

Radicación n° 11001-31-03-033-2001-07330-01

*República de Colombia*



*Corte Suprema de Justicia*

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**SALA DE CASACIÓN CIVIL**

**JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ**  
**Magistrado Ponente**

**SC17137-2014**

**Radicación n° 11001-31-03-033-2001-07330-01**

(Aprobado en sesión de quince de julio de dos mil catorce)

Bogotá, D. C., quince (15) de diciembre de dos mil catorce  
(2014).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por las  
demandantes **Raquel María Vega Toro, Kareen y Kelly**

**Mercado Vega**, frente a la sentencia proferida el 3 de marzo de 2011 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil de Descongestión, en el proceso ordinario que ellas y **Manuel Mercado Chica** adelantaron en contra de la **Entidad Promotora de Salud Famisanar Limitada CAFAM COLSUBSIDIO -E.P.S. FAMISANAR LTDA.-** y de **Claudia G. Paternina L.**, al que fueron llamadas en garantía la **Caja de Compensación Familiar Cafam** y la **Compañía Suramericana de Seguros S.A.**

### **ANTECEDENTES**

1. En el escrito con el que se dio inicio al presente asunto (fls. 10 a 16, cdno. 1), considerada la subsanación que de él se hizo (fl. 19, *ib.*), cuyo conocimiento correspondió por reparto al Juzgado Treinta y Tres Civil del Circuito de Bogotá, se solicita, en síntesis:

1.1. Que se declare que las demandadas son civil y solidariamente responsables de los daños y perjuicios materiales y morales sufridos por los actores, *“con ocasión de la muerte de su hija y hermana KETTY MERCADO VEGA, el pasado 16 de octubre de 2001, a las 19:50 horas”*.

1.2. Y que, como consecuencia de lo anterior, se las condene a pagarles:

a) En favor de los señores MANUEL MERCADO CHICA y RAQUEL VEGA TORO, por perjuicios materiales, la cantidad de \$400.000.000.00 o la *“que se acredite a través del proceso”*, debidamente *“actualizada o indexada a la fecha de la sentencia”*.

b) En favor de cada actor, por perjuicios morales, el equivalente a un mil gramos oro.

c) Las costas procesales.

2. Como sustento de los señalados pedimentos, aducen los hechos que a continuación se compendian:

2.1. Al momento de su muerte, acaecida el 16 de octubre de 2001 en el Hospital de La Misericordia de esta capital, la menor Ketty Mercado Vega, estudiante de colegio con excelentes notas, *“estaba afiliada a E.P.S. FAMISANAR LIMITADA”*. Era hija de Manuel Mercado Chica y Raquel Vega Toro y

hermana de las entonces menores de edad, Kelly y Kareen Mercado Vega.

2.2. Los centros asistenciales de Cafam ubicados en Ciudad Kennedy y en la calle 51 con carrera 16 de esta ciudad, así como el Hospital de La Misericordia, *“estaban adscritos o hacen parte de la red de servicios de la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR LIMITADA CAFAM COLSUBSIDIO, E.P.S. FAMISANAR LIMITADA”*.

2.3. La nombrada joven fue llevada al servicio de urgencias del primero de los centros asistenciales atrás mencionados el 13 de octubre de 2001, en razón a los fuertes dolores abdominales que padecía, a las petequias que desarrolló en las piernas y a que presentaba un hematoma en su costado izquierdo, ocasión en la que fue atendida por la doctora Claudia G. Paternina L., quien, pese a su cuadro clínico, se limitó a ordenar la práctica de un examen de sangre a realizarse el día 16 siguiente, como quiera que el 15 era festivo.

2.4. El domingo 14 de octubre, los padres de la niña, debido a la persistencia de sus síntomas, la condujeron a la

Clínica de Occidente para que le practicaran el examen de sangre dispuesto por la citada médica. De allí, ese mismo día, fue trasladada al centro asistencial Cafam ubicado en la carrera 16 con calle 51 de la ciudad, donde una vez conocido el resultado del examen de sangre que le fue ordenado, se supo que *“había una disminución severa en el recuento de glóbulos rojos y del número de ‘plaquetas’”* y que *“[p]odía tratarse de ‘PÚRPURA TROMBOCITOPÉNICA’”*.

