta con precedente pacífico y reiterado; traigo a colación pronunciamiento con ponencia del distinguido señor **Magistrado Octavio Augusto Tejeiro Duque**¹⁴:

CONSIDERACIONES

2. En lo que puntualmente concierne al dictamen pericial, este tiene por objeto llevar al juez información cuando el campo del conocimiento del que se extraiga no sea de su dominio, puesto que con él es posible obtener un concepto fundado en el método científico, el arte o la técnica; cuyas conclusiones incidirán en la adopción de la decisión que dirima el conflicto planteado, según lo dispone el artículo 226 del Código General del Proceso.

(...)

Ahora, es notorio que el tratamiento de la aportación, decreto, práctica y valoración de trabajo pericial regulado en el Código General del Proceso cambió frente a su antecesor (Decreto 1400 de 1970), pues en el derogado Código de Procedimiento Civil se había adoptado el dictamen judicial, en el que las partes lo solicitaban en el escrito de demanda o contestación y el juez lo decretaba para seleccionar de la lista de auxiliares de la justicia la persona que debía rendirlo, luego de lo cual, sucedía la contradicción mediante aclaración, complementación u objeción, para finalmente ser valorado en la sentencia, si era el caso.

Nada de eso sucede en los tiempos que corren. A voces del artículo 227 de la Ley 1564 de 2012 la parte que pretenda valerse de una experticia deberá aportarla en la respectiva oportunidad. Esto es, el actor en su demanda (art. 82) o en el término para solicitar las adicionales (art. 370), y el convocado con su contestación (art. 96); o, cualquiera de ellos, dentro del plazo especial del artículo 227.

También, dicha probanza deberá contener unas exigencias mínimas que deben dar cuenta de tres elementos: los fundamentos, la imparcialidad y la idoneidad de quien lo elaboró. Así lo señala el artículo 226 del compendio, cuando en lo pertinente indica:

¹⁴ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil; Magistrado ponente: Dr. Octavio Augusto Tejeiro Duque; Demandante: Fernando León Pulgarín Saldarriaga; Demandado: Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín; Radicación: 05001-22-03-000-2020-00402-01; Sentencia STC2066-2021 de marzo 3 de 2021.

(...)

En lo que respecta a su decreto, con miramiento en el artículo 168 ibidem, regla general y, por tanto, aplicable a cualquier medio de prueba, el juez rechazará la que encuentre ilícita, notoriamente impertinente, inconducente y la manifiestamente superflua o inútil. Todo lo cual realizará con la debida motivación.

Ya en punto de la contradicción, el litigante contra el cual se aduzca podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia de instrucción y juzgamiento, aportar otro o realizar ambas actuaciones, con sujeción a las reglas estipuladas en el canon 228.

Por último, terminada esta fase y escuchados los alegatos finales de las partes, cuando a ello haya lugar, el fallador apreciará el dictamen en su sentencia; labor que emprenderá de acuerdo con las reglas de la sana crítica y en la que evaluará la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, así como las demás pruebas que obren en el proceso (art. 232).

Es este el momento, entonces, en el que se deberá examinar con rigor el trabajo pericial en todas sus dimensiones a efectos de asignarle fuerza demostrativa. Dicho de otra manera, es aquí que se escudriña la imparcialidad e idoneidad del experto, así como la fundamentación de la investigación y sus conclusiones. No antes.

De modo que el análisis acerca del cumplimiento o no de los requisitos enlistados en el citado precepto 226 corresponde a una actividad propia del momento en que se dirime la controversia, razón por la cual la ausencia de los mismos no da lugar al rechazo automático de dicho medio de convicción. Esto es, a que se impida su ingreso al proceso, puesto que los únicos motivos que llevan a esa determinación son los referidos en el artículo 168 ídem, huelga reiterar, respecto de «*las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles*». Y no existe disposición especial en materia de experticia que autorice excluir la prueba por esa razón.

(...)

Lo mismo se extrae de una lectura cuidadosa del Código General del Proceso. Ciertamente en el artículo 235, al reglamentar lo concerniente a la «imparcialidad del perito», se estipuló:

El perito desempeñará su labor con objetividad e imparcialidad, y deberá tener en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes

Las partes se abstendrán de aportar dictámenes rendidos por personas en quienes concurre alguna de las causales de recusación establecidas para los jueces. La misma regla deberá observar el juez cuando deba designar perito.