2.5. Como dicho centro asistencial no contaba con hematólogo, ni con unidad de cuidados intensivos, se informó a los padres de Ketty que allí no disponían de los medios para atenderla y que estaban buscando la autorización de FAMISANAR para remitirla a un sitio adecuado, lo que sólo hicieron a las 10:15 p.m., luego de que la paciente presentó *“dificultad respiratoria”*, momento en el que la condujeron en una ambulancia al Hospital de La Misericordia. Una vez allí, tras ser valorada, le practicaron un *“TAC”*.

2.6. Al día siguiente, 15 de octubre, hacia las 10:00 a.m., la menor *“parecía alucinando, tal y como se lo dijo un sacerdote que la visitó, a la Sra. Madre de KETTY”*; los médicos que la atendieron, ordenaron otros exámenes, entre ellos, una

radiografía al tórax y su revisión por parte de un neumólogo; como a eso de las 5:00 p.m., fue auscultada por un hematólogo quien, luego de dialogar con otros facultativos sobre su estado de salud, decidió entubarla; mientras se practicaba dicho procedimiento, la paciente falleció, pese a las maniobras de resucitación realizadas por el galeno.

2.7. La muerte de la niña fue consecuencia, por una parte, de la negligencia e imprudencia en que incurrieron las accionadas,

*al no remitir[la] de urgencias a un Centro Hospitalario idóneo, el día de la valoración médica, esto es, el sábado 13 de octubre de 2001”; y, por otra, del “descuido grave en el CENTRO ASISTENCIAL CAFAM de la Calle 51 con Cra. 16 de Bogotá, donde la paciente KETTY MERCADO VEGA permaneció el día domingo 14 de octubre de 2001, sin la OPORTUNA Y ADECUADA ATENCIÓN MÉDICA, hasta las 10:00 horas de la noche, cuando fue remitida al Hospital de la Misericordia.*

2.8. El daño patrimonial reclamado, en cuanto hace a los progenitores de la infante, obedece, por una parte, a que ella en la “vejez (...) sería (...) auxilio y apoyo” suyo, “desde la edad habilitada para producir hasta la muerte de sus padres”; y, por

otra, a “[l]os gastos en que incurrieron durante toda la vida”. El perjuicio moral, a su turno, corresponde al *“dolor, la aflicción, la angustia sufrida por todos los demandantes, por la desaparición temprana de su hija y hermana”*.

3. Admitida la demanda (fls. 20 y 106, cdno. 1), la demandada CLAUDIA G. PATERNINA L. fue modificada por conducto de curador ad litem, que en su nombre manifestó estarse a lo que resultara probado en el juicio (fls. 152 y 153, ib). Por su parte, la E.P.S. FAMISANAR LTDA., en tiempo se opuso a las pretensiones. Adujo las excepciones de mérito que denominó “inexistencia de responsabilidad por parte de E.P.S. Famisanar Ltda.”, “falta de legitimación en la causa por cuanto no hubo cumplimiento (sic) del contrato de afiliación suscrito entre la parte demandante y la EPS Famisanar”, “falta del deber de cuidado de la salud por parte de la (...) demandante”, “inexistencia de nexo causal entre la conducta y el presunto daño”, “inexistencia de responsabilidad solidaria” e “inexistencia de daños probados como consecuencia de los actos realizados por Eps Famisanar”.

En escritos separados llamó en garantía a la Caja de Compensación Familiar Cafam (fls. 29 a 31, cdno. 5) y a la Compañía Suramericana de Seguros S.A. (fls. 39 a 42, cdno 4).

5. En relación con la Caja de Compensación Familiar Cafam, se advierte que fue vinculada al proceso antes de que se aceptara el llamamiento en garantía formulado en su contra, con la notificación personal que se le hiciera del auto admisorio de la demanda (fl. 30, cdno. 1), que contestó, oponiéndose a las solicitudes allí elevadas. Propuso las excepciones de *“inexistencia de la obligación”*, *“la actividad médica es de medio y no de resultado”* y *“falta de cumplimiento de los requisitos del art. 35 de la ley 640 de 2001”*.

Asimismo se opuso al llamamiento en garantía con la formulación de las excepciones que denominó *“sujeción a lo preceptuado sobre términos y condiciones que trata el convenio suscrito entre la Caja de Compensación Familiar Cafam y E.P.S. Famisanar Ltda.”* e *“inexistencia de la obligación”*. Adicionalmente, coadyuvó las excepciones propuestas por la precitada accionada y reiteró las que propuso al contestar la demanda (fls. 40 a 48, cdno. 3).

6. Y en cuanto a la Compañía Suramericana de Seguros S.A., en un solo escrito, dio respuesta a dicho llamado y a la demanda, con oposición a lo pedido en uno y otra. Propuso las siguientes excepciones: en relación con el llamamiento en garantía, las de *“sujeción de la cobertura a los términos y condiciones de la póliza no. 39927”*, *“falta de cobertura”* e *“inexistencia de la obligación”*; y frente a la demanda, las que denominó *“inexistencia de responsabilidad de E.P.S. Famisanar Ltda. por ausencia de culpa”*, *“falta de amparo”*, *“ausencia de relación causal”* e *“inexistencia de la prueba del perjuicio”*. Del mismo modo, avaló la de *“[i]nexistencia de responsabilidad”* planteada por la persona jurídica demandada (fls. 70 a 77, cdno. 4).

7. Luego de múltiples incidencias procesales, el juzgado del conocimiento culminó la instancia con sentencia (fls. 55 a 83, cdno. 3) en la que resolvió negar las pretensiones de la demanda, no tener en cuenta la contestación de la misma presentada por la llamada en garantía Caja de Compensación Familiar Cafam, abstenerse de pronunciarse sobre las excepciones propuestas y condenar a los actores al pago de las costas.

8. El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil de Descongestión, al desatar la apelación que contra el fallo de primer grado interpuso la parte actora, en el suyo optó por revocarlo para, en su defecto,

*“[d]eclarar a la EMPRESA PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR LIMITADA CAFAM COLSUSIDIO ‘E.P.S. FAMISANAR LIMITADA’, a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR ‘CAFAM’ y a la Doctora Claudia Paternina, responsables contractual y solidariamente de los perjuicios morales irrogados a los señores Manuel Mercado, Raquel María Vega Toro, Kelly Mercado Vega y Kareen Mercado Vega, con ocasión de la muerte de Ketty Mercado Vega, hija y hermana de los antes mencionados, cuyo óbito acaeció el 16 de octubre de 2001”.*

Como consecuencia de ello, condenó a las citadas demandadas

*“al pago de los perjuicios morales así: (...) Para los señores Manuel Mercado Chica y Raquel María Vega Toro, y las menores Kelly y Kareen Mercado Vega, una suma equivalente a CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES a la fecha de esta sentencia, que se distribuirán así: 30 SMLMV para cada uno de los progenitores de Ketty Mercado Vega, y 20 SMLMV para cada una de las menores Kelly y Kareen Mercado Vega”.*

Por otra parte, negó “*los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) por no estar probados tal y como se explicó en la parte motiva del presente fallo*”.

Concedió el término de diez (10) días para el pago de la indemnización; exoneró de responsabilidad a la llamada en garantía Compañía Suramericana de Seguros S.A., por las razones que expuso; y condenó en costas “*a la parte demandada en ambas instancias*”.

### **LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL**

1. Una vez compendió la actuación cumplida y advirtió la presencia de los presupuestos procesales, el *ad quem* se refirió a los fundamentos de la alzada, a la responsabilidad contractual y, en particular, a la que se deriva de la prestación de servicios médicos, en relación con la que señaló los elementos que la estructuran, la diferencia entre obligaciones de medio y de resultado, su ubicación dentro del “*concepto de la culpa probada*” y que para su demostración, son aplicables las teorías de la “*probabilidad suficiente*” y de la “*carga dinámica de la prueba*”.

2. Seguidamente descendió al caso concreto llevado a su conocimiento y ponderó la historia clínica de la menor Ketty Mercado Vega (fls. 1 a 14, cdno. 5), el concepto médico emitido por el doctor Rubén Darío Angulo González (fls. 351 a 362, cdno. 1) y el dictamen pericial rendido en el proceso (fls. 384 y 385, ib.), medios demostrativos de los que coligió:

2.1. Existió “(...) *‘una atención ligera y superficial’ desde el ingreso de la paciente a través de cita prioritaria a la clínica en la fecha atrás señalada, cuando ya presentaba síntomas de una enfermedad compleja*”.