*El juez **apreciará** el cumplimiento de ese deber de acuerdo con las reglas de la sana crítica, pudiendo incluso **negarle efectos al dictamen** cuando existan circunstancias que **afecten gravemente su credibilidad**.*

*En la audiencia las partes y el juez podrán **interrogar al perito** sobre las circunstancias o razones que puedan comprometer su imparcialidad (...)* (Negritas y subrayas de ahora).

Como puede ser visto, en lo que respecta a uno de los aspectos trascendentales de la experticia, como lo es la imparcialidad de quien la elabore, el legislador es diáfano en mostrar que dicho aspecto, de un lado, podrá ser objeto del interrogatorio del perito (contradicción en audiencia) y, del otro, será «apreciado» en el fallo, al punto que, en el evento en el que encuentre circunstancias que afecten gravemente su credibilidad, podrá negarle efectos a la misma. Todo lo cual sucede luego de que se decreta la prueba y se permita su incorporación al plenario.

En definitiva, a pesar de que la credibilidad de la pericia depende de la solidez de sus conclusiones, de la imparcialidad e idoneidad del perito, el juez no está facultado para sacar automáticamente del acervo el informe arrimado con defectos en tales presupuestos porque las falencias o carencias del dictamen

no son motivos suficientes para impedir su recaudo, pues ese análisis está reservado para la sentencia, donde deberá motivarse de qué manera esas omisiones disminuyeron la verosimilitud del informe.

3. En el presente caso, si bien las pretensiones comprenden también las providencias del Juzgado Once Civil Municipal de Medellín, sólo se analizará la del superior, por ser quien definió el asunto objeto de controversia.

Con esa aclaración, bien pronto se constata la vulneración del debido proceso del accionante, en la medida en que el juzgado del circuito para convalidar la negativa de tener el dictamen aludido como prueba, trajo a colación el inciso 5º del artículo 226 del Código general del Proceso, para afirmar que el promotor tan solo «allegó un formato de pérdida de capacidad laboral», sin explicar «*qué exámenes o métodos utilizó (...) para llegar a la conclusión aportada*». Y citó el numeral 3º del inciso 6º *ibidem*, según el cual, «*al dictamen deberán anexarse los documentos idóneos que (...) habilitan*» a quien lo rindió «para su ejercicio, los títulos académicos y los documentos que certifiquen la respectiva experiencia profesional, técnica o artística»; aspecto que, relevó, «no se vislumb[r]ó (...) entre los anexos del peritaje».

De suerte que dicha hermenéutica desconoce y limita sin justificación legal los intereses superlativos de que disfruta Fernando León Pulgarín Saldarriaga, esto es, de acudir ante la autoridad judicial para que garantice y restablezca sus derechos. Y, en el marco de un proceso, le permita presentar los medios de prueba que considere idóneos para demostrar los hechos en que sustenta sus pedimentos.

Ello si se tiene en cuenta que resultaba improcedente el rechazo in limine de la pluricitada experticia y su exclusión del debate probatorio, en la medida en que los presupuestos relacionados con la imparcialidad, idoneidad del perito y los fundamentos del dictamen pericial, han de ser evaluados por el juzgador en el fallo, por no constituir una causal especial ni general de rechazo de la prueba.

Es decir, su incorporación al plenario resultaba imperiosa, comoquiera que tales exigencias debían ser verificadas por el operador judicial en el pronunciamiento que concluya el juicio, como motivos de valoración y apreciación que inciden directamente en la credibilidad del peritaje, lo que ha de ser evaluado razonadamente y, en conjunto, con otros medios de convicción, bajo los límites de las reglas de la sana crítica, experiencia y lógica.

En ese orden de ideas, la determinación adoptada por el Juzgado reprochado es arbitraria, porque al convalidar el interlocutorio que «rechazó de plano» el peritaje con el que se esperaba acreditar la pérdida de capacidad laboral del actor, so pretexto de que no reunía los parámetros del artículo 226 del estatuto adjetivo civil, olvidó que no se encontraba facultado para negar valor al dictamen pericial durante la etapa de admisión e incorporación, pues ha quedado claro que la ausencia de dichos presupuestos no estructura una causal para excluir tal prueba, en tanto debe ser analizada por el juez al evaluar individual y conjuntamente el material probatorio, con el propósito de emitir la determinación que finiquite el juicio.

Del señor Juez, atentamente,



Abogado. JOSÉ LUIS TENORIO ROSAS
C.C. 16.685.059 de Cali
T.P. 101016 del C.S.J.