2.2. Se cometieron “*graves fallas*”, en concreto, “*ausencia de diagnóstico, demora en los exámenes requeridos para establecer la enfermedad, tratamiento ambulatorio y no hospitalario*”.

2.3. Hubo, por consiguiente, “*culpa tanto institucional como médica en la muerte de la menor Ketty Mercado Vega*”.

2.4. Conforme “*los signos y síntomas que padecía la menor*”, lo que procedía era “*la observación clínica*”, que “*no podía realizarse en el dispensario al que inicialmente llegó*”, por lo que

debió remitirse “a otra entidad de nivel III, como tardíamente se realizó”.

3. En definitiva, el *ad quem* reiteró que

*hubo negligencia médica e institucional, pues al no conocer el origen de las ‘petequias’, (...), ni del dolor abdominal agudo, lo prudente de conformidad con el protocolo clínico era la observación”, como quiera que “habiéndose sospechado desde su inicio la enfermedad de púrpura trombocitopénica, o aún otros trastornos de la sangre, debió ser hospitalizada, y no remitida a su casa como en efecto ocurrió”, a lo que se suma que “los propios protocolos médico-científicos recomiendan que con la simple sospecha de abdomen agudo debe remitirse al paciente a una institución de nivel III, previa estabilización”, por lo que resulta “inexplicable que la médica tratante no lo hubiera dispuesto así”.*

4. Añadió que, por lo tanto, existe

*“perfecta relación de causalidad entre la conducta negligente y omisiva del personal médico de la I.P.S. Cafam y la muerte de la menor, pues conforme las reglas de la experiencia, de la lógica de lo razonable, pero además, según las reglas técnicas y científicas atrás expuestas, es razonable concluir, conforme la teoría de la causalidad adecuada de la prueba, que de no mediar tan graves*

*omisiones e irregularidades antecedentes (...), la pérdida de la vida no hubiera sobrevenido, es decir, que la causa antecedente y única del deceso de la menor fue la negligencia de la médico en brindar una atención adecuada, y un rápido diagnóstico ante una enfermedad imprevisible; la inaplicación injustificada de los protocolos existentes ante la aparición de la petequias (infección) y dolor abdominal, denotan falta de diligencia”.*

5. Como consecuencia de lo anterior y de la legitimidad de los demandantes, en tanto que ellos eran “los llamados a demandar en cuanto fueron quienes sufrieron los perjuicios recibidos por la muerte de la niña y por ende, los beneficiarios de las condenas que habrán de imponerse”, el sentenciador de segunda instancia infirió la prosperidad de la acción.

6. Así las cosas, prosiguió a determinar la indemnización a la que tenían derecho los accionantes y, al respecto, acotó:

6.1. En cuanto hace al “*lucro cesante*”, que

*“en tratándose del fallecimiento de menores de edad, la jurisprudencia con el debido fundamento, se ha negado a su reconocimiento por la ausencia de desempeño de aquellos en una*

*labor lucrativa; para la época de su fallecimiento Ketty Mercado Vega era estudiante y no laboraba; tampoco podría con mediana certeza explorarse la posibilidad de considerar que una vez terminados los contingentes ciclos educativos, básico y secundario, así como el superior, pudiera gozar de alguna remuneración, y aún en tal eventualidad, que el producto económico de la misma fuere destinado a la manutención o ayuda de sus progenitores y hermanas, y no a la propia, o a la del núcleo familiar que hubiere hipotéticamente llegado a conformar en forma independiente de dichos familiares, lo que no permite a la Sala determinarlo, cuantificarlo y emitir condena al respecto, precisamente por caer en el terreno de lo eventual,*

Planteamiento que sustentó con reproducción de sendos fallos de esta Corporación y del Consejo de Estado.

6.2. Sobre el daño emergente, que “*el extremo actor no demostró la causación de ningún otro perjuicio de tipo material que la muerte de su hija les hubiere inferido*”.

6.3. Ninguna duda existe respecto del *dolor, la aflicción, la congoja y depresión que experimentaron y experimentan los padres*” y las dos hermanas.

7. De las dos personas jurídicas llamadas en garantía, estimó que solamente se podía declarar a la Caja de Compensación Familiar Cafam “*solidariamente responsable con la parte demandada*” y condenarla “*al pago respectivo*”, como quiera que las excepciones que propuso “*penden directamente de la prueba de la responsabilidad*” de la accionada y, por lo tanto, no le permiten “*quedar eximida de una y otra situaciones*”, lo que no acontece en relación con la Compañía Suramericana de Seguros S.A., puesto que la póliza de seguros existente “*solo cubre perjuicios materiales*”, de lo que se sigue que está llamada a prosperar la excepción de “*falta de cobertura*”.

## **LA DEMANDA DE CASACIÓN**

### **CARGO ÚNICO**

Con respaldo en el primero de los motivos previstos en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, se denunció la **violación directa** de los artículos 1613 a 1617 del Código Civil, 4°, 29 y 93 de la Constitución Política, 63 de la Convención Interamericana de Derecho Humanos y de las sentencias del 10 de septiembre de 1993 (caso ALOEBOETOE Y OTROS VS. SURINAM) y 24 de febrero de 2011 (caso

GELMAN VS. URUGUAY) proferidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En sustento de la acusación, luego de memorar tanto las consideraciones que adujo el Tribunal en su fallo, como las decisiones que adoptó, el recurrente, en síntesis, expuso:

1. La determinación que, en concreto, se controvierte, corresponde a la negativa de conceder *“los perjuicios relativos al lucro cesante”*.

2. Esa determinación la fundamentó el sentenciador de segunda instancia en que dicho rubro caía *“en el terreno de lo eventual”*, puesto que la menor fallecida, al momento de su deceso, por ser estudiante, no *“desempeñaba una labor lucrativa”*, ni podía contemplarse *“la posibilidad de considerar que una vez terminados los ciclos básicos, secundario y superior, pudiera gozar de alguna remuneración”*, o pensarse que de obtenerla, la hubiese destinado *“al sostenimiento y ayuda de sus padres y hermanas”*.

3. Dicha postura del Tribunal contraviene las normas cuyo quebranto denunció, así como el artículo 63 de la

Convención Americana sobre Derechos Humanos, habida cuenta de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en las sentencias relacionadas al inicio del cargo, precisamente, en desarrollo de dicho ordenamiento jurídico internacional, en casos donde las víctimas tampoco percibían un ingreso al momento de su fallecimiento, condenó al pago del lucro cesante en favor de sus familiares, para lo que tomó como base el salario mínimo legal del respectivo país.

4. La infracción recta de los mencionados preceptos *“ocurrió debido a que la Sala de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá”* los *“interpretó (...) en forma aislada, parcial y restrictiva, dentro del contexto sólo de la ley, sin conciliarla con los artículos 4 y 93 de la Carta Política, 63 de la Convención Americana sobre Derechos humanos”* y con los memorados fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, actividad decisoria del sentenciador con la que desconoció, por una parte, *“la integridad y supremacía de la Constitución”* y, por otra, que ella junto con los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia sobre derechos humanos, conforma el *“bloque de constitucionalidad”* que, en los términos del segundo de los citados preceptos, *“prevalece en el orden interno”*.

5. “(...) *por encima de cualquier consideración de tipo probatorio, la Sala Civil de Descongestión estaba obligada a acatar la tesis de la probabilidad expuesta por la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos en la sentencia de fecha 24 de febrero de 2011 en el CASO GELMAN VS. URUGUAY, por ser parte del bloque de constitucionalidad y prevalecer en el orden jurídico interno colombiano y ajustarse más dentro de lo razonado y razonable al concepto de justicia material, que se traduce en el derecho fundamental a la dignidad humana que gira alrededor del Estado Social de derecho consagrado en la Carta Política del 91, y no al concepto de la justicia formal o abstracta que se consagraba en el Carta Política de 1886, dado que ningún ser humano podría vivir y atender sus necesidades y penurias económicas sin el derecho al mínimo vital y demás derechos fundamentales*”.

6. Al final, el censor aseveró que la falta de aplicación por parte del Tribunal del “*bloque de constitucionalidad*”, lo condujo a asignarle a las normas sustanciales infringidas un alcance restringido y a que, como consecuencia de ello, no reconociera el lucro cesante reclamado en la demanda, cuya condena debió, y debe, imponerse en la cantidad liquidada por el propio recurrente.

## **CONSIDERACIONES**

Es del caso advertir, de entrada, el alcance restringido que tiene la censura extraordinaria cuya definición ahora emprende la Corte. Tal limitación obedece, en primer lugar, a que el actor Manuel Mercado Chica no recurrió en casación la sentencia del Tribunal, fallo que, por lo tanto, en lo que a él respecta, es por completo inmodificable.

Y, en segundo término, a que las restantes demandantes, en el único cargo que propusieron en desarrollo del recurso extraordinario de que se trata, controvirtieron de manera exclusiva la negativa del *ad quem* a conceder el lucro cesante que los progenitores de la niña fallecida solicitaron en la demanda, como lo especificó el propio casacionista al señalar que “[l]o más importante en tratándose de este recurso y para precisar el aparte de la sentencia que se atacará, es (...) la negación al pago de los perjuicios relativos al lucro cesante”.

Las circunstancias advertidas, traducen que esta Corporación, en sede de casación, está facultada exclusivamente para revisar la comentada negativa y sólo en lo que se refiere a las tres demandantes recurrentes.

2. Sobre el particular se destaca, por una parte, que en el escrito con el que se subsanó la demanda inicialmente presentada, que obra a folio 19 del cuaderno principal, se expresó literalmente:

*“(...) El perjuicio material sufrido por los padres y hermanas de la hoy difunta, se concreta, respecto de los perjuicios materiales, sufridos **por los padres**, [en] que en la vejez sería la extinta auxilio y apoyo de **sus padres**, desde la edad habilitada para producir hasta la muerte de sus padres” (subraya y resaltado fuera de texto).*

Y, por otra, que fue en relación con esa pretensión, que el Tribunal señaló:

*“En punto del lucro cesante, tratándose del fallecimiento de menores de edad, la jurisprudencia con el debido fundamento, se ha negado a su reconocimiento por la ausencia de desempeño de aquellos en una labor lucrativa; para la época de su fallecimiento Kitty Mercado Vega era estudiante y no laboraba; tampoco podría con mediana certeza explorarse la posibilidad de considerar que una vez terminados los contingentes ciclos educativos, básico y secundario, así como el superior, pudiera gozar del alguna remuneración, y aún en tal eventualidad, que el producto económico de la misma fuere destinado a la manutención o ayuda de sus progenitores y hermanas, y no a la propia, o a la del núcleo familiar que hubiere hipotéticamente llegado a conformar en forma independiente al de dichos familiares, lo que no permite a la Sala determinarlo, cuantificarlo y emitir condena al respecto, precisamente por lo eventual”.*

3. Así las cosas, surge patente que las demandantes Kelly y Kareen Mercado Vega, hermanas de la víctima, carecen de interés en la formulación del cargo ahora examinado, pues si, como viene de analizarse, no fue en favor de ellas, sino solamente de sus progenitores, señores Raquel María Vega Toro y Manuel Mercado Chica, que se pidió la indemnización del lucro cesante, es notorio que la desestimación de esa súplica de la demanda, en nada las afectó y que, por lo mismo, no podían cuestionar esa determinación por la vía del recurso extraordinario de casación.

4. Por su importancia, es del caso memorar que:

*“En relación con todos y cada uno de los motivos que, respecto del recurso extraordinario de casación, contempla el artículo 368 de la obra en precedencia citada, la Corte tiene establecido que ‘es requisito indispensable que la parte que por esa vía recurre, tenga interés en la impugnación (G.J. Tomo LXIV, pág. 792), es decir, que frente a la resolución cuya infirmación se propone obtener, considerada esta última desde el punto de vista de sus efectos prácticos determinados por las providencias en ella adoptadas por el órgano jurisdiccional en orden a juzgar sobre el fundamento del litigio, ha de encontrarse dicho recurrente en una relación tal que le permita conceptuarse perjudicado y así justificar su actuación encaminada a pedir la tutela que el recurso de casación dispensa. Significa esto que el interés del cual viene haciéndose mérito está dado por el vencimiento*

*total o parcial que para la parte representa el contenido decisorio del fallo definitivo de instancia, vencimiento que según definición prohijada por autorizados expositores (...) se resuelve en el contraste concreto entre ese contenido y el interés desplegado por quien recurre durante el curso del proceso, desde luego en la medida en que no haya renunciado a hacer valer ese interés, de manera pues que el vencimiento está fincado en la lesión actual, clara y terminante que la sentencia discutida le ocasiona' (Cas. Civ., sentencia de 7 de septiembre de 1993, expediente No. 3475, G.J. T. CCXXV, No. 2464, pág. 433)" (CSJ, SC de 30 de noviembre de 2011, Rad. 2000-00229-01; se subraya).*

5. Corolario obligado de lo precedentemente expuesto es que la referida acusación, en primer lugar, está llamada a fracasar respecto de Kelly y Karen Mercado Vega; y, en segundo término, que su estudio solamente procede en relación con la demandante Raquel María Vega Toro.

6. Con todo, debe anticiparse que también con esta impugnante el cargo no ha de prosperar, pues, con independencia de la disquisición acerca de si el perjuicio reclamado puede ser tildado de incierto o eventual, como lo aseveró el tribunal, o corresponder a un daño virtual digno de ser indemnizado, las razones que siguen conducirían a la confirmación de la decisión combatida e incluida en la sentencia que se impugna, cuyo quiebre por tanto sería inútil, si la Corte,

en sede de instancia, debe llegar a la misma conclusión del tribunal, esto es, negar la pretensión del lucro cesante futuro.

7. Resulta pertinente recordar en primer lugar, que en el escrito introductorio de este proceso no precisaron los actores -y en particular la madre de la menor- si la acción de responsabilidad civil que ejercían era contractual o extracontractual; pero tanto Juzgado como Tribunal fueron categóricos en sus respectivas sentencias, en señalar que la responsabilidad incoada en este proceso era la contractual, y este punto, pacífico a lo largo del trámite, no fue además objeto de ataque alguno, por lo que se mantiene incólume.

En efecto, en lo que hace al *ad quem*, al comienzo de sus consideraciones así lo precisó (“*cuando la responsabilidad que se endilga es del orden contractual, como la que aquí se depreca*”, fl. 43, cdno. 7). Y, de acuerdo con tal postura, en la parte resolutive del fallo declaró a las demandadas como “*contractual y solidariamente responsables de los perjuicios morales*” (fl. 56, ib.) irrogados a los demandantes.

Asimismo, debe resaltarse que la madre actuó en su propio nombre y, conjuntamente con el padre no recurrente en

casación, también en representación de las hermanas de la menor fallecida. Así se corrobora tanto en el poder que otorgaron al abogado para adelantar este proceso (fl. 1, cdno. 1) como en el encabezamiento del escrito inaugural del mismo (fl. 10, ib.)

Estas dos precisiones resultan trascendentales en vista de que del tipo de acción que se incoe -contractual o extracontractual- dependerá asimismo la calidad en que pueda actuarse -*jure proprio* o *jure hereditatis*-a fin de invocar el resarcimiento de los daños que pueden ser reclamados.

Sobre el particular, ha reiterado la Sala que:

*Cuando la víctima directa de un acto lesivo, fallece como consecuencia del mismo, sus herederos están legitimados para reclamar la indemnización del perjuicio por ella padecido, mediante el ejercicio de la denominada acción hereditaria o acción hereditatis, transmitida por el causante, y en la cual demandan, por cuenta de éste, la reparación del daño que hubiere recibido. Dicha acción es de índole contractual o extracontractual, según que la muerte del causante sea fruto de la infracción de compromisos previamente adquiridos con el agente del daño, o que se dé al margen de una relación de tal linaje, y como consecuencia del incumplimiento del deber genérico de no causar daño a los demás.*

*Al lado de tal acción se encuentra la que corresponde a todas aquellas personas, herederas o no de la víctima directa, que se ven perjudicadas con su deceso, y mediante la cual pueden reclamar la reparación de sus propios daños. Trátase de una acción en la cual actúan jure proprio, pues piden por su propia cuenta la reparación del perjuicio que personalmente hayan experimentado con el fallecimiento del perjudicado inicial, **y su naturaleza siempre es extracontractual**, pues así la muerte de éste sobrevenga por la inobservancia de obligaciones de tipo contractual, el tercero damnificado, heredero o no, no puede ampararse en el contrato e invocar el incumplimiento de sus estipulaciones para exigir la indemnización del daño que personalmente hubiere sufrido con el fallecimiento de la víctima-contratante, debiendo situarse, para tal propósito, en el campo de la responsabilidad extracontractual...(CSJ SC 084-2005, rad. 14415).*

De conformidad con lo anotado, en tratándose del resarcimiento de perjuicios ocasionados por el fallecimiento de la víctima, mientras con sustento en la responsabilidad extracontractual pueden demandarse daños actuando *jure proprio* o *jure hereditatis*, con fundamento en la contractual, en principio, solo es dado intentar el resarcimiento de los perjuicios sufridos directamente por la víctima, salvo el caso excepcionalísimo de que el causahabiente sea al igual que el

fallecido acreedor de la prestación incumplida o cumplida defectuosamente.

En ese contexto, el daño puede causarse a uno o varios titulares de intereses lícitos y cada cual tienen derecho a obtener el resarcimiento de su particular detrimento. Pero cuando una persona está legitimada para reclamar no solamente su propio daño sino el que fue ocasionado a otra -como cuando aquella es sucesora de esta y por ende actúa en representación de la sucesión de la última- al ejercitar la acción tiene la carga de distinguirla con precisión, pues de no hacerlo, quedaría incierto el interés sustancial que funda o da soporte al daño que reclama, desde luego que no son los mismos los perjuicios que sufrió la víctima fallecida y los que padece el tercero. En otras palabras, si los herederos de una persona fallecida, tienen interés sustancial en la acción resarcitoria de su causante, y pueden ejercerla *“en su lugar y para la herencia, en cuyo caso, el titular de los intereses conculcados es el de cuius, la reparación concierne a éste y su fallecimiento comporta la transmisión per ministerium legis de su derecho (artículos 1008, 1011, 1040, 1045, 1155, Código Civil)*, tal postura irremediablemente debe ser invocada desde la demanda a efectos de, subsecuentemente,

pedir los perjuicios que fueron irrogados a quien representa el actor.

8. De cara a la anterior doctrina, es evidente que en este caso la madre de la menor fallecida actuó en su propio nombre, pues así lo hizo saber en el encabezamiento de la demanda. Y, como fuera definido en el proceso con carácter inmutable en casación, ejerció la acción de tipo contractual.

De suerte que si la madre de la menor fallecida reclama para sí los perjuicios, en la modalidad de lucro cesante futuro, consistentes en la ayuda que esta habría de proporcionarle, una vez estuviese en capacidad de otorgarla, estaría invocando, sin que le sea dado hacerlo, una responsabilidad de índole extracontractual –como se desprende de la jurisprudencia atrás transcrita-, pues este tipo de daños, que la doctrina y la jurisprudencia han descrito como daño por contragolpe o de rebote, no corresponde propiamente al incumplimiento de una obligación surgida de la relación jurídica de seguridad social, de la que ella fuese la acreedora, sino de un daño reflejo y consecuencial al perjuicio derivado del débito incumplido por la demandada y cuya acreedora o beneficiaria de la prestación era la menor fallecida.

Se destaca a este respecto 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 el 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).*

De lo anterior surge palmario que la relación jurídica del caso puesto a consideración de la Corte, es anterior al acto lesivo y comporta un vínculo jurídico concreto con obligaciones de cobertura y prestación que emanan de él y cuyo incumplimiento acarrea por ende, y en primer lugar, una responsabilidad contractual, cuyo acreedor es el lesionado, y eventualmente el padre cotizante, pero en ningún caso la madre, que fue la única de los demandantes legitimados que recurrió en casación.

En consecuencia, el cargo no prospera.

### **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 3 de marzo de 2011 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil de Descongestión, en el proceso ordinario que Raquel María Vega Toro, Kareen, Kelly Mercado Vega y Manuel Mercado Chica adelantaron en contra de la Entidad Promotora de Salud Famisanar Limitada CAFAM COLSUBSIDIO -E.P.S. FAMISANAR LTDA.- y de Claudia G. Paternina L., al que fueron llamadas en garantía la Caja de Compensación Familiar Cafam y la Compañía Suramericana de Seguros S.A.

Costas del recurso a cargo de la parte recurrente, para su tasación, la Secretaría incluirá como agencias en derecho la suma de \$3.000.000<sup>oo</sup>, por cuanto la demanda no fue replicada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

**JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ**

Radicación n° 11001-31-03-033-2001-07330-01

**MARGARITA CABELLO BLANCO**

**RUTH MARINA DÍAZ RUEDA**

**FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ**

**ARIEL SALAZAR RAMÍREZ**



La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

Radicación n° 11001-31-03-033-2001-07330-01

**LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA**