



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil, Agraria y Rural

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Magistrada Ponente

SC2122-2024

Radicación n.º 08001-31-03-006-2013-00234-01

(Aprobado en sesión de cinco de agosto de dos mil veinticuatro)

Bogotá, D. C., catorce (14) de agosto de dos mil veinticuatro (2024.)

ANOTACIÓN PRELIMINAR

De conformidad con el Acuerdo n.º 034 de esta Corporación y en aras de cumplir los mandatos que propenden por la protección de la intimidad y bienestar de los niños, niñas y adolescentes, **en esta providencia paralela**, los nombres de las partes involucradas en el presente asunto son reemplazados por otros ficticios a fin de evitar la divulgación real de sus datos.

Advertido lo anterior, se deciden los recursos de casación interpuestos por la Clínica del Sur S.A., Eduardo y Seguros X S.A. contra la sentencia de la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior de Barranquilla, de 6 de marzo de 2020, en el proceso ordinario que promovieron Julia, María y Jorge Humberto, estos últimos, en su propio nombre y en representación de su hijo menor Julián Andrés, contra

Camila, Luis, E.P.S. Z S.A., hoy en Liquidación, y los primeros recurrentes, al que fueron llamados en garantía Seguros W de Colombia S.A. y la aseguradora también recurrente.

I. ANTECEDENTES

1. **Petitum.** Los actores pidieron de la jurisdicción declarar a la Clínica del Sur S.A., E.P.S. Z S.A., hoy en Liquidación, Camila, Eduardo y Luis, civil y solidariamente responsables por los daños sufridos por el menor Julián Andrés, como consecuencia de una negligencia profesional médica «*en la intervención quirúrgica realizada al menor en el mes de noviembre de 2010 como consecuencia de una fractura de codo del brazo derecho y cuya intervención médico quirúrgica le produjo traumatismos neurológicos que hoy lo tiene en cuadro de cuadriplejia*» y sean condenados al pago de los perjuicios de orden material e inmaterial estimados «*prudencialmente*» para la fecha de presentación de la demanda en la suma de \$2.565.025.000, que discriminan así:

Demandantes	Daño emergente	Lucro cesante	Perjuicios morales o de relación	Perjuicios psicológicos
Julián Andrés (menor)	250.000.000,00	300.000.000,00	700 SMMLV	500.000.000,00
María	90.000.000,00	150.000.000,00	100 SMMLV	200.000.000,00
Jorge Humberto	90.000.000,00	80.000.000,00	100 SMMLV	200.000.000,00
Julia	15.000.000,00	30.000.000,00	50 SMMLV	100.000.000,00

2.- En respaldo de sus reclamaciones narraron, en síntesis, los hechos que admiten el siguiente compendio:

2.1. El 8 de noviembre de 2010, estando el menor en el colegio donde cursaba el grado transición, tuvo una caída de su propia altura que le ocasionó fractura del codo de su brazo derecho, por lo que fue llevado de urgencias al antiguo ISS y de ahí a la Clínica del Sur donde, tras ser valorado, se determinó la necesidad de someterlo a un procedimiento quirúrgico que se realizó el 10 de noviembre de 2010.

2.2. La intervención quirúrgica fue realizada por los profesionales Camila (pediatra), Eduardo (anestesiólogo) y Luis (médico cirujano).

2.3. Terminado el procedimiento *«se formó un alboroto en el interior del quirófano y sus alrededores y mis representados vieron como corrían médicos y enfermeras por los pasillos de la clínica. a lo cual preguntaron que a qué se debía, enterándose de tan nefasta noticia de que la cirugía practicada al menor JULIÁN ANDRÉS no había arrojado satisfactoriamente, los resultados esperados y que por el contrario habían surgido complicaciones [...] que afectaron gravemente su salud general»*, siendo trasladado a UCI.

2.4. Con posterioridad se enteraron que lo ocurrido con Julián Andrés fue que *«había sido pasado de anestesia»*, en una cirugía que se perfilaba sencilla, debiendo permanecer *«sedado en días posteriores a la operación convulsionando en varias ocasiones»* y, a raíz de esto, *«presenta traumatismos neurológicos que hoy lo tienen en cuadro de cuadriplejía en sus miembros así como a nivel cerebral que lo tienen sumido en un estado vegetativo, por una posible negligencia profesional médica»*, pese al tratamiento de rehabilitación.

2.5. Que al saber que su hijo, de escasos 5 años, era un niño sano, alegre, buen estudiante y verlo en ese estado tiene a los padres sumidos en una gran pena moral y desconsuelo, *«lo cual les ha traído serios perjuicios no solo de índole moral o afectivo, psicológico sino económico que ha repercutido en sus actividades laborales y cotidianas»*, pues la madre debió dejar de trabajar para atenderlo, afectando su capacidad económica.

2.6. Los progenitores del infante se han visto obligados a adelantar varias acciones y reclamaciones ante diversas entidades, incluso, acciones de tutela, en procura de la protección de sus derechos fundamentales a la salud y rehabilitación integral contra la Clínica del Sur y EPS Z *«quienes sistemáticamente se negaban a suministrar los tratamientos e implementos médicos que el caso del menor y su rehabilitación requería»*.

3. Planteada así la contienda se admitió el 4 de febrero de 2014, disponiendo el enteramiento de los convocados [fl. 33-34 Cd 2].

3.1. La Empresa Prestadora de Salud Z S.A. se opuso a las pretensiones, objetó el juramento estimatorio y formuló las excepciones perentorias que tituló: *«los hechos y pretensiones de la demanda no son de responsabilidad de EPS Z S.A., dado el cumplimiento de esta EPS de sus obligaciones como entidad promotora de salud»*, *«ocurrencia de un riesgo inherente al procedimiento, causa extraña que se deriva de la especie de la fuerza mayor y/o caso fortuito en el evento presentado como riesgo quirúrgico no imputable a la conducta del acto anestésico ni médicos tratantes»*, *«inexistencia de la obligación por ausencia de los elementos estructurales de la responsabilidad civil»*, *«inexistencia de la obligación de indemnizar por la*

no concurrencia del elemento culpa», «el equipo médico dispuesto para la atención del paciente no incurrió en error de conducta ni en omisión profesional. (...) Inexistencia de relación de causalidad entre los actos de carácter médico del equipo médico y el resultado insatisfactorio que pudo haber afectado al paciente», «inexistencia de responsabilidad de acuerdo con la ley», «inexistencia de daño antijurídico y en consonancia con ello carece de fundamento las peticiones económicas, las declaraciones y condenas», «inexistencia de solidaridad», «obligación de medios» y la «genérica» [fls. 118 a 156, Cd 2]. Adicionalmente, llamó en garantía a Seguros X S.A. y a la Clínica del Sur.

3.2. La Clínica del Sur S.A. repelió los pedimentos de la demanda y en su defensa arguyó las exceptivas denominadas: *«inexistencia del obligatorio nexo de causalidad entre los servicios médicos que al paciente se le suministraron a partir de su ingreso a la IPS. CLÍNICA GENERAL DEL SUR y la COMPLICACIÓN que se le presentó durante el acto quirúrgico y mucho menos, entre los citados servicios, el daño que sufrió el paciente producto de la complicación que se presentó», «inexistencia de los elementos estructurales de la responsabilidad médica denominados falta de oportunidad, pertinencia racionalidad o impericia, falta de diligencia y/o imprudencia», «existencia elementos probatorios que demuestran que la causa de las complicaciones que se le presentaron al paciente Julián Andrés aproximadamente veinticinco minutos después de iniciada la cirugía y aun cuando con muy bajo porcentaje en niños son complicaciones y/o riesgos previstos en los protocolos médicos, lo cual genera y al haber autorizado la madre del paciente la cirugía mediante la forma del consentimiento informado, que asumió en forma exclusiva los daños derivados de la citada complicación, con lo cual y conforme lo determinado por la ley 23 de 1981 y el decreto 3380 de 1981, se relevó de toda responsabilidad tanto al Dr. Eduardo a todo el equipo de salud de la Clínica del Sur» y «total inexistencia del obligatorio vínculo contractual entre el Dr. Luis y la Clínica del Sur S.A., lo cual genera*

ausencia de responsabilidad [...] frente a los posibles daños que sufrió la paciente por la posible decisión del Dr. Luis, en ordenar un determinado tipo de cirugía para un primer día y después aplazar la misma en dos oportunidades y en especial, por una supuesta falla en la cirugía» [Archivos pdf 001 a 004 Cd 3, Cd principal]. Llamó en garantía a Seguros W S.A.

El anesthesiólogo Eduardo repudió los reclamos realizados por los promotores, planteó iguales excepciones que la entidad hospitalaria, excepto la última reseñada. [fls 167 a 203, Cd 2 Cd principal].

El cirujano Luis objetó la cuantía de la indemnización invocada, resistió las reclamaciones de los convocantes y excepcionó *«ausencia de culpa», «inexistencia de relación de causalidad (nexo causal) entre [su] conducta y los daños que se alegan», «las obligaciones de los profesionales de la salud son de medio y no de resultado», «inexistencia de la obligación de indemnizar», «excesiva tasación de daños y perjuicios» y «excepciones innominadas»* [archivos pdf 015 a 017 Cd 3 Cd principal]

La pediatra Camila se notificó a través de curador *ad litem*, quien en su defensa manifestó atenerse *«a lo que se demuestre y se pruebe»* (Fls 13 a 17, archivo digital: 01.pdf).

4. Los llamados en garantía enfrentaron el litigio así:

Clínica del Sur. -Llamada en Garantía por Coomeva EPS. S.A.- enarboló las excepciones tituladas *«total inexistencia de obligación legal o contractual para que se configure el llamado en garantía de la Clínica del Sur y en especial, para que tal entidad esté*

obligada a cancelar o reintegrarle a EPS Z S.A., las sumas de dinero que deba pagarle a los demandantes por cualquier causa y mucho menos, los posibles perjuicios que sufra como demandada» [fls. 7 a 13, archivo 004.pdf, llamamiento en garantía 2, Cd principal]].

Seguros X S.A. -llamada en garantía por E.P.S. Z S.A., se opuso a las reclamaciones de la demanda, objetó la «liquidación de los perjuicios efectuada por los demandante» y frente a ésta esgrimió las exceptivas de «inexistencia de nexo de causalidad entre los servicios suministrados por parte de E.P.S. Z S.A. y los padecimientos del menor», «inexistencia de responsabilidad patrimonial por causa de la actividad médica y necesidad de la prueba», «ausencia de los elementos que estructuran la responsabilidad en cabeza de la demandada EPS Z S.A.», «ausencia de prueba del presunto daño y su cuantía», «tasación excesiva del perjuicio», «enriquecimiento sin justa causa» y «cualquier otra excepción que resulte probada dentro del presente proceso en virtud de la ley, conforme al artículo 306 del Código de Procedimiento Civil» [Fls. 1 a 26, archivo 003.pdf, llamamiento en garantía 1, Cd principal]].

Ante el llamado en garantía, alegó la «inexistencia de la obligación de indemnizar por ausencia de responsabilidad de E.P.S. Z en el hecho generador de la demanda», «ausencia de cobertura de perjuicios morales», «inexistencia de solidaridad frente a Seguros X S.A.», «deducible», «límite de cobertura de acuerdo a los sublímites pactados», «excepción innominada» y «cualesquiera otras excepciones perentorias que se deriven de la ley o del contrato de seguro recogido en la póliza de responsabilidad civil extracontractual invocada como fundamento de la citación incluida la de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, sin que implique reconocimiento alguno de responsabilidad» [idem].

Seguros W de Colombia S.A. confrontó el llamado que le hizo la Clínica del Sur S.A. alegando las exceptivas de «*prescripción de derechos del contrato de seguro*», «*aplicabilidad del deducible pactado*» y «*límite del valor asegurado*» [Cd llamamiento en garantía 3].

5. El juzgador *a quo* finiquitó la primera instancia el 6 de marzo de 2018, denegando las súplicas de la demanda [fl. 130 Cd 5 Cd principal). El tribunal confirmó lo así dispuesto, con proveído de 19 de noviembre siguiente.

6. Debido a la negativa de la concesión del recurso de casación contra lo así dictaminado [fls. 5, 7, 9 Arch. 024 Cd tribunal apelación 1], los demandantes interpusieron acción de tutela contra la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior de Barranquilla. Mediante fallo STC0000-2019 de 15 de agosto, avalado en segunda instancia con STL0000-2019 de 9 de octubre, esta Corte concedió el amparo y como medida de protección ordenó al tribunal que «*sin perjuicio de su autonomía judicial en la aplicación de las disposiciones de los artículos 169 y 170 del Código de General del Proceso, en concordancia con el artículo 327 ejusdem, emita nuevamente la providencia que desate la segunda instancia dentro de la referida actuación, en la forma que legalmente corresponda*».

7. Vuelto el asunto al tribunal *ad quem*, con proveído de enero 28 de 2020, desestimó el pedido de pruebas formulado por los demandantes y la Clínica del Sur, arguyendo «*que el decreto y la práctica de las referidas pruebas de oficio tienen carácter facultativo por parte del operador judicial, quien debe examinar en cada caso concreto si los elementos de juicio obrantes*

en la actuación resultan suficientes para la resolución del conflicto que ata a las partes. Y es justamente este aspecto el que no se encuentra satisfecho pues las pruebas recaudadas permiten realizar la correspondiente reconstrucción histórica de lo sucedido, con lo que puede emitirse una decisión ajustada a derecho».

8. El 6 de marzo de 2020 se emitió la sentencia de reemplazo, en la que aquella colegiatura decidió:

«PRIMERO. REVOCAR la sentencia dictada el 6 de marzo de 2018 por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Barranquilla, dentro del proceso debidamente referenciado, con fundamento en las motivaciones expuestas en este proveído.

SEGUNDO. CONDENAR a Clínica del Sur S.A., Entidad Promotora de Salud Z S.A., y los señores Camila, Eduardo y Luis a pagar las siguientes sumas de dinero:

*- Al menor Julián Andrés:
Daño moral: \$ 20.000.000
Daño psicológico: \$ 20.000.000*

*- A María
Daño moral: \$15.000.000*

*- A Jorge Humberto
Daño moral: \$ 15.000.000*

*- A Julia
Daño moral: \$ 10.000.000*

Daño emergente: no hay lugar a reconocer suma alguna por este concepto.

Lucro cesante: No hay lugar a reconocerlos a los señores María y Jorge Humberto.

Lucro cesante futuro:

-Julián Andrés. Una renta periódica mensual por valor de un salario mínimo legal vigente a la fecha de su pago, desde que

cumpla la mayoría de edad y durante toda la vida del menor; que será consignado dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que señalen los padres de Julián Andrés. Para garantizar el pago de esta renta periódica los demandados constituirán un patrimonio autónomo, cuenta fiduciaria, póliza o caución.

TERCERO: Todos los montos anteriores se cancelarán en el término de ejecutoria de esta providencia, de lo contrario generarán intereses a la tasa del 6% anual.

CUARTO: Condenar a Seguros X S.A., en su condición de llamada en garantía, a reembolsarle a la demandada Eps Z S.A. lo que pagare por concepto de la condena impuesta, previo descuento del porcentaje pactado como deducible y hasta el monto del valor asegurado.

QUINTO: Condenar a Seguros W Generales de Colombia S.A., en su condición de llamada en garantía, a reembolsarle a la demandada Clínica del Sur, lo que pagaré por concepto de la condena impuesta, previo descuento del porcentaje pactado como deducible y hasta el valor del monto asegurado».

Con pronunciamiento de 21 de julio de 2020 se negaron las peticiones de aclaración, complementación y adición de la sentencia que hicieran EPS Z S.A. (aclaración) Seguros W de Colombia S.A. (complementación), Compañía Seguros X S.A. y los demandantes (adición y aclaración).

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. De entrada, señaló que la determinación se centraría a los precisos reparos planteados por el recurrente concernientes a (i) la indebida interpretación de la demanda; (ii) desatinado y segado análisis de los medios de prueba.

En cuanto a lo primero, recordó el deber que asiste a los jueces de interpretar el escrito con que se promueve el juicio y los límites que a dicho ejercicio se imponen, y que en el *sub judice* «*la parte demandante integrada por los señores María, Julia y Jorge Humberto, aducen la calidad de madre, abuela y padre del niño Julián Andrés. Por tanto, reclaman como representantes legales del directo perjudicado y como perjudicados indirectos. Y así lo discriminan en el rubro de los perjuicios pretendidos. Obsérvese según lo narrado que el niño Julián Andrés al fracturarse el codo del brazo derecho, fue remitido por la entidad promotora de salud a la que estaba afiliado (E.P.S Z) a Urgencia de los Andes antiguo ISS y de ahí a la Clínica del Sur. De donde resulta entonces la obligación de la EPS de garantizar los servicios médicos requeridos por el niño Julián Andrés y una responsabilidad contractual de los demandados. Por el contrario, la acción de los demás integrantes de la parte demandante encuadra en una responsabilidad extracontractual al reclamar el daño personal originado en la atención médica reprochada, lo que hace ubicar en una reclamación extracontractual, que acorde con la jurisprudencia es plenamente válido acumular*».

La segunda crítica la desestimó, al concluir que, del estudio conjunto los elementos allegados al juicio, «*se desprenden indicios de que los médicos tratantes no cumplieron con los protocolos necesarios al realizar el control prequirúrgico, los que redujeran los riesgos que conlleva la aplicación de anestesia general en un niño, pues no realizaron una cuidadosa valoración de éste, ni tuvieron en cuenta el tiempo de ayuno como tampoco revisaron los cuadros de líquidos administrados y si el sistema respiratorios era el adecuado, ni dejaron constancia de la evolución preanestésica ni hallazgos clínicos preoperatorios en la historia clínica. Que se omitieron deberes objetivos descritos por la *lex artis* médica y esto fue indicador fehaciente de la negligencia de los médicos demandados por lo cual fue objeto de análisis para determinar su culpa en la atención que brindaron al menor...*».

Destacó lo declarado por el doctor Eduardo ante el Tribunal de Ética Médica y la importancia que tiene el control prequirúrgico, sin que en la historia clínica del infante hubiera *«la más mínima evidencia de que se haya hecho alguna auscultación al niño por parte de alguno de los médicos que evitara al mínimo el riesgo del acto»*. Agregando, que *«el razonamiento probatorio tomó en consideración que no existió por parte de los médicos revisión pre quirúrgica inmediata del menor, en la que ellos advirtieran que llevaba más de 10 horas en ayuno y si dicha circunstancia podía ocasionar hipoglicemia en el niño o si estaban aplicando dentro de los líquidos los componentes que lograrán mantener los niveles de glicemia de forma adecuada (dextrosa), pues lo cierto es que fue, justamente, la mencionada falencia la que conllevó a que el menor sufriera bradicardia, como lo reconoció el anestesiólogo acá demandado y que además, el suministro de dextrosa por parte de los intensivistas lo que conllevó a la estabilización del menor»*, así como lo inferido por aquella autoridad del proceder de los profesionales de la salud, en el sentido de que dicho galeno *«no desvirtuó que haya dedicado a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de la salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y la terapia correspondiente, tal como claramente lo prescribe el artículo 10 de la Ley 23 de 1981»*.

Insistió el enjuiciador, en que *«para el caso bajo estudio se estableció a lo largo de este análisis judicial la constitución de los elementos de la responsabilidad civil y por ende su deber de resarcir los perjuicios ocasionados en aras de establecer el equilibrio contractual con la paciente»*.

A renglón seguido se adentró en la cuantificación de los perjuicios, examinando cada uno de los *ítems* reclamados por

los actores para, finalmente, reconocer los montos detallados líneas atrás.

2. En atención a las solicitudes de aclaración y complementación que le fueron formuladas por E.P.S. Z, Seguros W de Colombia S.A., Seguros X S.A. y los demandantes, se pronunció así:

2.1. Frente al silencio en la decisión, relacionado con el llamamiento en garantía que hizo E.P.S. Z a la Clínica del Sur S.A. indicó, que *«el contrato de prestación de servicios que une a la EPS con la IPS se contempla una cláusula que expresa que aquella responde "por las acciones u omisiones del personal que labore o disponga para la prestación de los servicios objetos del contrato», y dado que el representante legal de la llamada «confesó que el médico Eduardo es personal suministrado y adscrito a dicho centro asistencial, por lo que probado está el supuesto de hecho de la responsabilidad de la llamada en garantía, lo que impone declarar que, igual que Seguros X responderá por las sumas, a que sea condenada su llamante, por lo que se adicionará el numeral cuarto de la parte resolutive en tal sentido, con la claridad de que no podrá existir un doble reembolso de la suma cancelada, a la que ha sido condenada la llamante».*

Pero agregó, que *«los demandados fueron llamados al proceso a consecuencia de una relación contractual existente entre el accionante y los demandados, incumplido en la prestación del servicio médico de parte de los galenos vinculados a sus instituciones y resulta que por esa misma razón es llamada en llamamiento en garantía a la demandada Clínica del Sur, dado que el médico Eduardo, igualmente demandado, es personal suministrado por ella. Siendo así, llamar a la Clínica para que*

reembolse la condena de la otra demandada, sería como condenar dos veces a un mismo sujeto por un mismo hecho, lo cual es inadmisibles».

Con soporte en el artículo 68 del Código General del Proceso y lo pactado en el contrato de prestación de servicios que liga a las instituciones de salud determinó, que *«en la cláusula novena se expresa que la contratista responderá "sin solidaridad" de la EPS por los posible daños que pudiesen ocurrir por la actuación del personal suministrado por ella, por lo que fue condenada directamente en calidad de demandada y sin solidaridad quiere decir, que ella no responde por los perjuicios que pudiese sufrir otras personas, lo que propiamente constituye respecto de la EPS es una cláusula de exclusión de responsabilidad habida cuenta que ni la solidaridad puede servirle a la EPS como título jurídico para llamarla en garantía. Y no habiéndose alegado nada respecto de esa cláusula, no entra la sala a abordarla».*

2.2. Atinente a la adición reclamada por Seguros W de Colombia S.A., vinculada con la exceptiva de prescripción que alegó en su defensa contra el llamado que le hiciera la organización hospitalaria, expresó que ello *«podría conducir a una reforma o revocatoria de la sentencia que se solicita adicionar, por lo que ha de entenderse que tal pedimento no cumple plenamente el instituto de la adición o aclaración, por lo que nada ha de aclararse en tal respecto».*

2.3. Ante el pedido de Seguros X S.A. para que se pronunciara sobre las excepciones planteadas por ella contra los reclamos de la demanda dijo, que *«nada hay que adicionar ni aclarar, ya que podría conducir a modificar y revocar la sentencia, lo cual se encuentra prohibido por ley. Por ello, en este caso no hay pronunciamiento que hacer, amén de que la sentencia de tutela que ordenó dejar sin efecto la sentencia inicialmente dictada en este proceso*

de manera expresa dijo que el presupuesto vínculo causal en este caso está debidamente demostrado y por ello procedió a tutelar el derecho del demandante, siguiendo la orden constitucional. Cosa contraria expondría a esta instancia a un incumplimiento o un desacato».

2.4. De cara al pedido de adición y aclaración de los actores, «en el sentido de expresar de donde salieron las sumas establecidas en la sentencia por daños inmateriales y que se disponga lo referente al pago inmediato de la pensión vitalicia que se le fijó al menor demandante» manifestó, que «igualmente son solicitudes que desbordan los contenidos de los institutos de la adición y la aclaración, habida cuenta que apuntan a la modificación de la sentencia de lo cual se encuentra impedido este juzgador. Por lo que nada se dirá al respecto».

III. LAS DEMANDAS DE CASACIÓN

Contra lo definido por el colegiado de segundo grado la Clínica del Sur S.A., Eduardo y Seguros X S.A. formularon recursos de casación. En las demandas presentadas para sustentar la impugnación los primeros, de manera conjunta, arguyeron dos (2) cargos, con soporte en las causales quinta y segunda; en tanto que la última esgrimió cuatro (4) reproches, amparados en las causales quinta, tercera y segunda.

Esta Corporación, en proveído AC2159-2013 de 31 de julio, inadmitió parcialmente aquellas demandas, para abrir paso, únicamente, a los siguientes cargos: «a) el segundo del escrito casacional presentado por la Clínica del Sur S.A. y Eduardo; y b) el segundo, tercero y cuarto planteados por la aseguradora llamada en

garantía».

Pese a que el recurso de la llamada en garantía Seguros X S.A. incluye un reproche de procedimiento, la Sala examinará de manera inicial la impugnación planteada por la Clínica del Sur S.A. y el médico Eduardo, dada su calidad de demandados que atacan de manera directa el derecho reclamado, mientras que las críticas de la aseguradora se restringen al debate de la pretensión reversica frente a la Empresa Promotora de Salud Z S.A., quien se conformó con lo dictaminado y, en ese orden, sólo quedaría pendiente estudiar lo definido respecto de la relación sustancial entre llamada y llamante.

IV.- DEMANDA DE CASACIÓN DE CLÍNICA DEL SUR Y EDUARDO

CARGO SEGUNDO

Con soporte en la causal segunda del artículo 336 del Código General del Proceso, se imputa la trasgresión indirecta del artículo 2341 del Código Civil, por error de hecho *«en la apreciación de varias pruebas ya por preterición de algunas pruebas, ya por suposición de otras, que inciden objetivamente en la resolución de la sentencia, a tal grado que si los yerros no se hubieran cometido el sentido del fallo sería distinto».*

Indican los recurrentes que el tribunal no apreció el dictamen pericial de parte rendido por el médico

anestesiólogo Iván y la sustentación oral que este hiciera, quien *«con fundamento en el estudio de la historia clínica del paciente y lo que sobre el particular determinan la literatura médica, los protocolos médicos, las recomendaciones de los laboratorios que producen los anestésicos y equipos de anestesia y las guías del ministerio de salud vigentes para el 2010 dando respuesta clara y concreta al cuestionario formulado tanto por escrito como en su sustentación oral»*, detallando con amplitud las respuestas que dio en punto del cumplimiento de los protocolos por parte del doctor; que los daños neurológicos que sufrió el menor tienen como nexo causal único las alteraciones súbitas que presentó; del debido diligenciamiento de la historia clínica en la que aparece la valoración realizada al infante.

Preterición que igualmente se endilga respecto del dictamen pericial rendido por el ortopedista y traumatólogo pediatra Gustavo y su sustentación, *«quien para emitir el dictamen, hizo un resumen con fundamento en el estudio de la historia clínica del paciente y lo que sobre el particular determinan la literatura médica vigente, los protocolos médicos, y su experiencia profesional de más de 20 años dio respuesta clara y concreta al cuestionario formulado tanto por escrito como en su sustentación oral»*, transcribiendo algunas de las afirmaciones hechas por dicho galeno.

Cuestionan igualmente la desatención del tribunal de las notas de evolución médica y de enfermería, que acreditan que *«existe registro en la historia clínica de una atención dirigida a conocer las condiciones de salud del paciente. La valoración realizada por el Dr. Luis, le permitió conocer que el menor presentaba una fractura y establecer un plan de manejo que en este caso era un procedimiento de reducción abierta de fractura del húmero, para lo cual ordenó la realización de los exámenes prequirúrgicos y valoración preanestésica,*

lo que da fe de la observancia de los protocolos prequirúrgicos», así como también, que la reprogramación del procedimiento obedeció a que -del seguimiento al paciente- se estableció que no estaba en ayunas, copiando el contenido de estas.

Reprochan también la no valoración de los testimonios de los pediatras Roberto y Carmen, rendidos en el proceso que se adelantó ante el tribunal de Ética Médica, cuya copia se trajo como prueba trasladada y la versión del demandado Eduardo que igualmente obraba en dicha actuación.

Rebaten las inferencias del tribunal, relacionadas con la atención prequirúrgica para decir, que este *«incurre en error mayúsculo, ostensible, ya que, sin estar acreditado el hecho indicador, esto es, que no se cumplió con los protocolos necesarios al realizar el control prequirúrgico, lo dio como un hecho cierto, cuando precisamente la prueba que se echa de menos, esto es, los dictámenes de parte rendidos por el Dr. Iván y Gustavo, las notas de evolución médica y las notas de enfermería y registro de signos vitales en el servicio de urgencias que hacían parte de la historia clínica no fueron auscultados, examinados y observados, destacando en todas ellas precisamente el adecuado, pertinente y oportuno control prequirúrgico»* y *«de los medios probatorios resaltados, los que reiteramos pretermitió el ad-quem, no es posible inferir una lógica conexión que permita concebir que los médicos tratantes no cumplieron con los protocolos necesarios al realizar el control prequirúrgico. Y mucho menos que producto de tal actuar del equipo galénico sobrevino el desafortunado desenlace en la salud del menor, cuando se actuó precisamente en procura de minimizar los riesgos de toda índole»*. Además, tampoco se apreció la historia clínica que demuestra el cumplimiento de los protocolos.

Atacan las premisas vinculadas al ayuno del menor que, pese a no ser un reproche de la demanda fue objeto de debate en el proceso, puesto que no hay ninguna prueba que demuestre la ocurrencia de un «*ayuno prolongado*», como lo afirma el tribunal, amen que ello lo desvirtúa las declaraciones del perito Iván, de los testigos David y Carmen, quienes refirieron que el adecuado sería entre 6 y 8 horas sin líquidos.

Sostienen, que *«en concepto de los médicos especialistas, que son los autorizados para conceptuar sobre el tema, coincidieron en que no hubo un ayuno prolongado en el caso del menor, sin embargo, bajo un razonamiento difícil de entender el ad-quem, pese a que no existe prueba que sostenga tal afirmación, máxime que es de notoriedad que el ser humano normalmente entre la cena y el desayuno hace un ayuno mínimo efectivo de 12 horas en promedio, y ello jamás se cataloga como ayuno prolongado. Luego es obstensible (sic) la contraevidencia de afirmar en este caso que SI hubo un ayuno prolongado, cuando se reitera, en realidad lo que interesa previo al procedimiento es contar con un ayuno mínimo que en el caso fue el que se cumplió cabalmente»* y en el caso de Julián Andrés, *«aunque la última comida había superado las 8 horas, el paciente estaba recibiendo líquidos de mantenimiento (dextrosa y/o solución salina) antes del procedimiento quirúrgico, por lo cual se concluye que el manejo del ayuno fue el adecuado y de ninguna forma puede catalogarse como prolongado. Las distintas declaraciones rendidas por los testigos técnicos y peritos dentro del proceso son por sí solas suficientes para probar que las complicaciones que sufrió el menor no tienen absolutamente nada que ver con un tema de ayuno, se observa de la declaración rendida por el Dr. Roberto médico especialista en pediatría que tuvo la oportunidad de atender al menor, a quien también se le indagó sobre la posible causa de la bradicardia, a lo que este contestó que podría ser una reacción idiosincrática a anestésicos.*

Reprochan que en la sentencia se acusara a los médicos de no haber realizado un adecuado control de líquidos al paciente, quien sí los estaba recibiendo, o que se afirmara que se presentaron problemas respiratorios antes de la cirugía, pues *«en la historia clínica está consignado y documentando en las notas que el paciente se encontraba con unos signos vitales dentro de los parámetros normales y aptos para ser sometidos a cirugía, de hecho, no existe ni una sola nota de historia clínica que reporte alteraciones en signos vitales, alteraciones respiratorias, saturación de oxígeno o inestabilidad hemodinámica»*.

Aseguran, que *«[E]l Tribunal incurre en error de hecho manifiesto al suponer la prueba de la lex artis ad hoc, ajena al material probatorio allegado a juicio, como quiera que del contenido objetivo de lo analizado por el ad-quem, no es cierto que se hayan omitido deberes objetivos que sean indicadores fehaciente de negligencia de los médicos demandados, para deducir de ello culpa individual y de conjunto, por el contrario no aflora que ese haya sido el genuino alcance de las probanzas, más aún cuando en lo que respecta a la atención médica brindadas al paciente, las pruebas arrimadas y practicadas al proceso (testimonios técnicos y dictámenes periciales, en conjunto con los documentales) evidenciaron que su atención fue la adecuada, ajustada a la lex artis, que no se dejó de hacer nada a lo que estuvieran obligados, por lo que vemos que dicha conclusión que hace el ad-quem es totalmente infundada y ajena a la realidad.*

Cuestionan los casacionistas, que el tribunal diera por acreditado el nexo causal entre el daño reclamado y la conducta de los profesionales vinculados al juicio, por carecer de sustento probatorio, diciendo, que *«Se parte de que los médicos tenían la obligación de percatarse de que el niño llevaba más de 10 horas en ayuno, como si el llevar 10 horas de ayuno fuera una*

contraindicación para la realización de la cirugía. Ya se ha acreditado sobre los tiempos de ayuno, y está totalmente descartado que existiera un ayuno prolongado, o que tal situación hubiera tenido la potencialidad de provocar una hipoglicemia tan severa como la que presentó el menor. Entonces, si todos los médicos especialistas coinciden en que no hubo un ayuno prolongado y que este no pudo haber causado una hipoglicemia, ¿con sustento en qué el ad-quem sostiene lo contrario? Si se sabe que el ayuno del paciente no fue prolongado o responsable de la bradicardia severa como ampliamente lo expusieron los diversos testigos técnicos y peritos dentro del proceso. Y cuando en todo momento el Dr. Eduardo sostuvo que lo acontecido con el menor correspondió a una reacción idiosincrática e idiopática a los anestésicos. Por lo tanto, es falsa la apreciación del ad-quem. Contrario a lo supuesto por el Tribunal, existe la evidencia puesta de presente, que no valoró, como es el caso de la prueba pericial rendida por el Anestesiólogo Iván y el galeno pediatra que coinciden en señalar que lo más probable es que la misma fue producto de una reacción idiopática o también denominada idiosincrática, que corresponde en todo caso a una reacción individual imprevisible e impredecible».

CONSIDERACIONES

1. De la responsabilidad civil.

1.1. El ordenamiento interno es perentorio al establecer, que quien por su culpa, malicia o negligencia causa daño a otro está obligado a repararlo, producto del postulado *neminem laedere*; Empero, quien acuda a la jurisdicción a reclamar el decreto de responsabilidad civil y consecuente reparación deberá acreditar, adecuadamente, la ocurrencia de la conducta activa u omisiva generadora del menoscabo, la vulneración injustificada de un interés jurídicamente

tutelable y la relación de causalidad entre aquella conducta y la afectación sufrida, en razón a la naturaleza reparatoria o compensatoria de esta acción.

1.2. La responsabilidad derivada de la actividad médica, está calificada como profesional, la cual está vinculada con el cuidado de la salud, en todas sus fases, sea mediante actos de prevención, pronóstico, diagnóstico, intervención, tratamiento, seguimiento o control, susceptible de «*generar para el profesional que lo ejercita obligaciones de carácter indemnizatorio por perjuicios causados al paciente, como resultado de incurrir en yerros de diagnóstico y de tratamiento, ya porque actúe con negligencia o impericia en el establecimiento de las causas de la enfermedad o en la naturaleza misma de ésta, ora porque a consecuencia de aquello ordene medicamentos o procedimientos de diversa índole inadecuados que agravan su estado de enfermedad, o bien porque ese estado de agravación se presenta simplemente por exponer al paciente a un riesgo injustificado o que no corresponda a sus condiciones clínico – patológicas*» (CSJ SC 13 de sept. 2002 Exp. 6199).

Han sido innumerables las controversias suscitadas en torno a las obligaciones derivadas de la responsabilidad médica, destacándose la que ha establecido que, en línea de principio, de este surge una obligación de medio y no de resultado -salvo excepciones que sí imponen un desenlace concreto, como ocurre con algunas estéticas- habida cuenta que, tal actividad lleva implícita la existencia de riesgos en su ejercicio, pues el galeno asume con el paciente la obligación de brindarle una atención idónea y diligente, poniendo a su alcance todo el conocimiento e instrumentos necesarios para la recuperación de la salud, según el estado

de la ciencia, por cuanto éste acude a los servicios asistenciales ya con afectación de ésta, incluso, con riesgo inminente de su vida.

1.3. Por las particularidades de la actividad médica para la valoración de la responsabilidad civil derivada de ésta se aviene indispensable evaluar diversos factores, entre ellos, el acatamiento formal y protocolar de las técnicas que para una buena *praxis* define la evolución actual de la ciencia y su aplicación adecuada, según la naturaleza y circunstancia específicos, es decir, el cumplimiento de la *lex artis*, la cual constituye, en suma, el acatamiento de ciertas recomendaciones de acción u omisión, con miras a disminuir los riesgos inherentes al acto médico o, correlativamente, a aumentar las posibilidades del logro del resultado deseado, sin que en todo caso, toda variación de lo prefijado en dichas pautas generales apareje *per se* un comportamiento imprudente del facultativo.

1.4. Para la prosperidad de las pretensiones en este tipo de acciones, el reclamante deberá probar la ocurrencia de un daño -que deberá ser cierto, real, bien sea patrimonial o extrapatrimonial, e incluso, el virtual o potencial, referido este al que tiene todas las condiciones para su realización, lo que se contrapone al daño hipotético o eventual, no admitido como indemnizable- además, es indispensable acreditar la culpa del facultativo o la institución de salud, y dado que de dicha responsabilidad emerge la obligación de reparar la afectación sufrida, también es de rigor demostrar el consecuente nexo de causalidad, en cuya ausencia devendrá

frustrada la pretensión indemnizatoria, puesto que, como apunta la doctrina, «no basta el daño para que la víctima o el acreedor puedan pedir reparación, siendo necesario que dicho daño se conjugue con el factor de responsabilidad subjetiva u objetiva que la ley considera idóneo para atribuirlo a una determinada persona¹».

1.4.1. Atinente a la necesidad de probar la existencia del daño, y particularmente el nexo de causalidad en asuntos de este linaje, la doctrina especializada ha señalado lo siguiente:

Nunca debe perderse de vista que los profesionales de la salud, cualquiera sea su especialidad, asumen obligaciones de medios y no de resultado. Ello en atención a la propia naturaleza aleatoria de la prestación médica. Incluso, las propias normas que regulan el ejercicio de la medicina en los diversos países y los mismos códigos deontológicos de la profesión tipifican como falta grave la promesa de curación o de obtención de un resultado. Por lo tanto, para que surja la responsabilidad del médico indefectiblemente tiene que estar probada la culpa de éste. Y la prueba de esa culpa como regla general sigue estando a cargo del reclamante. Solo en casos muy excepcionales en los que la culpa médica surge claramente, podrá establecerse una presunción en contra del médico.

En cuanto a la relación causal, también como regla general, su prueba está a cargo del reclamante. Debe tenerse en cuenta que no basta la prueba de la culpa, sino que esa culpa a la vez debe tener virtualidad causal. Con ello queremos decir que una simple culpa in abstracto resulta insuficiente para adjudicar responsabilidad al profesional de la salud. Además de lo dicho, en este supuesto deberá tenerse muy en cuenta que en la mayoría de los casos “el médico no puso la enfermedad en el paciente”. Por lo general, el paciente ya viene con una afección o enfermedad, y en todo caso, el obrar negligente del médico priva al paciente de las probabilidades de curación o mejoría que tenía. De ser así, las indemnizaciones que se otorguen deberán ser fijadas en relación

¹ Bustamante Alsina, *Teoría General de la responsabilidad civil*, quinta edición. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 2987, pág. 273 y s.s.

a esa pérdida de posibilidad de curación o pérdida de la chance, y no en caso al daño efectivamente sufrido en el cual ha influido la propia enfermedad que ya traía consigo el paciente»².

Más adelante memora el autor:

Señala con acierto Tanzi que “en cuanto a la responsabilidad profesional y la responsabilidad médica en particular, se plantea con claridad pérdida de chance. La omisión de atención adecuada y diligente por parte del médico al paciente puede significar la disminución de posibilidades de sobrevivir o sanar. Resulta indudable que una situación de esa naturaleza configura una pérdida de chance, daño cierto y actual que requiere causalidad probada entre el hecho del profesional y un perjuicio que no es el daño integral, sino la oportunidad de éxito o remanente que tenía el paciente”³.

1.4.2. Esa relación de causalidad en la responsabilidad médica en no pocas ocasiones es de difícil demostración, toda vez que puede ocurrir que, pese a la debida atención de las reglas propias de la *lex artis* no se obtenga el resultado esperado, lo cual impone un examen minucioso que permita identificar la causa del evento adverso, para establecer si es un acto médico debido, cuyo resultado no le es imputable al profesional, o uno indebido que lo haga responsable de los perjuicios derivados de su proceder.

Valga decir, frente al escrutinio del acto médico, en los juicios de responsabilidad, es preciso diferenciar la ocurrencia de un evento adverso, de una mala *praxis*, o del error médico producto de la imprudencia, negligencia,

² Vázquez Ferreyra Roberto. *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*. Editorial Hammurabi SRL. Buenos Aires 2002, pág. 134.

³ Tanzi, *La responsabilidad de la pérdida de chance*, en *La responsabilidad*, homenaje al profesor doctor Isidoro H Goldenberg A.A. Alterini R.M. López Cabana (dirs), p. 333. Citado por Vázquez Ferreyra Roberto. *Obra citada*.

impericia o inobservancia de los reglamentos y deberes en su realización, pues de ello depende la imputación de culpa al facultativo.

Consecuente con lo anotado, esta Corte se ha ocupado en reiteradas ocasiones del examen de los presupuestos necesarios para la imputación de responsabilidad por el actuar galénico, respecto de lo cual, entre otras, en la sentencia del primero (1º) de diciembre de 2011 (rad. 1999-00797-01), señaló:

«para el juzgamiento de los profesionales de la ciencia médica en el ámbito de la “responsabilidad civil”, por regla general, ha de tomarse en cuenta la “responsabilidad subjetiva” basada en la culpa o negligencia, constituyendo la “lex artis” parámetro preponderante para su determinación, en armonía con los “deberes médicos”, criterio este observado en la mayoría de países, aunque con la aceptación de teorías que en cada caso en concreto conducen a la flexibilización de la carga probatoria, verbi gratia, en España con apoyo en el artículo 28 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, con relación al cual sostuvo el Tribunal Supremo, en fallo STS 5-2-2001: “Ciertamente son cada vez más las sentencias de esta Sala que en casos de reclamaciones fundadas en una deficiente atención médica u hospitalaria aplican el citado artículo 28 (...) No obstante, tales sentencias suelen versar sobre casos de infecciones contraídas o reactivadas en el propio medio hospitalario (...) o a consecuencia de transfusiones de sangre (...), de fallos de determinados dispositivos de implante o en el instrumental quirúrgico de una intervención (...) o, en fin, de daños desproporcionados en relación con el escaso riesgo atribuible en principio a una determinada intervención. (...) De otro lado, también tiene declarado esta Sala que ‘los arts. 1902 y 1903 DENTRO DE PARÁMETROS. Son partes de un sistema de responsabilidad civil asentado sobre la culpa (...) Y como doctrina reiterada (...) que ‘para que pueda surgir responsabilidad del personal sanitario o del centro de que aquél depende, como consecuencia del tratamiento aplicable a un enfermo se requiere ineludiblemente que haya intervenido culpa o negligencia (...) ya que en la valoración de la conducta profesional

*de médicos y sanitarios en general queda descartada toda responsabilidad más o menos objetiva (...)*⁴

Es tal la complejidad del acto médico que en su realización pueden converger múltiples sujetos, así como también factores que pueden demarcar su resultado, motivo por el cual se ha destacado la necesidad de flexibilizar lo concerniente a la carga de la prueba, debido a las dificultades de obtener certeza sobre la relación causa - efecto de tales prácticas y, por ello se ha dicho, que

(...) atendiendo los mandatos de la sana crítica y mediante diversos procedimientos racionales que flexibilizan el rigor de las reglas de la carga de la prueba, asiente determinadas inferencias lógicas enderezadas a deducir la culpabilidad médica en el caso concreto. En efecto, como quiera que es posible que una rigurosa aplicación de la disposición contenida en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil puede aparejar en este ámbito el fracaso de la finalidad reparadora del régimen de la responsabilidad civil, particularmente, por las dificultades probatorias en las que se puede encontrar la víctima, no es insensible la Corte ante esa situación, motivo por el cual asienta que, teniendo en consideración las particularidades de cada caso en concreto, lo que repele indebidos intentos de generalización o de alteración de los principios y mandatos legales, y en la medida que sea posible, puede el juez acudir a diversos instrumentos que atenúan o “dulcifican” (como lo denominan la doctrina y la jurisprudencia españolas) el rigor del reseñado precepto.

*Así, dependiendo de las circunstancias del asunto, se insiste una vez más, es posible que el juez, con sujeción a las normas jurídicas y de la mano de las reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica, deduzca ciertas presunciones (simples o de hombre) relativas a la culpa galénica; o que lo haga a partir de indicios endoprocesales derivados de la conducta de las partes (artículo 249 *Ibidem*); o que acuda a razonamientos lógicos como*

⁴ Cita contenida en el artículo titulado “Responsabilidad sin culpa en la medicina privada: el artículo 28 LGDCU” de la catedrática española de Derecho Civil de la Universidad del País Vasco Clara I. Asua González, incluido en la compilación sobre “Responsabilidad Civil y su problemática actual”, coordinador Juan Antonio Moreno Martínez, Madrid, Ed. Dykinson, 2007, págs. 37-66.

el principio res ipsa loquitur (como cuando se olvida una gasa o material quirúrgico en la zona intervenida, o se amputa el miembro equivocado, etc.); o teniendo en consideración la manifiesta anormalidad de las consecuencias del acto médico deduzca una “culpa virtual” o un “resultado desproporcionado”, todo lo anterior, se reitera aún a riesgo de fastidiar, sin que sea admisible la aplicación de criterios generales que sistemática e invariablemente quebranten las reglas de distribución de la carga de la prueba previstos en el ordenamiento (CSJ SC 22 de julio 2010, rad. 2000 00042 01).

7. El régimen que gobierna la eventual responsabilidad está marcado por el de culpa probada empero e igualmente, su disciplina probativa no debe responder a la rigidez de antaño, sino que, ya el médico ora el paciente, debe asumir ese compromiso demostrativo, atendiendo la real posibilidad de hacerlo; aquél que se encuentre en mejores condiciones para acreditar los supuestos de hecho configurantes del tema a establecer, deberá asumir esa carga» (CSJ SC12449-2014 15 sept. Rad.(2006-00052-01) reiterado SC2769-2020 de 31 de ago. Rad. 2008-00091-01).

2. Del acto médico anestésico

2.1. Como quiera que en la demanda se imputa responsabilidad a los médicos partícipes en el procedimiento quirúrgico realizado a Julián Andrés por las consecuencias adversas que ocurrieron, al ser sometido a una cirugía ortopédica con anestesia general, es pertinente ocuparse brevemente del alcance de esta última actividad.

Para ello es válido recordar que la anestesiología es una especialidad médica dedicada a la atención y cuidados de los pacientes durante las intervenciones quirúrgicas u otros procesos, cuya finalidad primordial es evitar o minimizar el dolor en el desarrollo de estos, ora su manejo cuando este es

agudo o crónico por causa extra quirúrgica, como ocurre con pacientes con enfermedades catastróficas.

2.2. El artículo 1º de la ley 6 de 1991 define la anestesiología, como *«una especialidad que estudia los principios, procedimientos, aparatos y materiales necesarios para practicar una adecuada anestesia. Agregando, que dicha área «se integra en una forma multidisciplinaria con las otras especialidades médicas en el manejo integral de la salud».*

Para el desarrollo de esta actividad se utilizan diversidad de fármacos que cumplen variados objetivos, esencialmente, bloquear la sensibilidad táctil y dolorosa del paciente o dejarlo inconsciente -según el tipo que se utilice- y que, si bien por el estado de la ciencia su ejercicio es cada vez más tecnificado y exacto, aún es posible que se presenten situaciones que implican un riesgo vital, como una alergia grave, un paro cardíaco o una asfixia. Por ello, el parágrafo del artículo 1º de la ley en cita reconoce *«el riesgo potencial a que están expuestos los pacientes»* y debido a *«la permanente exposición a inhalación de gases tóxicos, radiaciones y situaciones de estrés por parte del anestesiólogo se considera la anestesiología como una especialidad de alto riesgo».*

2.3. El trabajo del anestesiólogo se desarrolla en tres etapas: *la valoración preanestésica, la administración misma del anestésico y la visita post-anestésica. Si alguna de ellas no se realiza, el acto anestésico es incompleto y la actuación médica se hace menos defendible desde el punto de vista médico-legal»*⁵.

⁵ AGUILERA CASTRO, Fernando. *Anestesiología Básica*. Bogotá, Colombia: Editorial Gente Nueva, 1990

2.3.1. En la etapa preanestésica -que interesa para este caso- pueden concurrir la consulta y la visita preanestésica, que tienen lugar previo a la realización del procedimiento. La primera, le permitirá al anestesiólogo conocer los antecedentes generales del paciente, ordenar los exámenes clínicos necesarios para valorar su condición actual; la segunda, se debe realizar cuando entre la consulta y la cirugía haya transcurrido cierto tiempo, permitiéndole constatar la persistencia de las condiciones del enfermo, sin desconocer que puede darse sólo una de ellas, como acontece en los pacientes que requieren una intervención quirúrgica de urgencias.

En esta valoración preanestésica se deberá clasificar al paciente según el riesgo quirúrgico y la ASA (American Society of Anesthesiologist), que categoriza estos según su estado de salud⁶, para saber cuál es el procedimiento a seguir y cuáles los posibles riesgos que se pueden presentar, lo que deberá quedar consignado en el «registro anestésico» de la historia clínica del paciente.

Es claro entonces, que dicha valoración constituye un espacio trascendental para conocer las condiciones del

⁶ SISTEMA DE CLASIFICACIÓN ASA: Sistema de clasificación que utiliza la American Society of Anesthesiologists (ASA) para estimar el riesgo que plantea la anestesia para los distintos estados del paciente. <<http://www.neurocirugia.com/escalas/asa.htm>> **ASA UNO** (“Paciente normal y sano); **ASA DOS** (Paciente que sufre enfermedad general leve, por ejemplo, el diabético hipertenso controlado.); **ASA TRES** (Paciente que sufre enfermedad general grave que limita la actividad, pero que no es incapacitante; por ejemplo, pacientes con cardiopatía...); **ASA CUATRO** (Paciente con enfermedad general incapacitante que presenta un peligro constante para su vida; por ejemplo, paciente con infarto reciente...); **ASA CINCO** (Paciente moribundo que no viviría más de veinticuatro horas hágase o no la cirugía, por ejemplo, el paciente con trombosis...) Se añade la letra E al estado físico si es paciente electivo y la U si es urgente.”

enfermo, a partir de los exámenes de diagnóstico y la auscultación física, tanto del sistema respiratorio como cardiovascular, que orientaran sobre la presencia de circunstancias que puedan dificultar las eventuales maniobras de intubación, así como la información de posibles alergias para evaluar la pertinencia o no de utilizar determinados medicamentos durante la intervención quirúrgica.

Los expertos en la materia han establecido, que «*La evaluación preanestésica consiste en la obtención de datos clínicos desde múltiples fuentes de información, como: información por otros médicos tratantes, la entrevista directa al paciente o sus representantes; un examen físico orientado a la intervención anestesiológica; y revisión de otras fuentes si las hubiere: ficha clínica, exámenes de laboratorio, otros documentos relevantes. Esta información es utilizada para organizar y planificar recursos en torno al acto anestésico, optimizando las condiciones y recursos disponibles o necesarios para reducir los riesgos asociados desde el tiempo de la evaluación hasta el momento del alta médica. La evaluación preanestésica de un paciente que será sometido a un procedimiento quirúrgico o no quirúrgico es un pilar fundamental del cuidado anestésico, y cuando es realizada correctamente puede mejorar los resultados de los pacientes y su satisfacción, además de reducir los costos. Estas mejoras observadas en las últimas décadas han permitido la disminución de la mortalidad global en el perioperatorio. La evaluación preoperatoria está cambiando desde un tipo de evaluación “de rutina” a una evaluación de riesgo más individualizada. Este enfoque personalizado no sólo proporciona una mejor información sobre cada paciente, sino que también puede reducir significativamente los costos*»⁷. (negrillas de la Sala).

⁷ <https://revistachilenadeanestesia.cl/recomendacion-clinica-evaluacion-preoperatoria/#:~:text=Evaluaci%C3%B3n%20ASA%3A%20Sistema%20de%20clasific>

En nuestro país estas pautas de seguridad fueron recogidas en las Normas Mínimas del 2003 para el ejercicio de la anestesiología del Comité de Seguridad de la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación (S.C.A.R.E.), actualizadas en el 2009⁸, que incluyen una lista de chequeo, propuestas de formatos de evaluación preanestésica, registro intraoperatorio, registro de UCPA⁹, entre otras cosas, y también en la guía de preparación del paciente para el acto quirúrgico y traslado al quirófano elaborado por la misma entidad en el año 2014¹⁰, que si bien esta última por obvias razones no era exigible para la época de los hechos, puede servir como un criterio orientador en el ejercicio de evaluación del proceder de los involucrados en esta disputa, amén que todos son coincidentes con relación a las pautas que se imponen a estos profesionales para minimizar riesgos.

3. La historia clínica

aci%20que,la%20Sociedad%20Americana%20de%20Anestesi%20logos%20ASA%29.&text=Evaluaci%20ASA%3A%20Sistema%20de,American%20de%20Anestesi%20logos%20ASA%29.&text=Sistema%20de%20clasificaci%20que,la%20Sociedad%20Americana%20de. Revista Chilena de Anestesia Volumen 53, Número 2 publicación oficial de la Sociedad de Anestesiología de Chile ISSN 0719-6792 versión electrónica)

⁸ <https://www.elsevier.es/es-revista-revista-colombiana-anestesiologia-341-pdf-S0120334709730072> (Rev. Col. Anest. agosto-octubre 2009. Vol. 37- No. 3: 235-25 de la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación -S.C.A.R.E.-)

⁹ *Unidad de Cuidado Post Anestésico (UCPA),*

¹⁰ <https://mydokument.com/preparacion-del-paciente-para-el-acto-quirurgico-y-traslado-al-quirofano.html> (*Manual de práctica clínica basado en la evidencia Preparación del paciente para el acto quirúrgico y traslado al quirófano publicación de la Sociedad Colombiana de Anestesiología elaborado en colaboración con la Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Medicina y The Cochrane Collaboración).*

3.1. Sabido es que la historia clínica es definida en el artículo 34 de la ley 23 de 1981 como «*el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente...*», pero la Resolución 1995 de 1999 en su artículo 1º amplió dicho concepto diciendo, que «*La Historia Clínica es un documento privado, obligatorio y sometido a reserva, en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención*» (se resalta).

Como se ve, este documento es un instrumento fundamental en la prestación de los servicios de salud, de ahí que el legislador se ha ocupado sistemáticamente de su regulación, dándole el carácter de obligatorio y emitiendo disposiciones que permitan un adecuado manejo de la información que en ella se debe registrar, hasta llegar hoy día a su manejo electrónico; documento que por su importancia y trascendencia de la información que contiene está sujeta a reserva y sometida a una serie de formalidades que deben ser atendidas por todos los sujetos que participan en la atención del enfermo.

3.2. La historia clínica tiene implicaciones de tipo médico-legal, debido a la sensibilidad de los datos que en ella se registran, amen que está llamada a ser el puente en la relación médico - paciente, ya que podrá revelar de manera contundente el proceder tanto del personal de salud participante, como del propio paciente en el manejo de las particulares patologías sometidas a valoración, y dado que, justamente, esa relación constituye «*el elemento primordial en la*

práctica médica. Para que dicha relación tenga pleno éxito debe fundarse en un compromiso responsable, legal y auténtico” (art. 1º declaración de principios Ley 23 de 1981).

4. Análisis del cargo.

Los cuestionamientos del casacionista confutan el fallo del tribunal, endilgando la presunta preterición y tergiversación de los elementos demostrativos allegados al juicio y la suposición de algunos, que conllevaron a que éste tuviera por establecida la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad deprecada, particularmente, la relación de causalidad entre el proceder de los encausados y los daños sufridos por el menor Julián Andrés.

4.1. La crítica involucra la visión del juzgador *ad quem* frente a lo expuesto en los dictámenes rendidos por los peritos Gustavo e Iván, así como las declaraciones que los médicos Roberto, Carmen y el demandado Eduardo rindieron en el proceso adelantado por el Tribunal de Ética Médica y del galeno David, así como el contenido de la historia clínica, especialmente de las notas de enfermería y de evolución médica allí contenidas, sin que del escrutinio de estos se advierta de manera fehaciente la ocurrencia de los yerros de valoración que endilga la censura, como pasa a verse.

4.1.1. El doctor **Gustavo**, especialista en traumatología y ortopedia y subespecialista en ortopedia pediátrica, en su pericia, a partir del análisis de la historia clínica, dio cuenta de la realización de los «*exámenes de laboratorio prequirúrgico y*

analgésicos [...] que eran los necesarios del caso y se encontraron dentro de los niveles normales», además, que no era necesario realizar pruebas de alergia; destacó que el procedimiento ortopédico fue ejecutado de manera correcta, sin que observara *«relación entre la bradicardia (disminución de la frecuencia cardiaca con el acto quirúrgico ortopédico, pues este se llevó a cabo de forma ajustada a la lex artis, y la complicación fue posterior a la finalización del mismo»*. Aquí se ve, que su análisis está más perfilado al procedimiento quirúrgico ortopédico realizado al infante y no a los aspectos perioperatorios, amén que no se discute que la reducción de la fractura en la forma ordenada, a más de ser la clínicamente recomendada para tratar la lesión presentada, una vez realizada cumplió a cabalidad su cometido en el miembro superior afectado.

Empero, vemos que el mentado profesional indicó, que *«cuando se presentan complicaciones no relacionadas con el procedimiento quirúrgico de ortopedia, tales como la bradicardia, paro cardiaco, inestabilidad hemodinámica, durante la anestesia o recuperación de la misma, el manejo corresponde exclusivamente al anesestesiólogo quien es el profesional que tiene el conocimiento para el manejo hemodinámico y metabólico del paciente bajo los efectos de la anestesia»*; que cada profesional que interviene en la atención del paciente **«debe registrar sus actos en documentos apropiados para tal fin»**, que **«para el caso de anestesia, se debe registrar el acto anestésico en un formato llamado “record anestésico”, que debe incluir lo relativo a su especialidad»** (resalta la sala) [fls 3-8 Cd 5].•

En la audiencia de sustentación de su informe reiteró, que el procedimiento quirúrgico era indispensable para

superar la afectación sufrida, resaltando sobre la eventual ocurrencia de incidentes en el decurso de este, que los «ortopedistas traumatólogos vemos a los pacientes a nivel del sistema muscular, ya los otros padecimientos que tenga un paciente si el paciente presentó un hipoglicemia, si el paciente presenta un paro cardíaco, una bradicardia etcétera etcétera, si a nosotros nos comunican doctor el paciente está en bradicardia o está en paro cardíaco, nosotros paramos el procedimiento, pero tengo entendido que la bradicardia se presentó fue después de haber terminado el proceso ortopédico el doctor torres, pero nosotros no manejamos ese tipo de parte, ni la glicemia, ni la bradicardia, nada, nosotros manejamos la parte ósea única y exclusivamente» [min. 10.07 Cd 5]; que «Una fractura no tiene nada que ver con la bradicardia, el corazón está por un lado y el corazón por otro, yo puedo abrir un paciente hago mi reducción lo fijo y un niño no tiene por qué estar en bradicardia no hay una relación de causa y efecto con lo que usted me está preguntando [minuto 12.35 Cd 5]. Lo que no desdice las conclusiones del tribunal.

Agregó el especialista, al ser inquirido sobre la preparación de los pacientes para la realización de cirugías, que «Eso como que de preparar para el acto quirúrgico del anesthesiólogo no, los que preparan a los niños para llevarlo a cirugía son las enfermeras, no no no no, no era anesthesiólogo, entonces desde que llega un paciente y que se va a intervenir quirúrgicamente deben hacerse los exámenes prequirúrgicos como se ordena ahí, en la misma hoja que está allí están ordenando sus exámenes prequirúrgicos se inmovilizó el paciente que eso se tiene que hacer con una férula Y eso para quitarle el dolor al niño y **se le hace sus exámenes ellos pasan por una valoración preoperatoria por el anesthesiólogo encuentran en esa valoración anesthesióloga de su estado general su corazón sus pulmones etcétera etcétera preguntan a los familiares mire sus niños es alérgico a tal medicamento, a alguna cosa todas esas preguntas las hace el anesthesiólogo y eso es lo que haría él, pero**

son las enfermeras las que se encargan de vestirlo, de llevarlo y transportarlo hasta hacia la sala de cirugía» [minuto 23.19 Cd 5] (resalta la Sala).

Atañedero a la urgencia que puede representar ese tipo de fracturas apuntó, «que las urgencias ortopédicas sobre todo este tipo de fracturas son urgencias relativas, no son urgencias que hay que salir corriendo paciente que tiene una fractura del cóndilo humeral es una fractura que yo la puedo operar hoy y mañana pasado en tres días cuatro días y no va a pasar absolutamente nada. **Lo que sí es que necesitamos que el paciente esté en las condiciones adecuadas y satisfactorias para que pueda ser intervenido quirúrgicamente y por eso se le mandan los exámenes de laboratorio y una valoración preanestésica antes de entrar a la sala de cirugía...**» (se resalta) y que el paciente se encuentre en ayunas.

A modo de aclaración sobre el ayuno sostuvo, que «Todo paciente que llega a una urgencia con una fractura y se va a intervenir que únicamente es canalizado con líquidos electrolitos que va a estarle al paciente siendo suministrado, y eso tiene dextrosa, tiene etcétera etcétera; no necesariamente el niño tiene que comer para mantener unos niveles de azúcar normal, no, por esa vena canalizada que el paciente desde que llega se le pone el paciente puede mantener sus condiciones normales y si se presenta cualquier cosa pues ahí están los otros médicos, están los pediatras; que «desde el punto de vista ortopédico no hubo ninguna complicación».

Nada de lo dicho, por este experto en ortopedia torna absolutamente contra evidentes las afirmaciones que hiciera el tribunal para soportar su determinación, en cuanto a las omisiones advertidas en el preoperatorio.

4.1.2. El médico anesthesiólogo **Iván** en su experticia realizó un resumen de la historia clínica, señalando que, según el estado de ciencia para el año 2010, era «*imposible pasarse de anestesia*», indicando frente a la valoración preanestésica que ésta «*es importante porque en ella se revisan las condiciones hemodinámicas y generales del paciente, el resultado de los estudios y laboratorios cuando por la edad o condiciones del paciente se han ordenado, los antecedentes patológicos, alérgicos, quirúrgicos y demás factores que puedan influir en el resultado de la anestesia que se le vaya a colocar al paciente*»; Sostuvo, que en la historia clínica aparece la valoración del doctor Eduardo; que le pregunta por los antecedentes del menor y «*la madre del paciente nunca informa que el niño es alérgico al huevo de gallina*».

Afirmaciones, que resultan insuficientes para socavar las conclusiones probatorias del tribunal como se exige en casación, puesto que, al confrontarse con otras probanzas, como las copias de la historia clínica arrimadas al proceso y la declaración de parte rendida por la madre del infante, resultan infirmadas, como se revelará más adelante.

El galeno explicó el concepto de hipoglucemia (bajo nivel de glucosa - azúcar en la sangre), sus causas, entre ellas, no comer, y que el tratamiento a seguir es con productos glucosados «*en el caso del niño con destroza en las cantidades, proporciones y tiempo indicado en los protocolos médicos teniendo en cuenta las condiciones del paciente y el tipo de cirugía, en cuanto al daño neurológico, cuando la reducción de glicemia es severa, puede causar daño cerebral manifestado por deterioro cognitivo, muerte encefálica, demencia o muerte*»; que, según el registro de la historia clínica, el paciente «*no presentó ningún signo que hiciera pensar al Dr.*

Eduardo en alguna hipoglicemia y por lo tanto, el inicio de la cirugía fue correcto», ni «signos de inestabilidad durante los primeros 25 minutos de cirugía».

Este aparte resulta contundente para evidenciar y destacar la importancia que tienen la valoración previa del paciente, el control de líquidos y el cabal diligenciamiento de la historia clínica, en especial de cara a la realización de un procedimiento quirúrgico, pero no desvirtúa que las resultas obtenidas en este caso fueran derivadas del proceder omisivo de los médicos tratantes involucrados, como lo infirió el tribunal.

Frente al interrogante sobre los equipos autorizados para el acto anestésico, su utilización en el caso examinado, junto con los analgésicos expresó, que *«La historia clínica demuestra que el Dr. Eduardo cumplió con todos los protocolos médicos que regulan el inicio y desarrollo del proceso anestésico en pacientes como el niño JULIÁN ANDRÉS y tuvo en cuenta la edad, tipo de cirugía y condiciones hemodinámicas y generales»*, quien se percató de las alteraciones no previstas, reaccionando y reanimando oportunamente al paciente, cuyos daños neurológicos *«tienen como nexa causal único las alteraciones súbitas que presentó»*, sin que se pudiera *«prevenir la hipoglicemia en pacientes que han recibido líquidos de mantenimiento **conforme las indicaciones de los protocolos previos a la cirugía** y que como en el caso concreto, no tiene ninguno de los factores de riesgo señalados»* [fls. 20-29 Cd 5].

Atestaciones que involucran el proceder del anesthesiólogo durante la realización del procedimiento quirúrgico y su reacción ante las alteraciones presentadas en

su decurso, pero no del debido cumplimiento de los actos previos que se le imponían, para que por esa vía se pueda evidenciar el dislate de valoración por el colegiado de segundo grado.

Al sustentar su experticia en audiencia manifestó, que revisó la “*hoja de anestesia*”, en la cual aparece la actividad surtida por la especialidad desde el ingreso del paciente a la sala de cirugía en un estado normal, pero que «*pasa un imprevisto impredecible por decirlo de que es una bradicardia súbita en el cual se toman las medidas y parámetros necesarios según los protocolos avalados internacionalmente y por nuestra sociedad de anestesia nacional lo cual tiene cierto hallazgo clínico de mejoría paulatino, cae nuevamente, se le colocan diversos medicamentos que son isotrópicos y requeridos para este tipo de situaciones, cayendo totalmente en paro el paciente, se hacen los protocolos la reanimación y logra salir del paro realizando todos los protocolos y todas las medidas de seguridad*», insistiendo así en el proceder del médico Eduardo durante el procedimiento y la obligatoriedad de ese registro anestésico, sin socavar lo pertinente al proceder perioperatorio que fue lo que direccionó las conclusiones del tribunal.

Respecto al tiempo en que se puede manifestar una situación de alergia expresó, que «*[L]os estados alérgicos no se les puede dar un tiempo determinado para ocurrir, hay reacciones alérgicas inmediatas, de acuerdo al tipo de sensibilidad que se tenga con ellos, pueden ser inmediatas o tardías, no hay un tiempo estipulado en que yo pueda decir tal droga, tal situación me va a ocurrir en determinado tiempo eso es impredecible*» [video 20180208_1542 minuto 17.35]; restó

relevancia del antecedente de hipertrofia de adenoides en las resultas sufridas por el menor [video 20180208_1542 minuto 19.45].

Mencionó, que *«el ayuno que tenía el niño es el adecuado, [...], en pediatría se tienen ayunos de 6 a 8 horas para sólidos y ese es el adecuado, al revés el ayuno lo que me va a mejorar a mí es que el paciente no me entra en hipoglicemia como estaba el paciente, eso es lo mínimo, ayunos más prolongados de ahí de ahí hacia arriba puede tener un ayuno perfectamente de 8 o 10, 12 horas además venía con líquidos de base que eso muchas veces se coloca para evitar también esos estados hipoglucémicos»* [video 20180208_1542 minuto 21.25].

Explicó el profesional, que la hipoglicemia *«es algo que en un paciente sano sin ningún antecedente patológico y con un ayuno adecuado no se debe presentar como tal, es más, ya lo dije es en caso de estrés quirúrgicos y de ciertos medicamentos lo que me aumenta un poco es la glicemia hay un dato real y documentado que es una glicemia de 20 esa glicemia de 20 es catastrófica para todos los procesos celulares que ocurren al organismo llega a haber daño neuronal ya la conducción de todo de los latidos de todo no va a ser adecuado y esto es lo que veo según el documento se presentó»* [video 20180208_1542 minuto 28.50].

Así mismo apuntó, que los anestésicos utilizados en Julián Andrés fueron apropiados y frente al manejo que se debe dar a casos como el examinado indicó, que *«[E]so es actuar inmediatamente, estamos ante un caso de bradicardia reiterativa, en el cual en el primer momento sale de esa bradicardia, después entra una bradicardia severa, ya en esa bradicardia severa uno no debe dejar entrar a paro, ya un niño con menos de 30, aún con latidos es paro, inmediatamente uno hace el protocolo de reanimación o masaje y medicamentos como inotrópicos como atropina y adrenalina»* [video

20180208_1542 minuto 32.17]. Aspectos estos que igualmente conciernen al desempeño del anesthesiólogo durante el procedimiento, que no a los actos previos que el ejercicio de la especialidad le exige y que fueron los que el tribunal estimó incumplidos.

Destáquese que el profesional insistió en que la valoración preanestésica sí es indispensable «*para una valoración el estado físico general de antecedentes para hacer un plan un planeamiento al tipo de anestesia que le vamos a dar*» [video 20180208_1542 minuto 40.28], asegurando que en este caso sí se hizo [video 20180208_1542 minuto 40.59], aunque en la historia clínica sólo aparece el “*registro anestésico*”, que corresponde a lo acaecido durante la intervención quirúrgica, lo que torna carente de soporte su dicho referente a esa valoración preanestésica. También descartó que existiera relación entre el episodio presentado por el menor con el acto quirúrgico ortopédico [video 20180208_1542 minuto 44.34]. Aspecto que, por demás, no fue objeto de debate en las instancias, pues no se discutió que, conforme se indicó en precedencia, una vez realizada la cirugía se superó de modo satisfactorio la lesión que presentaba el codo del niño.

Resaltase que este perito puso de presente que para la realización de su experticia no tuvo a su disposición todo el infolio que conforma la historia clínica, sólo «*parte de los registros y algo de las notas de enfermería*» y lo referido al procedimiento mismo [video 20180208_1542 minuto 58.19].

Mírese que el dictamen del profesional Iván, ciertamente, señala que el doctor Eduardo «*cumplió con todos los protocolos médicos que regulan el inicio y desarrollo del proceso anestésico al paciente como el niño JULIÁN ANDRÉS y tuvo en cuenta la edad, tipo de cirugía y condiciones hemodinámicas y generales*», pero también dice que las afectaciones que el menor padece tuvieron como «*la causa única y más probable [...] las alteraciones súbitas que presentó el paciente*». Alteraciones que no pueden calificarse como de usual ocurrencia, por el contrario, por las mismas reglas de la *lex artis* y los protocolos existentes hoy por hoy su ocurrencia dependerá en mayor o menor medida del acatamiento de estos, y precisamente su omisión fue lo que extrajo el tribunal del material probatorio arrimado al legajo.

Además, por los riesgos inherentes a todo procedimiento invasivo, resultaba obligatoria la realización de la valoración preanestésica, la cual según los instruidos en la materia no se cumple con realizar algunas preguntas al paciente o a la persona responsable de este -como bien lo indicó el tribunal de ética médica- sino con una entrevista integral sobre los antecedentes, pero sobre todo con la auscultación física, que permita establecer de manera directa las condiciones en que este se encuentra (estresado, con arritmias, dificultades respiratorias, deshidratado, incluso, las condiciones de vías áreas etc.) para, a partir de allí, adoptar los ajustes o correctivos que sean necesarios para llevar a feliz término la cirugía, máxime, si como en este particular caso se trataba de una que podría calificarse como

de “*bajo riesgo*”¹¹ que, teóricamente, no conllevaba mayores complicaciones para el paciente.

4.1.3. Se pregona la preterición de algunas declaraciones rendidas en el curso de la queja ética disciplinaria adelantada ante el Tribunal de Ética Médica del Atlántico contra los médicos enjuiciados, contenidas en la providencia del 27 de noviembre de 2013, cuyas copias se anexan como prueba trasladada [fl. 86 Cd 4], en la que se determinó formular pliego de cargos contra los profesionales Luis y Eduardo. En esta se reseñan las declaraciones de los siguientes profesionales:

Adolfo (neuropediatra) declaró que valoró a Julián Andrés «*el primero o segundo día, no estoy seguro, después de la cirugía*», que no sabe cuál era la condición anterior, que cree que normal, salvo la fractura, de acuerdo con lo anotado en la historia clínica [fl. 91 Cd 4].

Roberto (pediatra) refiere la atención brindada al menor en la UCI el 11 de noviembre y, tras relatar su actuación, aseguró «*Desconozco el estado previo al procedimiento*»; sobre cuál podría ser la causa de la complicación respondió, que «***podría ser idiosincrática a anestésicos, falta de oxigenación***» (se destaca) [fl. 92 Cd 4].

¹¹ Según la clasificación *National Confidential Enquiry into Patient Outcome and Death (NCEPOD)*, mencionada en el “Manual de práctica clínica basado en la evidencia Preparación del paciente para el acto quirúrgico y traslado al quirófano”. Publicación de la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación -S.C.A.R.E.-. 2014, Pág. 20.

Ricardo (pediatra subespecialista en gastroenterología y endoscopia pediátrica), dijo no recordar mucho lo relacionado con Julián Andrés, pues usualmente está como gastroenterólogo en la clínica y lo atendió con posterioridad al insuceso; sobre la causa de la bradicardia manifestó «*no sabe con exactitud, supone que pudo ser una complicación del evento quirúrgico y de la anestesia, que muchas veces son ajenos al procedimiento, sino complicaciones que se pueden presentar en cualquier acto quirúrgico y de ahí el formato del Consentimiento que los familiares firman antes de la cirugía, precisamente por los potenciales riesgos que implica cualquier acto quirúrgico*» [fl. 92 Cd 4].

Jorge (pediatra) acudió como intensivista a apoyar la labor de reanimación del menor y su traslado a cuidados intensivos, concluye «*paciente crítico en razón de hallazgos neurológicos que orientan a posible lesión secuelar luego de probable evento asfíctico-hipoxémico, inherente a reanimación*» En su exposición examinó documentos anexados a aquel trámite, leyendo las maniobras que debieron surtir, entre las cuales mencionó, que «*se cambió el tubo urotraqueal por número 5 y confirmada entrada a pulmones se fijó en arcada 16*» [fl. 93 CD 4].¹²

Teresa (fisiatra) recuerda el caso, pero su conocimiento fue posterior a la cirugía, considerando que el pronóstico neurológico era malo. Al ser preguntada por la causa de la bradicardia extrema en el acto quirúrgico indicó, «*que no es posible para mí determinar la causa ya que no estuve en el acto*

¹² Frente a las actividades desplegadas en el proceso de reanimación del menor por estos profesionales, el doctor García indicó en su juramentada que «el apoyo de ellos fue la colocación de un catéter central femoral que se le colocó al paciente y la ayuda en cuanto a lo que es el masajes de los pacientes al paciente [video 20171211_2041 minuto 5.58].

operatorio, eso es competencia de los profesionales que estaban en ese momento en la sala de cirugía» [fl. 94 Cd 4].

Carmen (pediatra), atendió al paciente *«procedente de la UCI pediátrica, aproximadamente entre 20 días posoperatorio»*; recordó que era *«un paciente con unas secuelas neurológicas importantes que había estado sometido a un procedimiento quirúrgico, que había entrado en paro cardiaco intraoperatorio con necesidad de reanimación, no estuve en el momento de reanimación ni en el posoperatorio inmediato»*. Al ser interrogada sobre los protocolos de preparación prequirúrgica y los tiempos de ayuno manifestó, que *«a los pacientes pediátricos se les solicitan hemograma y tiempo de coagulación, sino tienen factores de riesgo adicional. Normalmente en los menores de 2 años se supe el ayuno con líquidos endovenosos dextrosados si van a ser sometidos a más de 6 horas de ayuno»* y cuando son mayores de 2 años el tiempo de ayuno es *«más o menos 8 horas, sin dextrosa que es el ayuno normal de un niño cuando se acuesta a dormir»* y, ante la pregunta de quién debe controlar eso dijo *«si no son valorados previamente por pediatría, el anestesiólogo y el cirujano tratante»* [fl. 96 Cd 4].

Igualmente se reseñaron en dicha providencia las *«versiones libres y espontáneas»* que en el curso de esa actuación rindieron los médicos Torres y García así:

Luis (ortopedista) narró la patología con la cual arribó el menor al centro hospitalario, la información suministrada a la madre; que se programó para la cirugía, pero no se pudo realizar por no estar este en ayunas y el día del procedimiento *«previa valoración y firma del consentimiento informado, dándose a conocer a la mamá del niño los riesgos y beneficios del procedimiento*

quirúrgico, dando paso al procedimiento es llevado a sala de cirugía en donde se realiza, bajo anestesia general el procedimiento de reducción quirúrgica de fractura de humero con fijación interna con clavos de Kirchner, durante el acto operatorio, una vez abierto el paciente, el médico anesthesiólogo, doctor Erick García, me informa que el niño está presentando una bradicardia severa y además presenta un paro respiratorio, por lo cual empiezan maniobras de reanimación cardiopulmonar con el acompañamiento de los intensivistas pediatras de la institución [...]»; expuso que lo sucedido se reportó a la madre del infante y el seguimiento postquirúrgico dado; «piensa que al procedimiento quirúrgico realizado se siguieron todos los parámetros existentes y no hubo complicación o situación ortopédica que hubiese influido en un daño secundario que hubiese ocasionado un daño neurológico o un daño adicional. Piensa que hubo una complicación intraoperatoria que tendría que determinarse a través del servicio de anestesiología [fl. 94 Cd principal 4].

Eduardo (anesthesiólogo), refirió que procedió «a analizar la historia clínica, mirar los paraclínicos que estén en orden y a interrogar a la madre preguntando sobre los antecedentes del niño en el cual fueron negados todos»; que se le informó lo relacionado con el acto quirúrgico y la anestesia durante el procedimiento y posterior al procedimiento, relata el acontecer propio de la anestesia que se dio desde el ingreso del crío al quirófano, estando en un comienzo hemodinámicamente estable, «casi al finalizar el procedimiento» éste presentó bradicardia, siendo manejado en dos oportunidades con Atropina y una con Adrenalina, posteriormente, en un nuevo episodio, no responde ni a masajes cardíacos ni a la adrenalina, «por lo que se desfibrila con 100 Joule, se coloca Adrenalina nuevamente, obteniendo frecuencia cardíaca de 140, se verifica ventilación del paciente todo el tiempo durante la cirugía con una capnografía adecuada, se pide Glucometría

arrojando una glicemia de 20 mg/dl se le coloca carga glucosa y se asiste con médicos pediatras de turno intensivistas y cardiólogos de turno, estabilizando todas las variables hemodinámicas en el paciente».

Declaró que, terminado ello se trasladó a UCI, «*aclarando [que] en el interrogatorio a la madre del niño JULIÁN ANDRÉS ALARCÓN el cual negó todos los antecedentes en el niño como eran las alergias, posterior a esto manifiesta que el niño es alérgico al huevo*»; considera «*como causa de la bradicardia extrema y paro cardiaco en los pacientes pediátricos, la hipoglicemia severa, como lo vemos en este paciente hizo una glicemia de 20 mg/dl el cual fue asistida con dextrosa obteniendo éxito en su administración, (adjunta literatura al respecto). Sobre ¿por qué este paciente tenía hipoglicemia cuando pasó este caso? dice que entre los paraclínicos a los pacientes pediátricos no se encuentra la glicemia como prequirúrgico. No hay forma de ver que el paciente estaba en hipoglucemia, se supone que no estaba en hipoglicemia porque dialogo con el niño antes*». Con relación al tiempo de ayuno indicó, que «*el niño está canalizado y es visto por pediatría, quien le administra los líquidos de mantenimiento*» [fl. 95 Cd 4].

Analizadas dichas exposiciones, la decisión determinó con contundencia, que «*el doctor Eduardo no hizo una evaluación preanestésica del paciente y aunque encontramos escritos de enfermería, en donde dice que es evaluado por el Anestesiólogo no encontramos notas de evolución preanestésica del anestesiólogo, no valoró el tiempo de ayuno del paciente, hecho que debe constar en la Historia Clínica donde no vemos ninguna orden ni evolución prequirúrgica*».

Otro aspecto importante que allí se dejó sentado fue, que «***En el paciente pediátrico, es necesario tener en cuenta el pequeño diámetro de la vía aérea distal, que puede provocar un***

aumento de la resistencia de la vía aérea causando un colapso. Para el manejo de la vía aérea pediátrica, hay que tener en cuenta la necesidad de administrar oxígeno, previo a una intubación rápida y analizando la historia clínica y la declaración jurada del doctor JORGE, hubo necesidad de cambiar el tubo orotraqueal, pasando de uno 4 a 5.5. mejorando la oxigenación del paciente» (se resalta) y, tras memorar el alcance del acto anestésico y la tasa de mortalidad derivada de este, sostuvo, que «[A]unque las lesiones o muertes relacionadas con la anestesia, son poco frecuentes, se utilizan medidas extraordinarias para reducir los riesgos al mínimo, entre los cuales podemos citar la cuidadosa valoración preoperatoria hecha, que faltó en este paciente por parte del anestesiólogo Eduardo, y la amplia monitorización intraoperatoria de los pacientes» [fl. 101 Cd 4].

En suma, el Tribunal de Ética censuró el proceder de los aquí enjuiciados «por no dedicar el tiempo suficiente para evaluar a su paciente y no escribir en la historia clínica los hallazgos preoperatorios, ni prevenir el riesgo quirúrgico de un infante en ayunas» (Luis), porque «no hizo una evaluación cuidadosa de su paciente, no anotó en la historia clínica los hallazgos preoperatorios, ni previno el riesgo anestésico» (Eduardo) [fl. 102 Cd 4]. Probanza que igualmente demerita la afirmación del doctor Iván sobre la realización de dicha valoración preanestésica y, correlativamente, respalda la inferencia del tribunal respecto de dicha omisión.

A su vez, el Tribunal Nacional de Ética Médica, al desatar el recurso de apelación que los investigados interpusieron contra la decisión sancionatoria que se adoptó en su contra, refutó los argumentos de la defensora indicando, que «Solo por su desconocimiento de los actos médicos puede explicarse la peregrina idea expresada por la recurrente, de una valoración pre-anestésica consistente en una conversación con la madre

*de un niño a quien se va a intervenir quirúrgicamente y que ha permanecido hospitalizado por más de 24 horas, con orden telefónica de ayuno cuyo cumplimiento por ninguna parte se aclara ni parece preocupar al anesthesiólogo y que éste además no registra en la historia clínica como es su deber. Queda evidente la falta contra el artículo 34 de la Ley 23 de 1981 y contra los artículos 3 y 4 de la resolución 1995 de 1999; pero también sigue sin desvirtuar falta contra el artículo 10 de la Ley 23 ya mencionada, porque **la conversación con la madre del paciente no equivale a valoración adecuada de su estado de salud, cuando iba a ser sometido al estrés de un procedimiento quirúrgico bajo anestesia general, conducta omisiva que desembocó en la complicación por hipoglucemia al final de la cirugía**». [fl. 108 Cd 4] (se resalta).*

Es dable sostener que, sin demeritar la particular apreciación que pueden tener los recurrentes, las declaraciones recepcionadas en aquella actuación, en especial las de los doctores Roberto y Carmen, carecen de la contundencia para acreditar el cumplimiento cabal por parte de los médicos encausados de los deberes propios de su especialidad, con aptitud para demeritar las inferencias del ad quem, ya que estos, de un lado conocieron el caso de Julián Andrés luego de las alteraciones que sufrió con ocasión del procedimiento quirúrgico realizado; y de otro, porque si bien la última da cuenta de los tiempos razonables de ayuno en un niño, también pone de presente que en los mayores de 2 años el tiempo es de más o menos de 8 horas, «*sin dextrosa*», lo que podría igualmente interpretarse en el sentido de que si es mayor debe ser con dextrosa, lo cual debía ser controlado previamente por el pediatra o el anesthesiólogo, pero no demuestran que esos controles,

efectivamente, se hicieron, conforme lo echó de menos el juzgador de segundo grado.

4.1.4. Los recurrentes extienden la crítica a **la historia clínica**, en la cual están las **notas de enfermería** [fls. 107 sgtes Cd principal parte 1], en las que se registró el **8 de noviembre** la toma de muestras de laboratorio, de signos vitales y a las 17:30 colocación de solución salina, que a las 19:45 «llamo por celular al Dr. Ortopedista Dr. Eduardo»; (sic); el **9 de noviembre** se dejaron, entre otras, las anotaciones de las **10:00 am** referente a «valorado por ortopedista Dr Luis quien ordena dieta líquida ahora + tarde nada vía oral porque se va a llevar a cgía a las **6 pm**», que a las «11:00» le fue dada la alimentación; que a las **18:40** se «trasladó a sala de cirugía, despierto, consciente, orientado, [...] con solución salinas a 20 cc sube con hc [...] + sobre laboratorios, cr rx de tórax, férula de yesos miembro superior derecho [...]», y a las **19:30** que el «paciente suspendido por no tener ayuno. Paciente cx en hab. Doctor Luis y Dr. Eduardo (ortopedia y anestesia) informan a la familiar», sin que aparezca anotación del suministro de más alimentos ese día, en tanto dentro de las órdenes médicas quedó asentada la referida a «nada vía oral», por disposición del médico general Alonso.

El **10 de noviembre** a las 7:00 se anotó «recibo en sala de observación sentado en la silla en compañía de la mamá despierto consciente orientado con solución salina normal...»; a las **8:30** se dejó la atestación que el doctor Luis se comunicó vía telefónica, indicando que no se podría realizar la cirugía en horas de la mañana, «pero que se le dé dieta y **luego ayuno de seis horas** para entrarlo a Cx a las 19:00» recibiendo la dieta ordenada a las **9:15**;

a las **19:00 horas** el paciente se encuentra «despierto solución salina normal en dorso mano izquierda, férula yeso en brazo derecho pendiente cirugía» [fl. 110 idem], como expresamente se dejó atestado en las notas de enfermería.

52

No Historia 206126
 Nombre Ana Alvarado
 Ter Apellido 2do Apellido
 Cama EPS Parto ()

ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE
 APUNTES DE ENFERMERIA

FECHA	APUNTES DE ENFERMERIA	Turno Enfermera O Auxiliar
11-10-10	Despierto, fonta de codo con brazo derecho con espesa de cuerpo quirúrgico en cirugía.	Monte
7:00	Recibo en sala de observación sentado en la silla en compañía de la mamá despierto consciente orientado con solución salina normal en dorso mano izquierda a zoclerol férula de yeso en brazo derecho pendiente cirugía. Tem 37°C FC 84x' R20x'	
8:00	Se llama al Dr. Torres ortopedista de comuna al 3157179002 no responde se le deja mensaje informándole la cx.	
8:20	El Dr. Torres se comunica en la clínica e informa que en las horas de la mañana no puede realizar la cx pero que se le da dieta o luego alguno de sus hijos para entrar a la cx a las 19:00. Se le informa a la madre del paciente se informa a la jefe de enfermería para información.	
9:15	Recibe dieta 10cc. uo.	
10:00	Recibe dieta ordenada.	
11:00	Acostado en compañía de la mamá elimina espontáneo.	
12:00	Se observa despierto tranquilo	
13:00	En espera de la cirugía	
14:00	Tem 36°C FC 88x' R22x'	
15:00	Elimina espontáneo 150cc.	
16:00	En compañía del familiar	
17:00	Despierto no presenta cambios	
18:00	Pendiente cirugía.	

Pag (3)
(5)

Estos registros no concuerdan con lo dicho por el Doctor Eduardo en su interrogatorio, referente a que «el tema del ayuno fue manejado de la forma como se maneja en cirugía con las 8 horas de ayuno porque el niño almorzó a la 1 de la tarde promedio y a las 7 de la noche fue intervenido quirúrgicamente o sea tenía 6 7 horas de ayuno» [video 20171211_2041 minuto 1.18], pues las reglas de la experiencia dicen que las personas usualmente no almuerzan a las 9 de la mañana. Y, si, según la presunción de veracidad que tienen dichas notas de enfermería, Julián

Andrés recibió esa alimentación a las 9:15, ayunando desde ese momento hasta las 20:15 cuando se le hace inducción de anestesia para realizar la cirugía, habiendo pasado casi 12 horas, no sufre mengua el respaldo de la apreciación del *ad quem*, en cuanto a la ocurrencia de un ayuno prolongado.

Ello, a más que ratifica que realmente no se tuvo un debido seguimiento sobre las condiciones del menor, pues el recibo de dieta a las 13.00 horas se dio fue el día anterior -9 noviembre 2010- significa, que la ingesta de alimentos el día previo fue baja y el ayuno del día del procedimiento superior al ordenado por el ortopedista, excediendo el «*adecuado*» de 8 horas que refirieron el médico Iván y la doctora Carmen, circunstancia que no merma la inferencia del fallador respecto de la omisión del deber de los galenos encargados de su atención de realizar un control adecuado, tanto de su estado actual, mediante auscultación física, como de los líquidos, para constatar que los que le se estuvieran administrando (solución salina «*a 20 cc hora*»), por la edad, condición, antecedentes del pequeño y su estadía prolongada en el servicio de urgencias, fueran suficientes e idóneos para prevenir una hipoglucemia que, según indicaron los ilustrados, es una de las causas de la bradicardia severa como la que aquí se presentó, y que arrojó el resultado neurológico nefasto que motiva la presente reclamación.

Es indiscutible que las notas de enfermería registran a las 17:30 del 9 de noviembre de 2010 suministro de solución salina; que el 10 de noviembre nuevamente el paciente se encuentra «*con solución salina normal*», reiterando las auxiliares

del turno de 7 pm a 7 am que a las 19.00 lo reciben «*canalizado en dorso de la mano izquierda pasando ss*», pero ello no aparece que los médicos tratantes hubieran realizado como correspondía el control de líquidos necesario para constatar ese suministro, pero sobre todo la condición del paciente previa a la realización del procedimiento, teniendo en cuenta que el tiempo de ayuno fue superior al inicialmente dispuesto por el ortopedista tratante y que no todo líquido endovenoso resulta idóneo para esa preparación, debido a sus particulares composiciones químicas, a lo que debe agregarse que frente al cuestionamiento de la permanencia constante del suministro de estos la madre sostuvo, que fue desde un «*momento antes, que me acuerdo que es un médico chinito, él me dijo vamos a prepararlo porque va para cirugía, **pero que todo el día estuvo con líquido no***» (se resalta).

Obsérvese, también que en punto de la valoración preanestésica, esas notas de enfermería escasamente refieren a las 20:00 horas la recepción del paciente «*proveniente de urgencia en compañía de familia, auxiliar de enfermería [...] madre niega alergias*» y a las 20:08 «*ingresa a quirófano #4 paciente [...] tranquilo, consciente es valorado por el anestesiólogo Dr García*», pero esto no prueba el cumplimiento de los protocolos para su adecuada realización, más aún cuando dicha nota no supe el registro propio de la especialidad que exigen las normas, lo que respalda lo indicado por el Tribunal de Ética Médica y lo inferido por el *ad quem* en cuanto a su omisión.

Sea del caso señalar, que las anotaciones que hagan los profesionales de enfermería no sustituyen los registros que

corresponden a los médicos tratantes, toda vez que los realizados por aquellos constituyen una obligación propia y autónoma que les impone la ley 911 de 5 de octubre 2004, por la cual se dictan disposiciones en materia de responsabilidad deontológica para el ejercicio de la profesión de Enfermería en Colombia y se dictan otras disposiciones, que referida a las responsabilidades de estos en su artículo 35 señala, que *«Entiéndase por registro de enfermería los documentos específicos que hacen parte de la historia clínica, en los cuales se describe cronológicamente la situación, evolución y seguimiento del estado de salud e intervenciones de promoción de la vida, prevención de la enfermedad, tratamiento y rehabilitación que **el profesional de enfermería** brinda a los sujetos de cuidado, a la familia y a la comunidad»*.

De tal suerte, que lo que ellos consignan en la historia clínica corresponden a sus propias actuaciones y a lo que eventualmente acontece en su interrelación con los distintos intervinientes en la atención del paciente, lo cual en todo caso no exonera a estos del deber de realizar los registros que sean de su cargo, como es el que se le impone al anestesiólogo, so pena de hacerse acreedores de las consecuencias que se dicha omisión pudiera derivarse.

4.1.4.1. La descalificación del ejercicio valorativo del tribunal de la historia clínica también involucra los registros de **«evolución médica»** [fl. 68 cd principal 1 parte 2], cuyo contenido refleja que el **8 de noviembre** a las 21:30 el menor es revisado por ortopedia, ordenando la hospitalización, analgésicos, Rx y laboratorios; así como el procedimiento a

seguir [fls. 68, 69 Cd ppal. 1 parte 2]; **el 9 de noviembre** de 2010 la misma especialidad registró «*examen físico pte consciente activo reactivo mucosa oral húmeda ruidos cardiacos rítmicos sin soplo pulmones normales abdomen blando depresible no dolor eprist ext con inmovilización de brazo derecho sns normal*»; a las **7:40 p.m.** quedó la atestación de que «*no se puede realizar procedimiento quirúrgico ya que no está en ayuno se reprograma pte*» [fl. 70 Cd principal 1 parte 2] Y del suministro de «SSN X 500 CC...» [F. 72 ídem].

Las restantes notas de evolución médica, que aparecen a partir del folio 159 del cuaderno principal parte 1 contienen apuntes que corresponden a eventos posteriores al acto quirúrgico que aquí se cuestiona, y en las obrantes a folios 63 y siguientes del cuaderno principal parte 2 aparece lo que corresponde a ortopedia, incluido lo atinente a la suspensión dispuesta por el doctor Luis [fl. 70], el ingreso a la unidad de cuidados intensivos y manejo posterior y del «*servicio de terapia física y terapia respiratoria*», que en nada controvierten la ocurrencia de las falencias preoperatorias advertidas por el tribunal.

Está igualmente la descripción quirúrgica del ortopedista Luis, que detalla la iniciación del procedimiento el **10 de noviembre** a las 8:00 pm y cierre del 9:40 pm, dejándose anotada la utilización de anestesia general inhalatoria, así como la ocurrencia de «*complicación intraoperatoria al finalizar procedimiento quirúrgico bradicardia extrema que requirió maniobras de reanimación cardiopulmonar en sala operatoria*» [fl. 144 Cd principal parte 3].

4.1.4.2. Ahora bien, conforman igualmente esa historia clínica -que se dice mal apreciada- **los laboratorios** realizados el 9 de noviembre de 2010 [fl. 197 Cd principal parte 3], en los que, valga decir, no se incluyó el de glucosa y se dijo que este no era indispensable.

Sin embargo, no puede soslayar la Sala que con ocasión a lo ocurrido el día del procedimiento, con posterioridad este sí se incluyó, arrojando los siguientes resultados: 11 de noviembre **220** (hora 2.00) [fls. 41 Cd 1 parte 2]; tiempo más tarde (11:09) **94**; 12 de noviembre **130** [fl. 35 C1 parte 2]; 13 de noviembre **109** [fl. 34 Cd 1 parte 2]; 17 de noviembre **137** [fl. 32 Cd 1 parte 2], cuando según se destaca en esos resultados los «*Tipos de referencia hasta 5 años*» oscilan entre «**50-100**», lo cual parece mostrar cierta inestabilidad o alteración en los parámetros que maneja Julián Andrés, que obliga a mirar hacia atrás para cuestionar cómo eran esos niveles previo al procedimiento y que refuerzan la importancia que en este caso revestía una concienzuda valoración prequirúrgica y preanestésica que permitieran establecer las verdaderas condiciones del menor al momento de iniciar la cirugía, lo cual permite justificar la conclusión del tribunal al haber inferido que esto no se dio.

4.1.4.3. La EPS Z, conforme se ordenó en las instancias, allegó copia auténtica de la historia clínica N° 53882106 del infante [fls. 120-123 Cd 4], en la que se advierte atención médica, del 15 de octubre de 2010, esto es, 24 días anteriores al accidente, acudiendo la madre a consulta por «*bajo peso, vómito, y dolor en el cuerpo y cefalea hace 15 días*», alcanzando

en ese momento los 20 kg de peso y al examen físico «*NARIZ Anormal - Voz nasal rinorrea amarilla hipertrofia de cornetes bilateral*», además, «*GARGANTA - Anormal Hipertrofia de Amígdalas*» (sic) con «*IMPRESIÓN DIAGNÓSTICA Niño con factores de riesgo*» y diagnóstico de «*Hipertrofia de las Amígdalas con Hipertrofia de las Adenoides*».

Es decir, días antes del insuceso, el menor estuvo en controles médicos por problemas respiratorios, vómitos y cefalea, y aunque los expertos indicaron que la dificultad de los adenoides no tiene incidencia alguna con lo ocurrido, no se puede pasar por alto que esos registros médicos dan fe que por los diversos diagnósticos que venía presentando era un «*niño con factores de riesgo*» [fl. 67 Cd ppal. 1 parte 1], pues ante lo inusual de los ronquidos y apneas a esa temprana edad presagian una dificultad de ventilación, que por lo menos justificaban, aún más, la necesidad de realizar esa auscultación física, que no se advierte de las mentadas anotaciones de enfermería o de evolución médica, ni en parte alguna de la historia clínica, lo cual antes que desvirtuar respaldan las inferencias del tribunal, relacionada con la incidencia que las omisiones advertidas pudieron tener en el resultado dañoso del acto médico.

Inferencia que cobra relevancia cuando en la revisión del *dossier* se halla una evidencia con entidad suficiente de servir como hecho indicador de que la valoración pre anestésica -para minimizar los riesgos de morbilidad y percances derivados del acto anestésico- no se realizó conforme imponen los protocolos, como es el formulario de la

«*consulta preanestésica*» con el nombre de Julián Andrés, con fecha de 10 de noviembre de 2010, pero que está **en blanco**, en especial el aparte del «*examen físico*» allí previsto [fl. 214 del cuaderno 2], sin que esto pueda considerarse cumplido con unas cuantas preguntas que se asegura se le hicieron a la madre, ni con la nota de enfermería, o con el registro anestésico diligenciado durante el procedimiento, que es igualmente obligatorio [fl. 215 Cd 2], más aún cuando la madre María en su interrogatorio sostuvo frente a su realización que «*no que yo me acuerde a mi hijo no lo valoraron, yo lo llevé directamente a cirugía*» [video 20170809_1036 minuto 58:41] y preguntada, entonces, sobre la persona que se dice respondió las preguntas del anesthesiólogo indicó «*nada ni yo hablé nada con él yo se lo entregué el día de que lo entregué y ya él no ha hablado nada conmigo*» [video ídem minuto 59:01. Probanza que al hacer parte de la historia clínica se presume auténtica y que, por demás, no se incluyó dentro del reproche de valoración que soporta la censura casacional.

4.1.4.4. El resto de las piezas de la historia clínica lo que evidencian es la persistencia de las lamentables condiciones neurosensoriales del menor que afectan su vida y la de sus familiares, cuyo pronóstico de mejoramiento es muy precario, como se advierte de los informes que emite la Unidad Integral de Rehabilitación Física - UNIRFI, [visibles a fls 1-51 Cd Ppal. 1 parte 4], así como las dificultades que han tenido que afrontar los padres para lograr la prestación de los servicios médico asistenciales, particularmente frente a la EPS Z S.A., obligándolos a acudir a acciones de amparo en defensa de los derechos del infante y a diversos órganos de control con idéntico fin [documental que obra fls 52- 199 del Cd ppal. 1 parte 4].

4.1.4.5. Caen al vacío los reproches que se hicieron frente al análisis de la historia clínica, pues en su revisión se otea el desacato a las reglas que gobiernan su diligenciamiento, que imponen al personal de salud el registro en orden cronológico e integral de lo todo lo acaecido con la evolución del paciente. Y, en ésta no aparecen las anotaciones que acrediten el adecuado suministro de alimentos con una antelación de 8 horas, como aseguró el doctor Eduardo en su juramentada, ni del control de líquidos de sostenimiento necesarios, ora de haberse realizado la valoración prequirúrgica, incluida la preanestésica, que permitieran establecer debidamente las particulares condiciones físicas de Julián Andrés para enfrentar el stress de una cirugía sometido a anestesia general.

4.2. El doctor Eduardo adujo en su defensa la presunta existencia de una reacción alérgica del menor como un hecho imprevisible, debido a que no fue advertida oportunamente por la madre, pero acontece, que desde el ingreso a urgencias se dejó anotado en la historia clínica la negativa de existencia estas [fl. 53 Cd ppal. 1 parte 3], lo que fue reiterado por la progenitora al momento del ingreso a quirófano, como antes se vio, e incluso, en la juramentada que ésta rindió al preguntársele si Julián Andrés tenía alguna alergia dijo que no¹³ [video 20170809-1036 minuto 25:56], reiterando más adelante, que «no, eso me sorprendió a mí, cuando yo leí lo de ética médica que declara el anesthesiólogo, mi hijo nunca ha sufrido, incluso mi hijo es la hora y come

¹³ Incluso, la madre manifestó, que se le habían colocado hasta ese momento todo el esquema de vacunación obligatorio para los infantes, incluida la de refuerzo de los cinco años [video 20170809_1036 minuto 26.25].

huevo [...] que ese día yo salí llorando allá de ética médica yo dije le decía a la que me atendió eso es un embuste cómo va a decir él que mi hijo y que alérgico al huevo si mi hijo incluso está así y yo le hago desayuno huevo» [video ibidem minuto 1.07.29].

Pese a la manifestación del facultativo, quien más allá de decir en su interrogatorio que lo escuchó del personal cuando iba a visitarlo posteriormente a la UCI [video ibidem minuto 16:17] y en los seguimientos posteriores que se le hicieron, no arrió prueba científica alguna que demostrara su existencia, que permitiera pregonar que la complicación sufrida -bradicardia severa- obedeció a una reacción alérgica al medicamento utilizado para el acto anestésico y no por causa de la hipoglucemia que presentó y que fue manejada por los intensivistas que acudieron a apoyar el proceso de reanimación.

A esto se suma que, precisamente, los intensivistas que asistieron en esa reanimación advirtieron la necesidad de cambiar el tubo de ventilación que había instalado el doctor García del número 4 a uno 5.5., lo que facilitó al infante una mejor respiración, lo cual, de suyo, permitiría presumir que se hizo una elección inadecuada del inicialmente utilizado con incidencia en la estabilidad respiratoria del menor.

No puede soslayar la Sala, que el doctor Eduardo al rendir su declaración ante el juzgador de instancia fue consciente de la obligatoriedad de la realización de la valoración preanestésica como parte del protocolo institucional para los pacientes que serían sometidos a

cirugías [video 20171114_0921 minuto 04:29], indicando que ello se cumplió con Julián Andrés, lo que fue controvertido por la madre del infante, quien dijo que ello no se hizo; infirmación que puede considerarse ratificada con el formulario que de dicha valoración sin diligenciar obra en el expediente, cobrando fuerza entonces la conclusión que al respecto prohió el tribunal.

Tampoco, que según el propio profesional, para el momento de los hechos su experiencia como anesthesiólogo era incipiente, pues sólo tenía «ocho (8) meses» de haberse graduado de la especialidad [minuto 14.00 video 20171114_0921] y aun cuando trató de justificar alguna adicional con el hecho de que su “*padre también era anesthesiólogo*” y trabajaba con él [video ídem minuto 14:34], ello resulta inadmisibile a la luz de la ley 6 de 1991, pues según su artículo 1º «*El médico especializado en anesthesiología y reanimación es el autorizado para el manejo y práctica de esta especialidad*», carácter que solo se obtiene con la titulación y según el 2º el ejercicio de la especialidad sólo es posible a los profesionales que hubieren «*adquirido o adquiera el título en medicina y cirugía de acuerdo con las leyes colombianas y que haya realizado posteriormente su entrenamiento en un programa de anesthesiología en un hospital universitario o adscrito a una universidad debidamente aprobado y reconocido por los organismos competentes del Gobierno Nacional*» o bien «*El médico cirujano que se encuentre realizando su entrenamiento en anesthesiología, dentro de un programa aprobado por el Gobierno Nacional y respaldado, autorizado y supervisado por el centro universitario y/o la facultad de medicina correspondiente*», lo que descarta cualquier práctica por fuera de esos límites.

4.3. De acuerdo con lo reseñado emerge palmaria la ausencia de demostración de un yerro evidente y trascendente en el ejercicio valorativo del tribunal, en cuanto estimó acreditados los presupuestos de la responsabilidad demandada.

Se afirma esto, porque el colegiado de segundo grado para inferir la responsabilidad deprecada determinó que de la valoración conjunta del material demostrativo incorporado, quedó evidenciada la concurrencia de las siguientes falencias (i) incumplimiento de los protocolos para la valoración prequirúrgica; (ii) no tuvieron en cuenta el tiempo de ayuno; (iii) falta de control de líquidos; (iv) no se dejó constancia de la evaluación preanestésica, ni hallazgos clínicos preoperatorios en la historia clínica (v) no se hizo auscultación física del infante. Aspectos propios de la falta de diligencia de los profesionales que lo atendieron, en especial en la valoración preanestésica que repercutió en las resultas del acto quirúrgico al que fue sometido el menor.

No se discute que el acto quirúrgico era el procedimiento requerido para el manejo de la lesión que afectó el codo del menor, conforme se dispuso por el médico ortopedista, y que el mismo se realizó atendiendo las pautas de esa precisa especialidad. Empero, en su realización ocurrió una contingencia con resultados funestos para el paciente, que a juicio del *ad quem* fue derivado de un proceder negligente de los encargados de su realización, por las omisiones evidenciadas en el manejo preoperatorio, según se puso de relieve con antelación.

Valga anotar, que pese a los avances que día a día tiene la ciencia médica, su estado actual impone el respeto irrestricto de las normas fijadas para el ejercicio de la profesión, pues con ello se minimizan las resultas negativas y, sobre todo, las cifras de morbilidad derivadas de fallas en su desempeño lo que, según muestran las probanzas, en el *sub examine* no se satisfizo.

4.4. Y no se diga que el hecho de que para la realización de un procedimiento quirúrgico se firma por el paciente o su responsable el consentimiento informado, que da cuenta de haber recibido la información completa y clara del acto al que será sometido y eventuales complicaciones que pudieran presentarse con ocasión de este, basta para eximir de toda responsabilidad a los médicos que intervienen en su realización, porque si bien es irrefutable que todo procedimiento quirúrgico lleva inmersa la posibilidad de que en su desarrollo o posterior a él se presenten complicaciones y hasta la muerte, debido a múltiples factores, su signatura no constituye una patente de corzo para que los profesionales de la salud omitan, sin más, los deberes que la *lex artis* les imponen, como es la debida valoración prequirúrgica y preanestésica y que, correlativamente, el paciente y/o sus familiares tengan que asumir las consecuencias adversas que tales omisiones pueden acarrear, mucho menos, tiene la virtualidad de eximir a aquellos de responsabilidad avalando un proceder negligente, culposo o hasta doloso.

4.4.1. En el litigio examinado, ese consentimiento informado que suscribió la señora María como representante del menor Julián Andrés se dejó plasmado, que se le dio información íntegra del procedimiento, *«incluyendo los anestésicos que ha decidido utilizar el anesthesiólogo, se pueden presentar diversas reacciones adversas no deseadas y/o complicaciones que están previstas en la Literatura Médica y que entre estas, se encuentran las que se relacionan más adelante, aceptando que según informe del Médico -Tratante, son las más comunes que figuran en la literatura médica y en los protocolos médicos, más no son las únicas que se pueden presentar y entre ellas, las siguientes 3-a) (sic) Hematoma infección consolidación viciosa o defectuosa de fractura, embolismo pulmonar»* [fls 30-31 Cd 3- pdf 004].

Como se ve, en el *sub lite* la complejidad del asunto no contemplaba, en línea de principio, resultas como las que finalmente se dieron, cuya causa no fue una reacción alérgica - aun cuando está contemplada como probable- sino fruto de una bradicardia severa, derivada de un cuadro de hipoglucemia posiblemente previsible con un adecuado control del estado del paciente y de los líquidos de soporte que, según antes se apuntó, no se realizó por parte de los médicos tratantes, y sobre todo con una valoración preanestésica que incluyera su auscultación física que igualmente fue omitida.

Omisiones que, si se quiere, van en contra del alcance de la autorización dada en aquel consentimiento, puesto que allí claramente se previó que, tanto cirujano como anesthesiólogo estaban autorizados *«para que inicien y lleven hasta su terminación, todos los actos procedimientos y demás que **conforme a los Protocolos Médicos y la Literatura Médica, se requieren para***

la realización integral del procedimiento quirúrgico» (se resalta) y los protocolos, como se ha indicado de forma reiterada, imponen la valoración prequirúrgica del paciente y que en la valoración preanestésica se haga su auscultación física, en esencia, que los facultativos en general adopten controles que minimicen los riesgos.

4.5. Lo reseñado, habilitaba al tribunal para concluir como lo hizo que en la atención de Julián Andrés los médicos convocados a la lid desacataron los artículos 10 y 34 de la ley 23 de 1981 y 3 y 4 de la Resolución 1995 de 1999, pues tal como lo coligió la autoridad ética que investigó en aquel escenario su proceder, no se dedicó al paciente *«el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente»*. Es que no se infirmó como corresponde en casación, que se omitió el deber de realizar una adecuada valoración preanestésica, amén que no existe prueba idónea que dé cuenta de su realización, mucho menos, del examen físico que en este se impone, cuyo registro en la historia clínica es obligatorio una vez se realiza y su atestación carga del médico especialista.

5. Se itera, la valoración conjunta del material demostrativo arrimado al plenario, dentro del cual aparecen algunas de las mencionadas en esta decisión y que no fueron controvertidas por el recurrente, apoyan las inferencias que obtuvo el colegiado de segundo grado, permitiendo a esta Sala asegurar que la apreciación hecha no luce caprichosa o antojadiza, alejada de la realidad procesal, absurda, o sin

justificación, mucho menos, que el entendimiento que expone el recurrente resulte el único que del material emerge, con incidencia en la manera en que se zanjó el debate, generando la trasgresión de las disposiciones sustanciales. Por el contrario, lo que se avizora es el descontento del libelista con la apreciación que de ellos realizó el sentenciador de segundo grado, sin satisfacer la carga de desvirtuar la presunción de legalidad y acierto con que arrió el asunto a esta Corporación que justifique la intromisión de la Corte.

Obsérvese, que aunque el censor hizo una breve descripción de algunas respuestas dadas por los peritos en los cuestionarios que absolvieron y en la sustentación de sus trabajos ante los jueces de instancia, así como el dicho de algunos de los testigos y la suya propia rendidas en la investigación ante el Tribunal de Ética Médica, y la transcripción de algunas notas de la historia clínica con ello no enfiló sus esfuerzos a derribar las consideraciones que determinaron el sentido de la decisión combatida, tan solo hizo notoria su desaprobación frente al examen que de ellas desplegó el Tribunal, pretendiendo imponer una valoración alternativa de aquellas versiones y, con ello, abandonó el quehacer de contrastar esa particular visión con la apreciación realizada por el colegiado, a fin de demostrar el protuberante y trascendente «*error de hecho*», de donde se infiere que, en verdad, su descontento tiene como punto de mira las conclusiones del enjuiciador sobre esas probanzas, a las cuales hace frente con su propio ejercicio de estimación probatoria.

Ha sido reiterativa esta Corte al señalar, que la sola discrepancia del casacionista con lo inferido por el juzgador es insuficiente para quebrar la sentencia, ya que la propia Constitución confiere a los jueces plena autonomía para resolver los asuntos sometidos a su consideración, amen que *«el juzgador de instancia, con sujeción a los aspectos objetivos y jurídicos de los medios de prueba, tiene la clara atribución de estimarlos conforme a las reglas de la sana crítica y arribar a las conclusiones pertinentes que sustenten el correspondiente fallo. Por esta razón en principio, tales conclusiones deberán mantenerse, a menos que el sentenciador hubiese incurrido en error evidente de hecho o en error de derecho trascendente, para quebrar el fallo atacado»*¹⁴. Y, en ese orden, la doble presunción de legalidad y acierto con las cuales arrima el proveído *«no se puede socavar mediante una argumentación que se limite a esbozar un nuevo parecer, por ponderado o refinado que sea, toda vez que, in abstracto, tanto respeto le merece a la Sala el criterio que en esos términos exponga la censura, como el que explicitó el fallador para soportar su decisión judicial»* (CSJ SC de 5 de feb. de 2001, Exp. n.º 5811).

Y es que preciso es insistir en que el recurso de casación no constituye una instancia adicional de los juicios en el cual el impugnante pueda persistir en el debate del *factum* del litigio, puesto que este no concierne al aspecto fáctico de la controversia judicial (*thema decidendum*), pues su objetivo es la legalidad de la decisión impugnada como (*thema decissus*) para establecer la existencia o no de los yerros expresamente

¹⁴ CSJ SC de 10 de dic. de 1999, Exp. 5277, reiterada SC de 19 de sept. de 2006, Exp. 1999-00633-01 y SC2768-2019, de 25 de jul. de 2019, Rad 2010-00205-03.

denunciados por la censura que habiliten el quiebre de la sentencia proferida

Significa esto, que cualquier razonamiento dirigido a que se vuelva a examinar la situación fáctica, por mostrar el casacionista una simple discordancia ante la reflexión crítica del fallador, resulta estéril si no se deja al descubierto la magnitud y trascendencia del desacierto que se produjo al apreciar los medios suasivos en los que se basó la decisión, por lo cual la Corte ha insistido en que *«si en la impugnación se presenta simplemente un ejercicio de ponderación probatoria diferente, la Corte no tiene alternativa distinta a la de atender la valoración del juzgador, en virtud de la doble presunción de legalidad y acierto de que está revestida su sentencia, lo que impone que sus conclusiones en torno del examen de los elementos fácticos son, en principio, intocables, salvo la demostración del inocultable yerro apreciativo»* (CSJ SC876-2018, Rad.2012-00624-01).

A lo indicado se suma, que al no ser el recurso de casación una tercera instancia, en la que se pueda reabrir el debate probatorio, es insuficiente para quebrar la sentencia que el casacionista se limite a relacionar algunas pruebas y exponer su propia versión sobre lo que considera de ellas emerge, amen que esta senda extraordinaria no está concebida para definir cuál es la única y correcta interpretación de determinada probanza, mucho menos, ante la posibilidad de que de un determinado medio de prueba sea posible la concurrencia de diversas conclusiones fácticas, pues dada la presunción de legalidad de acierto conque arriba la decisión a esta sede deviene imperativa *«la necesidad de respetar la valoración de las pruebas que hacen los jueces de*

instancia, porque sería insostenible que sólo el juez de la casación tuviera el monopolio de la razón a la hora de elucidar el recto entendimiento de las pruebas allegadas» (CSJ SC de 15 de abr. de 2011 (Rad. 2006-0039). Debiendo entonces el casacionista demostrar por qué la hermenéutica acogida por la colegiatura es abiertamente equivocada o contraevidente.

Acorde con esto, de vieja data esta Corte ha indicado que

«(...) en cuanto a la apreciación de las pruebas por parte del sentenciador de instancia, ha de respetarse por norma la autonomía con que cuenta de acuerdo con la ley para formarse su propia convicción sobre la configuración fáctica del asunto litigado, habida consideración que la facultad de la Corte frente a un recurso que haga uso de esta vía es, por principio, la de velar por la recta inteligencia y la debida aplicación de las leyes sustanciales, no así la de revisar una vez más y con absoluta discreción, todas las cuestiones de hecho y de derecho ventiladas en las instancias, razón por la cual esta Corporación, situada en el plano del que viene hablándose, "... ha de recibir la cuestión fáctica tal como ella se encuentre definida en el fallo sujeto al recurso extraordinario..." (G. J. t. CXXX, pág. 63), descalificando en consecuencia aquellos recursos que cual ocurre con el que viene examinándose, se estructuran sobre la base de planteamientos que tienden a disentir, en simple contraste de pareceres, del criterio empleado por el Tribunal en lo que respecta a la elección y valoración de las pruebas que en realidad pesan y tienen por ello influencia decisoria, olvidando justamente que elegir los medios demostrativos con arreglo al sentido jurídico general de la causa y observando naturalmente las normas de disciplina probatoria pertinentes, así como también el atribuirles a dichos medios, según los dictados de la sana crítica, la jerarquía correspondiente dentro del conjunto de las acumuladas y que hay lugar a evaluar, son facultades que les competen de manera privativa a los juzgadores de instancia» (subrayas de la Sala) (CSJ, SC 22 may. 1998, exp. 4996, reiterada AC866-2024 de 9 de abr. Rad. 2012-00098-01).

6. Consecuente con lo anterior, al desatender los recurrentes la carga que se le impone a quien acude a esta senda extraordinaria de demostrar la ocurrencia de un error evidente y trascendente, con incidencia en la forma en que desató la disputa, respetando la autonomía que en ese ejercicio valorativo confieren la Constitución y la ley a los jueces deviene infértil el cargo examinado.

VI. DEMANDA DE CASACIÓN DE SEGUROS X S.A.

CARGO SEGUNDO

Invocando la causal tercera del artículo 336 del Código General del Proceso, pregonó la incongruencia de la sentencia por la ausencia de pronunciamiento del tribunal en relación con las excepciones de mérito que formuló en la contestación del llamamiento en garantía y que *«debían ser objeto de resolución expresa»*.

La crítica destacó los hechos que soportaron su oposición, tendientes a desvirtuar la ocurrencia del siniestro y el nacimiento de la obligación reparatoria a cargo de EPS Z, así como los que se enfilaron para soportar la ausencia de cobertura de los perjuicios morales, destacando que *«aunque la pretensión de regreso formulada por la EPS prosperó, en la parte considerativa de la sentencia no se hizo ninguna disertación respecto de las mencionadas excepciones de Seguros X, mucho menos en la parte resolutive, en la que ni siquiera se declararon no probadas las excepciones en comento, lo cual era obligatorio al tenor del artículo 282, inciso tercero, del Código General del Proceso»*.

Aseguró que el error cometido por el tribunal es trascendental, dadas las condiciones generales del contrato de seguro que soportó el llamamiento, en virtud de las cuales el riesgo amparado *«únicamente tendría lugar cuando el acto médico fuera prestado “indebidamente” como “consecuencia directa” de una falla en la gestión de la EPS asegurada. Es decir, debía estar suficientemente demostrado en el proceso que la EPS asegurada incurrió en una gestión inadecuada durante los procesos de administración, prevención, evaluación y control de los riesgos propios de la prestación de servicios de salud y que, como consecuencia directa de ello, fue prestado indebidamente el acto médico causante del perjuicio»*, sin que en el proceso fuera acreditada esa falla en la gestión de la asegurada *«tampoco una relación causal entre el daño y su actuar»*.

En la misma línea cuestionó la falta de análisis de la excepción, concerniente a la exclusión de cobertura de los perjuicios morales, lo que impedía que la aseguradora fuera condenada al pago de estos, al tratarse de un riesgo expresamente excluido.

CONSIDERACIONES

1. Por sabido se tiene que en el trámite del recurso de casación las sentencias pueden ser controvertidas por errores *in iudicando* o *in procedendo*, estando entre estos últimos *«No estar la sentencia en consonancia con los hechos, con las pretensiones de la demanda, o con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio»*, consagrado en el numeral 3 del artículo 336 del Código General del Proceso.

En torno a este motivo de impugnación se ha dicho que constituye un quebranto de las formas esenciales del procedimiento, el cual se materializa cuando la sentencia decide sobre puntos ajenos a la controversia; deja de resolver los temas objeto de la litis; realiza una condena más allá de lo pretendido; o no se pronuncia sobre alguna de las excepciones de mérito, cuando es del caso hacerlo, esto es, dicha trasgresión se presenta cuando

el juzgador decide el [juicio] por fuera de las pretensiones o excepciones probadas en el caso (extra petita), o más allá de lo pedido (ultra petita), o cercenando lo que fue objeto de alegación y demostración (citra petita). También se configura cuando la sentencia no guarda correlación con las ‘afirmaciones formuladas por las partes’, puesto que es obvio que el juez no puede hacer mérito de un hecho que no haya sido afirmado por ninguna de ellas. Y se ha reconocido, asimismo, que la incongruencia como causal de casación se da en los eventos en los que se presenta ‘una desviación del tema que fue objeto de la pretensión deducida en la sustentación del recurso (AC280-2021, 8 feb., rad. 2013-00031-02, reiterado AC5521-2022 de 15 dic. rad. 2020-00017-01).

La razón de ser de este reparo descansa en que el proceso civil contiene una relación jurídico–procesal, en virtud de la cual, la actividad de las partes y el campo de decisión del juez quedan vinculados a los términos de la demanda y su contestación, como bien lo determina el artículo 281 del Código General del Proceso, que al demarcar la facultad jurisdiccional del fallados indica que:

(...) la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla y con las excepciones

que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley... No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en ésta (...).

Conforme a dicho postulado esta Corte tiene dicho, que

(...) los hechos y las pretensiones de la demanda, y las excepciones del demandado trazan, en principio, los límites dentro de los cuales debe el juez decidir sobre el derecho disputado en juicio; por consiguiente, la incongruencia de un fallo se verifica mediante una labor comparativa entre el contenido de lo expuesto en tales piezas del proceso y las resoluciones adoptadas en él, todo en armonía con el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil [ahora 281 del C.G.P]; de ese modo se podrá establecer si en verdad el juzgador se sustrajo, por exceso o por defecto, a tan precisas pautas (CSJ SC, 6 Jul. 2005, rad. 5214; CSJ SC, 1º nov. 2006, rad. 2002-01309-01) (CSJ SC11331-2015, 27 ago., rad, 2006-00119-01; reiterado en CSJ AC2115-2021, 2 jun., rad. 2013-00193-01).

Eso sí, la inconsonancia, en principio, no puede invocarse sobre la base de haberse decidido de manera adversa a los intereses del actor o cuando el resultado del juicio no colma las expectativas del impugnante, siempre que la decisión recaiga sobre lo que ha sido materia del pleito, mucho menos, sirve a propósito de criticar la valoración de los medios de prueba realizado por el juzgador.

Sobre el punto, la Sala ha puntualizado que:

[t]ratándose del numeral tercero del citado artículo 336, el cuestionamiento por inconsonancia debe centrarse en una manifiesta alteración de lo debatido al confrontar el fallo con lo expuesto y pedido en la demanda, así como la defensa asumida por el opositor o si se pasan por alto circunstancias con incidencia en la decisión reconocibles forzosamente por el juzgador. De ahí

que la labor es comparativa entre lo que figura en los escritos que delimitan el contorno del litigio con la decisión tomada, pero sin que se desvíe en reproches por errores de juicio en la lectura que se le dio al libelo y la respuesta al mismo, ni mucho menos discrepancias con la forma en que se sopesaron las probanzas, que corresponden a la segunda causal. (CSJ AC4592-2018, criterio reiterado en AC6075-2021, 16 dic.).

2. Análisis del cargo

2.1. En el *sub examine*, la acción de responsabilidad se enfiló, no solo contra los médicos que intervinieron en la atención y procedimiento quirúrgico practicado al menor (pediatra - ortopedista - anestesiólogo), sino que, además, se dirigió contra la Institución Prestadora de Salud donde se llevó a cabo (Clínica del Sur S.A.) y la Empresa Promotora de Salud a la que se encontraba afiliado (Z S.A.).

Esta última llamó en garantía, tanto a la institución hospitalaria, como a la aseguradora Seguros X S.A., al considerar que tenía *«derecho a que en la sentencia se resuelva sobre la relación sustancial y los pagos de las indemnizaciones a que hubiere lugar entre estos y el demandante»* y, consecuentemente, se le condena a *«reembolsarle a EPS Z S A., dentro de las coberturas en el contrato de seguro mencionado en el hecho primero, lo que ésta última tuviera que pagarle a la demandante en virtud de la sentencia que decida el proceso...»*.

En respaldo recordó, que entre llamante y llamado se celebró contrato de seguro para respaldar la responsabilidad civil profesional en que incurra la asegurada, contenido en la póliza 206735, expedida el 16 de diciembre de 2009, con

vigencia desde el 1 de enero de 2010 hasta ese mismo día y mes del año 2011, puso de presente lo acontecido con el menor Julián Andrés y la acción entablada en su contra «*con el fin de que sean condenados solidaria y civilmente responsables, con ocasión a la supuesta negligencia profesional médica que le ocasionó al menor JULIÁN ANDRÉS, traumatismos neurológicos que hoy lo tienen en estado cuadripléjico*».

Puesta a juicio la llamada en garantía replicó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la «*demanda principal*», objetó la liquidación de los perjuicios y planteó excepciones perentorias¹⁵. Así mismo, se resistió a las peticiones de su llamante «*en la medida en que el evento carezca de cobertura temporal, exceda los límites y coberturas acordadas, y/o desconozcan las Condiciones Generales de la Póliza y las disposiciones que rigen el contrato de seguro*».

También planteó frente al llamamiento en garantía las exceptivas de: «*inexistencia de la obligación de indemnizar por ausencia de responsabilidad de E.P.S. Z en el hecho generador de la demanda*», «*ausencia de cobertura de perjuicios morales*», «*inexistencia de solidaridad frente a Seguros X S.A.*», «*deducible*», «*límite de cobertura de acuerdo a los sublímites pactados*» y la «*innominada*».

2.2. Revisada la sentencia del tribunal se advierte que, en las motivaciones el colegiado se ocupó, en esencia, de

¹⁵ Alegó las excepciones de «*inexistencia de nexo de causalidad entre los servicios suministrados por parte de Coomeva E.P.S. S.A. y los padecimientos del menor*», «*inexistencia de responsabilidad patrimonial por causa de la actividad médica y necesidad de la prueba*», «*ausencia de los elementos que estructuran la responsabilidad en cabeza de la demandada Coomeva EPS S.A.*», «*ausencia de prueba del presunto daño y su cuantía*», «*tasación excesiva del perjuicio*», «*enriquecimiento sin justa causa*» y «*cualquier otra excepción que resulte probada dentro del presente proceso en virtud de la ley, conforme al artículo 306 del Código de Procedimiento Civil*».

examinar lo concerniente al juicio de responsabilidad de los involucrados en la atención que se le dispensó a Julián Andrés, hallándola probada respecto de todos y, a partir de esto, procedió a la cuantificación de los perjuicios que estimó debían cancelarse a consecuencia del proceder dañoso en sus diversas tipologías de materiales (daño emergente- lucro cesante) e inmateriales (morales, psicológicos), resolviendo entonces la alzada revocando la determinación de primer grado para, en su lugar, «CONDENAR a Clínica del Sur S.A., Entidad Promotora de Salud Z S.A. y los señores Camila, Eduardo y Luis» al pago correspondiente, descartando de este modo cualquier causa exonerativa planteada por las defensas de los involucrados.

Significa esto, que con dicha determinación el colegiado, aun cuando no indicó, expresamente, en la parte resolutive de su sentencia que las excepciones planteadas por la aseguradora contra la demanda principal no podían tener eco, si lo hizo de manera implícita, pues al juzgar el comportamiento de los galenos que participaron en la atención y colegir que hubo fallas en la asistencia brindada, halló comprometida la responsabilidad tanto de estos como de la Clínica del Sur -institución hospitalaria en donde se llevó a cabo el procedimiento- y de la EPS Z S.A. en su calidad de Entidad Prestadora de los Servicios de Salud a la cual se encontraba afiliado el menor, acorde con los postulados de la ley 100 de 1993 y que, por tanto, ésta última era igualmente responsable de las afectaciones que pudieran sufrir sus afiliados, bien a consecuencia de fallas administrativas o médicas propias o de las IPS con las cuales convenga la

intermediación de la prestación de dichos servicios, como así lo ha establecido esta Corte en asuntos análogos al decir, que:

cuando el ad-quem refirió que la IPS incurrió en culpa médica, no cabe duda, también estaba atando el juicio de valor a la EPS. De conformidad con los artículos 178, 179 y 180 de la ley 100 de 1993, las Entidades Promotoras de Salud asumen el control sobre la calidad de la prestación de los respectivos servicios. La Corte, por esto, tiene sentado que «[n]o obstante que los miembros del sistema tienen existencia separada y cumplen funciones diferentes, no actúan de manera autónoma o aislada, pues hay un fuerte engranaje entre ellos que hace que la conducta de cada uno se defina en relación con los otros y con el sistema total». Lo anterior como expresión de una modalidad de responsabilidad orgánica o sistémica, que siempre para su materialización, implica integrar procesalmente a los entes componentes de la organización, involucrados en los actos imputados como dañosos para que la declaración no resulte huera o frustrada (CSJ. SC9193 de 28 de jun. de 2017, Exp. 00108 SC917-2020 de 14 de sept. rad. 2012-00509-01).

En esa misma dirección reiteró:

*(...) 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.** (CSJ SC de 17 nov. 2011, rad. 1999-00533-01, reiterada en SC8219 rad. 2003-00546 y SC3919-2021 de 8 de sept. rad. 2012-00247-01. Destacado extraño).*

Y es que desde la Carta Política se han determinado los fines del Estado, entre ellos, el de garantizar los derechos y deberes consagrados en la Constitución, como es derecho a la vida y la Salud y bienestar a los ciudadanos, de ahí que en su artículo 48 establece que *“La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”*.

Acorde con esto, el legislador patrio ha procurado prohijar disposiciones que protejan a los destinatarios del servicio, desde una perspectiva integral, apoyándose en un marco normativo amplio, que incluyen no solo las disposiciones propias del sistema de salud, sino aquellas que regulan las relaciones de consumo como la ley 1480 de 2011.

Es indiscutible que no podemos asimilar el derecho a la salud con cualquier bien mercantil, para pregonar que en todos los eventos pueda aplicarse el estatuto del consumidor en la actividad médica, pero no podemos soslayar, que los usuarios de estos servicios desde la perspectiva del mercado son consumidores, ya que al acudir a los distintos actores del sistema procuran atender una necesidad propia y, en esa condición, tienen derecho a recibir información idónea, clara y completa, junto con un servicio oportuno y de buena calidad; más aún, cuando en este tipo de relaciones el paciente es la parte débil, pues pone en manos del personal médico asistencial su propia vida.

Siendo así las cosas y teniendo claro que por la naturaleza del servicio en la mayoría de los casos surge una obligación de medio, podemos afirmar que el paciente tiene derecho a exigir la efectividad de la garantía cuando de conformidad en la prestación del servicio, pudiendo dirigir su reclamación frente a todos los que intervienen en esa cadena de intermediación incluidas las Empresas Promotoras de Salud.

Significa esto, que si se mirara la ligación paciente-Entidad Promotora de Salud, desde la arista de una relación de consumo, la entidad tendría igualmente comprometida su responsabilidad ante las fallas que se presentaran en la atención del paciente, no solo desde el aspecto netamente administrativo, sino de las resultas de los procedimientos, tratamientos, exámenes y todo lo que implica la atención integral de aquél.

Por ello, aunque no se realizó manifestación literal frente a aquellas defensas, que buscaban eximir de responsabilidad a la Empresa Promotora de Salud involucrada, es dable entender que al declararla civilmente responsable y condenarla solidariamente al pago de los perjuicios derivados del hecho dañoso, es predicable la ocurrencia de un pronunciamiento implícito frente a aquellas exceptivas que no habilitan pregonar la existencia de incongruencia.

3. Sin embargo, otro es el escenario en cuanto hace a la relación sustancial entre llamante y llamado en garantía como pasa a verse.

3.1. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 64 del Código General del Proceso *«Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación»*.

De ahí, que de vieja data se ha considerado que esta figura constituye una manifestación clara del principio de economía procesal, en cuanto autoriza que en un mismo proceso puedan examinarse diversas relaciones sustanciales, permitiendo que se convoque al pleito a quien con ocasión de un vínculo de garantía esté llamado a responder o reembolsar lo que eventualmente deba sufragar el llamante con ocasión a la condena que en juicio se le imponga.

Ha sostenido la doctrina, que *«[S]e presenta el llamamiento en garantía, en sentido amplio, siempre que entre la parte citada y la principal que la hace citar exista una relación de garantía, tal como la acabamos de definir en el número anterior. Esa garantía puede ser de dos clases: garantía real, cuando consiste en responder por el goce y disfrute de un derecho real que ha sido transferido por el garante al garantizado, y que, por lo tanto, tiene siempre un origen contractual, como sucede en la evicción de que responde el vendedor al comprador*

148; o garantía perso-nal, cuando se trata de responder por obligaciones personales, como la de indemnizar, perjuicios o de restituir lo pagado, de modo que puede originarse directamente en la ley, como en el caso del patrón que responde por los daños . causados a terceros por su empleado o dependiente y queda con derecho a repetir contra este -art. 2352 del Código Civil-, o en un contrato, como en el caso del fiador que es obligado a pagar por su fiado y queda con derecho a repetir contra él»¹⁶ .

Frente al alcance procesal de dicha figura esta Corporación recientemente, en sentencia SC042-2022 de 7 de febrero (rad. 2008-00283-01) sostuvo:

«con miras a precisar que en este fenómeno podían haber todas aquellas situaciones en que existe una relación de garantía, proveniente de ley o de convención, que habilite al llamante a convocar a un tercero que le proteja y pague por él o le reembolse lo que erogó por razón de la condena, se incluyeron en el Código de Procedimiento Civil dos normas –artículos 54 y 57- para abarcar un mismo fenómeno, que hoy en el Código General del Proceso, atendiendo a lo dicho, quedó en un solo precepto, en el que, además, figura la posibilidad de que un demandado llame en garantía a otro demandado, figura denominada demanda de coparte (art. 64).

Más adelante en el mismo proveído enfatizó:

Así las cosas, debe enfatizarse que la relación de garantía que habilita el llamamiento de que se trata, puede tener causa en la ley y/o en el contrato, lo primero, cuando sin mediar convención, una norma positiva consagra en favor del llamante, el derecho de reclamar del llamado la indemnización del perjuicio que experimenta o el reembolso, total o parcial, del pago que tuviere que hacer como consecuencia de una sentencia judicial; y lo segundo, cuando el referido derecho, y por consiguiente, el correlativo deber, surgen de una convención, sin que sea necesario, valga aclararlo, pacto expreso de lo uno o lo otro, siendo

¹⁶ Devis Echandía Hernando Tratado de Derecho Procesal Civil Parte General Tomo II Sujetos de la Relación Jurídica Procesal Editorial Temis, 1962 pág. 560.

suficiente que en el acuerdo de voluntades se consagre el afianzamiento referido por la Corte en los fallos expuestos.

3.2. Como se advirtió en los antecedentes del caso, la EPS Z S.A. llamó en garantía a Seguros X S.A., con soporte en el contrato de aseguramiento suscrito entre estas y el tribunal en la sentencia impugnada, determinó en el numeral 4 «CONDENAR a Seguros X S.A., en su condición de llamada en garantía, a reembolsarle a la demandada Eps Z S.A., lo que pagare por concepto de la condena impuesta, previo descuento del porcentaje pactado como deducible y hasta el monto del valor asegurado».

La aseguradora solicitó, oportunamente, la adición de la sentencia, para que se hiciera pronunciamiento sobre las excepciones propuestas y aclaración sobre «los conceptos y valores puntuales por los que de manera específica deban responder las referidas sociedades, pues la condena se realizó en general sin detallar el monto o los porcentajes de la condena acorde con el grado de responsabilidad en el resultado dañoso, máxime cuando existe una condena de lucro cesante futuro que debe realizarse en pagos periódicos mensuales y en ese sentido debe dejarse por sentado la manera en qué se efectuará dicho pago por cada uno de los condenados.

Pese a lo tempestivo de su solicitud el tribunal no accedió a ello, con el argumento simplista y desenfocado, que «siendo que la sentencia expresa haber encontrado debidamente estructurados los presupuestos de prosperidad la pretensión en estudio, lo alegado a manera de adición constituye un intento de reestudio de aquellas fundamentaciones para pretender una modificación o revocación de la sentencia, evento que está vedado por el ordenamiento jurídico. En tal sentido, nada hay que adicionar ni aclarar, ya que podría conducir a modificar y revocar la sentencia, lo cual se encuentra prohibido por ley. Por ello, en este caso no hay pronunciamiento que

hacer, amén de que la sentencia de tutela que ordenó dejar sin efecto la sentencia inicialmente dictada en este proceso de manera expresa dijo que el presupuesto vínculo en este caso está debidamente demostrado y por ello procedió a tutelar el derecho del demandante, siguiendo la orden constitucional. Cosa contraria expondría a esta instancia a un incumplimiento o un desacato».

3.3. Sin que resulten necesarias mayores disquisiciones, emerge palmario que en el presente caso el tribunal incurrió en el vicio de incongruencia por *citra petita*, al no resolver lo que en derecho correspondía respecto de las exceptivas planteadas por Seguros X S.A. frente al llamado que le hiciera EPS Z S.A. en su condición de llamante, pretendiendo el reembolso de lo que llegare a pagar con ocasión a la condena de responsabilidad que se adoptara en este asunto.

En efecto, el tribunal al no pronunciarse respecto de la relación sustancial existente entre EPS Z y Seguros X S.A., para definir si esta última, en virtud del contrato de aseguramiento que los ligaba estaba o no obligada a reembolsable a su asegurada los valores impuestos en la sentencia de condena, desconoció por completo la esencia procesal del llamamiento en garantía y, por esa vía, se sustrajo de pronunciarse sobre uno de los extremos de la controversia puesta a consideración de la jurisdicción, incurriendo así en el vicio de inconsonancia pregonado por la recurrente, que impone el quiebre parcial de la sentencia y, como consecuencia de ello, al tenor de lo dispuesto en el artículo 349 del Código General del Proceso, que en sede de

instancia se realice el pronunciamiento que derecho corresponde.

Siendo así las cosas, esta Corte queda relevada de examinar las otras acusaciones formuladas por Seguros X S.A., que fueron admitidas a trámite, como quiera, que estas están ligadas a la imposición de esa obligación de reembolso a favor de EPS Z, presuntamente, por la indebida valoración del contrato de seguro, al no apreciar las condiciones generales, sus amparos y exclusiones; aspectos que, a no dudar, deberá abordar la Sala en el fallo sustitutivo que subsane el vicio de inconsonancia que se halló acreditado, en el que se ceñirá a hacer el pronunciamiento que corresponde respecto de las excepciones que frente a dicho compromiso reversivo formuló la aseguradora.

VII. SENTENCIA SUSTITUTIVA

1. Debido al alcance restringido de la acusación que resultó próspera en casación, la Corte limitará su actividad en sede de segunda instancia a examinar las excepciones que Seguros X S.A. formuló contra el llamamiento en garantía que le hizo la EPS Z S.A., a fin de establecer la procedencia o no de la obligación de reembolso y el eventual monto de dicha prestación.

1. Del contrato de seguro

1.1. El ordenamiento interno no contiene una definición del contrato de seguro, limitándose a establecer en el artículo

1036 del Código de Comercio su naturaleza consensual, bilateral, onerosa, aleatoria y de ejecución sucesiva, siendo en todo caso de su esencia la transmisión de un riesgo mediante el pago de una prima y en contraprestación a esta el asegurador asume sobre su propio patrimonio el riesgo que gravitaba en el patrimonio del asegurado¹⁷, lo que evidencia su carácter indemnizatorio, ya que su finalidad es restablecer la situación económica afectada por un siniestro.

A voces del artículo 1045 del Código de Comercio son elementos esenciales del contrato de seguro: 1) El interés asegurable; 2) El riesgo asegurable; 3) La prima o precio del seguro; y 4) La obligación condicional del asegurador, e indica expresamente la referida disposición que en defecto de alguno de estos elementos el contrato no produce efecto alguno.

1.2. Los riesgos en la actividad aseguraticia, en atención a los intereses que pueden resultar afectados, han sido clasificados como personales, reales o patrimoniales: *«Son riesgos personales, aquellos que amenazan la vida, salud e integridad física de las personas, o que pueden disminuir su capacidad de trabajo (por ejemplo, el riesgo de accidentes). Son riesgos reales aquellos que afectan la integridad de las cosas físicas, sean muebles o inmuebles (por ejemplo, el riesgo de incendio). Por último, son riesgos patrimoniales aquellos que afectan al patrimonio de las personas como un todo, es decir, los que pueden traducirse en una deuda, un desembolso o*

¹⁷ Garigues Joaquín Curso de Derecho Mercantil Tomo IV pág., 260.

*detrimento patrimonial, tales como los riesgos de responsabilidad civil, lucro cesante, etc.».*¹⁸

De acuerdo con el artículo 1054 del Código de Comercio, se denomina riesgo «*el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado, o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador*». Añade la norma, que «*Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento*». Adicionalmente, el artículo 1055 ídem es perentorio al señalar, que «*[E]l dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno; tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo*».

Del tenor de dichas disposiciones emerge diamantino que, en materia de seguros, la autonomía de la voluntad privada no es absoluta, por cuanto el legislador expresamente consagra algunos eventos que no constituyen riesgo asegurable, e incluso, otros en los que cualquier estipulación que pretenda cobijarlos no surte efecto.

1.3. En cuanto a la negociabilidad de las condiciones llamadas a gobernar el contrato de seguro este ha sido calificado como de adhesión, en la medida que su clausulado se encuentra previamente determinado, como ocurre con las

¹⁸ Contreras Strauch Osvaldo. *Derechos de Seguros Edit. Thomson Reuters 2a edición, 2014, pág. 30, 31.*

denominadas «*condiciones generales*», que resultan aplicables a todos los contratos del mismo ramo, debiendo el asegurado aceptar o rechazar el seguro.

Empero, es posible que frente a circunstancias especiales o excepcionales se puedan consensuar algunas estipulaciones, bien para una mayor o menor cobertura, ora con miras a excluir algunos supuestos específicos, según el tipo de aseguramiento contratado, como ciertamente lo prevé el canon 1056 del ordenamiento mercantil, que reconoce a las aseguradoras la facultad de aceptar o no la asunción de riesgos, al señalar que «*[C]on las restricciones legales, el asegurador pondrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado*» sin que, en todo caso, las exclusiones puedan llegar a desnaturalizar la esencia misma de la tipología aseguraticia acordada.

Esta Colegiatura frente a la calificación de “*adhesión*” del contrato de seguros ha sostenido, que «*este carácter debe mirarse con cierta relatividad, en tanto no son lo mismo aquellos en masa donde el cliente no tiene ningún margen de negociación y «lo toma o lo deja», que los especiales por su complejidad, costo, especialidad y rareza, en donde sin duda el tomador puede tener iniciativa para ampliar o restringir el riesgo y, en todo caso, negociar cláusulas particulares de acuerdo a sus necesidades, todo ello, por supuesto, se reitera, con obvio reflejo en los criterios para calcular el valor de la prima*» (CSJ SC4126-2021 de 30 de sept. Rad. 2014-00072-01).

De cualquier forma, para efecto de la cobertura deberán las partes establecer de manera inequívoca cuáles riesgos se

trasladan a la aseguradora y cuáles no, según la especial tipología del aseguramiento contratado, teniendo presente que no contravengan el orden público y las buenas costumbres, toda vez que según lo ha adocinado esta Colegiatura

*«...en este campo rige el principio según el cual la responsabilidad asumida en términos generales como finalidad del contrato no puede verse restringida sino por obra de cláusulas claras y expresas, “...El Art. 1056 del C de Com , en principio común aplicable a toda clase de seguros de daños y de personas, otorga al asegurador facultad de asumir, a su arbitrio pero teniendo en cuenta las restricciones legales, todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado..”, agregando que es en virtud de este amplísimo principio “que el asegurador puede delimitar a su talante el riesgo que asume, sea circunscribiéndolo por circunstancias de modo, tiempo y lugar, que de no cumplirse impiden que se configure el siniestro; ora precisando ciertas circunstancias causales o ciertos efectos que, suponiendo realizado el hecho delimitado como amparo, quedan sin embargo excluidos de la protección que se promete por el contrato. Son estas las llamadas exclusiones, algunas previstas expresamente en la ley...” (Cas. Civ. de 7 de octubre de 1985, sin publicar), exclusiones que por su propia índole, limitativa de los riesgos asumidos por el asegurador, requieren ser interpretadas con severidad en una concienzuda tarea que se oriente, de una parte, a establecer su **justificación técnica**, y de la otra a precisar el alcance de dichos riesgos conforme a reglas de carácter legal o convencional, luego no le es permitido al intérprete “...so pena de sustituir indebidamente a los contratantes, interpretar aparentemente el contrato de seguro para inferir riesgos que no se han convenido, ni para excluir los realmente convenidos; ni tampoco hacer interpretaciones de tales cláusulas que conlleven a resultados extensivos de amparo de riesgos a otros casos que no sólo se encuentren expresamente excluidos sino que por su carácter limitativo y excluyente, son de interpretación restringida....” (Cas Civ. de 23 de may. de 1988, sin publicar, reiterado, entre otras, en CSJ SC4574-2015 de 21 abr. Rad. 2007-00600-02, SC4527-2020 de 23 de nov. Rad. 2011-00361-01).*

2. Seguros X S.A. al replicar el llamamiento en garantía cuestionó la existencia de la obligación de indemnizar por ausencia de responsabilidad de su asegurada, el alcance de la cobertura del seguro y la ausencia de solidaridad, sosteniendo que la sola declaración de responsabilidad contra EPS Z no habilita ésta, toda vez que la de aquella eventualmente surgiría como consecuencia del proceder dañoso, mientras que la suya del contrato, sin que en el proceso se hubiera acreditado la ocurrencia de algunos de los supuestos constitutivos del riesgo asegurado, por lo que no tiene que responder por la condena que se impuso a la Empresa Promotora de Salud.

También censuró, que no se tuviera en consideración que el contrato amparó la responsabilidad extracontractual, lo que excluye la cobertura por los perjuicios irrogados al menor Julián Andrés, así como los daños morales reconocidos en la sentencia.

3. Según lo reseñado en precedencia, el presente pleito se promovió para que se declare a los demandados civilmente responsables por los daños ocasionados con la intervención quirúrgica practicada el 10 de noviembre de 2010 al menor Julián Andrés, en las instalaciones de la Clínica General del Norte y se les imponga el pago de los perjuicios materiales e inmateriales causados a él y a sus familiares producto del hecho dañoso.

4. Del material probatorio incorporado al *dossier* se pudo establecer la confluencia de los presupuestos indispensables para la prosperidad de la acción reparatoria y así se dictaminó, sin que tuvieran eco las defensas que contra esta reclamación plantearon los enjuiciados en las instancias, ni en el trámite extraordinario, lo que permite tener por clausurado el debate sobre ese tópico.

El argumento esencial para la declaración de responsabilidad fue la desatención por parte de los profesionales médicos que participaron en la intervención de los protocolos establecidos para minimizar los riesgos -como era el control de líquidos, del tiempo de ayuno, la valoración prequirúrgica y preanestésica- que conllevaron a que durante la realización del procedimiento el infante presentara una bradicardia severa que aparejó daño neurológico de gran intensidad, afectando su desarrollo físico y cognitivo con la indudable incidencia de esto para él y su familia.

4.1. Ya antes se expuso que las Entidades Promotoras de Salud están llamadas a garantizar a los afiliados y sus familias, en caso de enfermedad, el libre acceso a las Instituciones Prestadoras con las cuales tenga convenios o contratos, estableciendo procedimientos «*para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud*» (art. 178 ley 100/93); deber de garantía que es ratificado por el decreto 1485 de 1994 que, en su artículo segundo, determina como obligación a cargo de estas la de «*[O]rganizar y garantizar*

la prestación de los servicios de salud previstos en el Plan Obligatorio de Salud, con el fin de obtener el mejor estado de salud de sus afiliados con cargo a las Unidades de Pago por Capitación correspondientes. Con este propósito gestionarán y coordinarán la oferta de servicios de salud, directamente o a través de la contratación con Instituciones Prestadoras y con Profesionales de la Salud; implementarán sistemas de control de costos; informarán y educarán a los usuarios para el uso racional del sistema; establecerán procedimientos de garantía de calidad para la atención integral, eficiente y oportuna de los usuarios en las instituciones prestadoras de salud».

De vieja data esta Corte ha reconocido, que «*la prestación de los servicios de salud garantizados por las Entidades Promotoras de Salud (EPS), no excluye la responsabilidad legal que les corresponde cuando los prestan a través de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) o de profesionales mediante contratos reguladores sólo de su relación jurídica con aquéllas y éstos. Por lo tanto, a no dudarlo, la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuna, lesiva de la calidad exigible y de la lex artis, compromete la responsabilidad civil de las Entidades Prestadoras de Salud y prestándolos mediante contratación con Instituciones Prestadoras de Salud u otros profesionales, son todas solidariamente responsables por los daños causados, especialmente, en caso de muerte o lesiones a la salud de las personas*» (CSJ SC 17 nov. 2011, rad. 1999-00533).

En tiempos más recientes se insistió en que «*de quedar probado en un proceso que el daño sufrido por el paciente se originó en los servicios prestados por la EPS a la que se encuentra afiliado, es posible atribuir tal perjuicio a la empresa promotora de salud como obra suya, debiendo responder patrimonialmente si confluyen en su cuenta los demás elementos de la responsabilidad civil. Por supuesto que si se prueba que el perjuicio se produjo por fuera del marco funcional que la ley impone a la empresa promotora, quedará desvirtuado el juicio de atribución del hecho a la EPS, lo que podría ocurrir, por ejemplo, si la*

atención brindada al cliente fue por cuenta de otra EPS o por cuenta de servicios particulares; si la lesión a la integridad personal del paciente no es atribuible al quebrantamiento del deber de acción que la ley impone a la empresa sino a otra razón determinante; o, en fin, si se demuestra que el daño fue el resultado de una causa extraña o de la conducta exclusiva de la víctima» (CSJ SC13925-2016 de 30 de sept. rad. 2005-00174-01).

Consecuente con dicho razonamiento se ha determinado, que *«existe un criterio consolidado en lo que implica para las Entidades Promotoras de Salud cumplir a cabalidad con la administración del riesgo en salud de sus afiliados y los beneficiarios de éstos, así como garantizar una idónea prestación de los servicios contemplados en el plan obligatorio de salud, toda vez que su desatención, dilación o descuido, ya sea que provenga de sus propios operadores o de las IPS y profesionales contratados con tal fin, es constitutiva de responsabilidad civil» (CSJ SC2769-2020 Rad. 2008-00091-01).*

4.2. Entonces, al haberse establecido, inequívocamente, que la atención prestada a Julián Andrés se dio por cuenta de la EPS Z S.A., a través de la Clínica del Sur como IPS, presentándose omisiones graves con incidencia en el resultado lesivo en la salud del infante, era dable la imputación de responsabilidad, tanto a los profesionales que directamente brindaron esa atención, como a la institución hospitalaria donde este se practicó y, particularmente, a la Entidad Promotora a la que se encontraba afiliado, de suerte que la alegada inexistencia de responsabilidad de ésta como supuesto para exonerar a la aseguradora cae en el vacío.

5. Con todo, aquella declaración de responsabilidad dispuesta a cargo de la EPS Z S.A. y la condena que con ocasión de ésta se le impuso, contrario a lo estimado por el tribunal en su proveído de 21 de julio de 2020, mediante el cual negó el pedido de adición y aclaración que presentó Seguros X S.A., en línea de principio, ninguna incidencia o repercusión tiene frente a la controversia existente entre aquella y la aseguradora, pues tratándose de una relación sustancialmente distinta su estudio debía realizarse a la luz de las reglas que gobiernan el contrato de seguros y no de las determinantes para los juicios de responsabilidad.

5.1. En ese laborío, lo primero a destacar es que el artículo 1127 del ordenamiento mercantil, modificado por el art. 84, Ley 45 de 1990. define el seguro de responsabilidad como aquel que *«impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado»*.

En el presente asunto, no existe discusión en cuanto a la existencia del contrato de seguro ajustado entre EPS Z S.A. y Seguros X S.A., contenido en la póliza 206725, ni de su vigencia para el momento de los hechos que motivaron el presente pleito, cuya titulación determina de forma contundente que corresponde a un seguro de *«Responsabilidad Civil Extracontractual»*.

Según la documental arrimada al legajo, en dicho convenio asegurativo se dispuso, que «*de acuerdo con las condiciones generales de la póliza se ampara la responsabilidad civil profesional por gestión inadecuada del asegurado durante los procesos de administración, prevención, evaluación y control de los riesgos propios de la prestación de servicios de salud a la comunidad de usuarios afiliados al asegurado, siempre y cuando quede demostrado judicialmente que el acto médico nocivo generador del perjuicio que se debe indemnizar **fue prestado indebidamente, como consecuencia directa de una falla en la gestión del asegurado.** El alcance de la cobertura opera por el acto profesional incorrecto realizado en el ejercicio de la operación de la EPS, conforme al alcance de sus funciones. El alcance de la cobertura opera **por la responsabilidad civil profesional que pudiera darse por parte de la EPS más no del médico, ni la red profesional de una IPS** -gastos y costos por honorarios profesionales para la defensa del asegurado frente a procesos civiles administrativos y en general frente a cualquier tipo de investigaciones administrativas adelantadas por organismos oficiales. Esta cobertura operará siempre y cuando el proceso en contra del asegurado tenga fundamento en actividades de eps realizadas o presuntamente realizadas en ejercicio de las funciones propias de su profesión, de las cuales pudiera derivarse una responsabilidad cubierta [...] el asegurado deberá observar controlar y hacer cumplir todas las prescripciones y reglamentos para el ejercicio de la actividad médica en Colombia...» (se resalta) [fl. 7 Arch. 001 Cd llamamiento en garantía 1 Cd Principal].*

En las condiciones generales del contrato de seguro allegadas se constata, que dentro de los amparos se determinó, que la aseguradora «Indemnizará al tercero afectado **los perjuicios patrimoniales** que le cause el asegurado con motivo de determinada **responsabilidad civil extracontractual** en que incurra de acuerdo con la ley, a consecuencia de un acontecimiento que produciéndose bajo la vigencia de la póliza le cause **daños materiales y lesiones personales (incluida la muerte)** con motivo de los actos

u operaciones que lleve a cabo el asegurado en el desarrollo de las actividades descritas en la carátula de la póliza]». También ampara, entre otros, «todos los riesgos que razonadamente forman parte del riesgo asegurado y que son inherentes a las actividades desarrolladas por el asegurado en el giro normal de sus negocios especificados en la solicitud y en la carátula de la póliza...» (se resalta) [fls. 51-56 Cd llamamiento en garantía 2 Cd principal -Arch. 004 digital].

En la misma página se registran los riesgos que se dispuso, excluir y que, por tanto, la póliza no ampara, incluyendo en el listado los «*daños morales*» (e) y «*los perjuicios causados por el incumplimiento de contratos y en fin de toda responsabilidad civil de naturaleza contractual*» (g). Incluso, en el ítem denominado «*Riesgos excluidos de la cobertura pero que se pueden asegurar mediante acuerdo especial*» se enlistó la «*responsabilidad civil profesional*», sin que se hubiera acreditado la ocurrencia de ese «*acuerdo especial*», que habilitara su cobertura, por lo que se debe tener como excluida.

Síguese entonces, que el compromiso de la aseguradora fue asumir como propia la responsabilidad por los riesgos a cargo de la empresa promotora derivados de las deficiencias o fallas en la prestación de los servicios de salud a los afiliados o familiares, para lo cual se requiere la concurrencia de los siguientes supuestos:

a) Que se trate de una gestión inadecuada de la asegurada en los procesos de administración, prevención, evaluación y control de los riesgos propios de la prestación de servicios de salud.

b) Que el acto generador del perjuicio sea prestado indebidamente, como consecuencia directa de una falla en la gestión del asegurado.

c) El alcance de la cobertura opera por la responsabilidad civil profesional que pudiera darse por parte de la EPS, más no del médico, ni la red profesional de una IPS.

El tenor literal de la póliza -dada su claridad- permite afirmar que acorde con esa finalidad y por la naturaleza del contrato de responsabilidad, las partes pactaron la obligación a cargo de la aseguradora de pagar al tercero afectado en los siguientes eventos:

a) Se trate de una responsabilidad extracontractual a consecuencia de un acontecimiento que produciéndose bajo la vigencia de la póliza le cause daños materiales y lesiones personales (incluida la muerte).

b) Que los perjuicios ocasionados sean de carácter patrimonial.

Correlativamente se dispuso excluir de la cobertura de la póliza.

a) Los perjuicios derivados de la responsabilidad contractual.

b) Los perjuicios morales.

Como se ve, dichas estipulaciones se acompañan con las previsiones del artículo 1127 del Código de Comercio, en cuanto al compromiso de brindar aseguramiento por responsabilidad civil extracontractual y reconocer el pago de perjuicios que afecten el patrimonio del afectado (perjuicios patrimoniales), excluyendo de la cobertura la responsabilidad contractual y los perjuicios morales, y siendo que dichas estipulaciones atienden las exigencias del precepto 1047 ídem y las directrices previstas en el artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se tornan vinculantes para las partes.

5.2. Preciado ello se tiene, que conforme precisó el tribunal en su sentencia -sin que fuera objeto de reproche por las partes- en este asunto concurren reclamos de responsabilidad contractual y extracontractual, en la medida que de un lado se procura la reparación del daño producto del acto médico, padecido directamente por Julián Andrés, quien tiene un vínculo contractual con EPS Z, en razón de su afiliación al Plan Obligatorio de Salud, circunstancia que estructura una responsabilidad contractual; en tanto, sus padres y abuela reclaman los perjuicios que a ellos se les han causado, no por el acto médico, sino por la afectación que directamente ellos han tenido, por causa de las condiciones en que se encuentra el menor, lo que desliga sus súplicas de los deberes a cargo de la EPS, ubicando su acción en el vórtice de la responsabilidad extracontractual. Así lo ha sostenido también esta Corte indicando que

«La responsabilidad de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), es contractual o extracontractual. Con relación al afiliado o usuario, la afiliación, para estos efectos, materializa un contrato, y por tanto, en línea de principio, la responsabilidad es contractual, naturaleza expresamente prevista en los artículos 183 de la Ley 100 de 1983 que prohíbe a las EPS “en forma unilateral, terminar la relación contractual con sus afiliados”, y los artículos 16 y 17 del Decreto 1485 de 1994, relativos a los “contratos de afiliación para la prestación del Plan Obligatorio de Salud que suscriban las Entidades Promotoras de Salud con sus afiliados” y los planes complementarios. Contrario sensu, la responsabilidad en que pueden incurrir las Entidades Promotoras de Salud (EPS) respecto de terceros perjudicados por los daños al afiliado o usuario con ocasión de la prestación de los servicios médicos del plan obligatorio de salud, es extracontractual») CSJ SC de 17 de nov. de 2011 Rad. 1999-00533-01)

5.3. Teniendo entonces claridad en cuanto a los compromisos adquiridos por Seguros X S.A. en el contrato de seguros que ajustó con la EPS Z S.A. es de rigor confrontar estos con el objeto del litigio y, particularmente con las condenas que a la Empresa Promotora de Salud se le impusieron, a fin de establecer la existencia o no de la obligación de reembolso a cargo de la aseguradora.

5.3.1. Para ello se tiene que los demandantes instaron la declaración de responsabilidad civil y, consecuente pago de perjuicios, siendo el pedido de Julián Andrés como afiliado y afectado directo del acto médico, una imputación de responsabilidad contractual de su entidad de seguridad social y producto de ello instó el reconocimiento de los siguientes perjuicios:

Demandante	Daño emergente	Lucro cesante	Perjuicios morales o de relación	Perjuicios psicológicos
Julián Andrés	250.000.000,00	300.000.000,00	700 SMMLV	500.000.000,00

Los restantes reclamantes, alegando su propia afectación por causa del deterioro en la salud física y mental de su hijo y nieto, invocan responsabilidad civil extracontractual y el pago de los siguientes perjuicios:

Demandantes	Daño emergente	Lucro cesante	Perjuicios morales o de relación	Perjuicios psicológicos
María	90.000.000,00	150.000.000,00	100 SMMLV	200.000.000,00
Jorge Humberto	90.000.000,00	80.000.000,00	100 SMMLV	200.000.000,00
Julia	15.000.000,00	30.000.000,00	50 SMMLV	100.000.000,00

El Tribunal Superior de Barranquilla en la sentencia impugnada acogió las pretensiones de la demanda -tanto de responsabilidad contractual como la extracontractual-¹⁹, y condenó a los enjuiciados, entre ellos a la EPS Z S.A. a pagar de manera solidaria las siguientes condenas:

Demandantes	Lucro cesante	Perjuicios morales	Psicológicos
Julián Andrés	1 SMMLV vitalicio, desde que adquiriera la mayoría de edad	\$20.000.000	\$20.000.000

Demandantes	Perjuicios morales
María	\$15.000.000
Jorge Humberto	\$15.000.000
Julia	\$10.000.000

¹⁹ Determinación que se mantiene indemne en casación ante el fracaso de la súplica extraordinaria planteada por la organización Clínica del Sur S.A. y el médico Eduardo

Deviene de lo indicado, que según lo estipulado en el contrato de aseguramiento contenido en la póliza número 206725, Seguros X S.A., la afectación sufrida por Julián Andrés, no configura como riesgo asegurado, ya que ésta no se encuentra obligada a asumir esa tipología de responsabilidad endilgada a su asegurada EPS Z S.A. por ser de naturaleza contractual y, consecuentemente, no está llamada a reembolsarle los valores que se le impuso pagar a su afiliado.

Esto, porque como se detalló con antelación, el seguro cobija la responsabilidad extracontractual y perjuicios patrimoniales y aunque se reconoció en favor de Julián Andrés lucro cesante futuro, que indiscutiblemente es patrimonial es irrefutable que como exclusión debidamente pactada están los «*perjuicios causados por el incumplimiento de contratos y en fin de toda responsabilidad civil de naturaleza contractual*» y es justamente este el tipo de responsabilidad la reclamada por éste.

Ahora bien, no corre mejor suerte lo referido a las prestaciones impuestas en favor de María, Jorge Humberto y Julia, si en cuenta se tiene que, pese a que su reclamación si es de naturaleza extracontractual y, en ese orden objeto de amparo por la aseguradora, los perjuicios reconocidos en favor suyo no son patrimoniales sino morales, los cuales igualmente fueron taxativamente excluidos del amparo aseguraticio, de ahí que tampoco surja para Seguros X la obligación de reembolsar aquellos valores a EPS Z S.A.

5.3.2. Consecuente con lo esbozado colige la Sala que en lo que hace a la relación sustancial entre llamante y llamada en garantía se tiene por demostrada la ausencia de cobertura de perjuicios morales alegada como excepción de mérito, la cual se hace extensiva a los perjuicios derivados de la responsabilidad civil contractual reconocida en favor de Julián Andrés y, por ende respecto, de los perjuicios que en su favor se impusieron a EPS Z S.A., circunstancias que aparejan la exoneración de la Aseguradora de los reclamos que frente a ella formuló su llamante, al abrirse paso las defensas planteadas contra la reclamación reversica.

6. Finalmente, atendiendo las previsiones del artículo 365 del Código General del Proceso, en lo que hace a las costas procesales, ante el fracaso de la súplica extraordinaria invocada por la Clínica del Sur S.A. y el médico Eduardo, se les condenará en costas en casación, sin que haya lugar a estas a cargo de Seguros X S.A. por la prosperidad de su impugnación.

Por otra parte, en sede de instancia ante el fracaso del llamamiento en garantía formulado por EPS Z S.A. se le condenará en costas de ambas instancias en favor de Seguros X S.A.

Las agencias en derecho que se deberán incluir en la liquidación de costas se fijarán por la Magistrada Ponente, teniendo en cuenta para su cuantificación que la impugnación extraordinaria fue replicada por la parte

contraria y las tarifas del Consejo Superior de la Judicatura en lo que corresponda.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil, Agraria y Rural de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. CASAR PARCIALMENTE la sentencia de la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior de Barranquilla, de 6 de marzo de 2020, en el proceso antes referenciado, en cuanto prospera la impugnación formulada por la llamada en garantía Seguros X S.A.

SEGUNDO. CONDENAR en costas de la casación a la Clínica del Sur S.A. y Eduardo, y en su liquidación se deberá incluir la suma equivalente a diez salarios mínimos mensuales vigentes, por concepto de agencias en derecho en favor de los opositores.

TERCERO. Sin costas a cargo de Seguros X S.A. por la prosperidad de su recurso extraordinario.

Y actuando en sede de instancia,

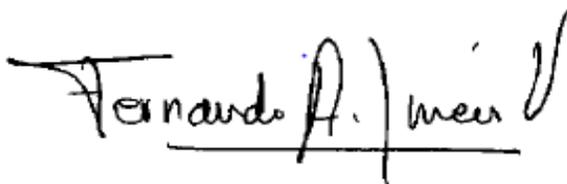
RESUELVE

PRIMERO. El numeral **CUARTO** de la sentencia del 6 de marzo de 2020, quedará así: Declarar probadas las excepciones de «ausencia de cobertura de perjuicios morales» «inexistencia de solidaridad frente a Seguros X S.A.» y de oficio la de «Inexistencia de cobertura de la responsabilidad contractual», en consecuencia, se absuelve a la llamada en garantía, de la totalidad de las pretensiones izadas en su contra. En lo restante el proveído impugnado se mantiene incólume.

SEGUNDO. Costas en ambas instancias a cargo de EPS Z S.A. a favor de Seguros X S.A. incluyendo como agencias en derecho la suma de cuatro millones de pesos (\$4.000.000) que fija la Magistrada Ponente.

TERCERO. ORDENAR que, en oportunidad, se devuelva el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y Cúmplase



FERNANDO AUGUSTO JIMÉNEZ VALDERRAMA

Presidente de la Sala



HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Magistrada



MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

Magistrada

ACLARACIÓN DE VOTO



LUIS CARLOS MALDONADO DÍAZ

Conjuez



FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Magistrado



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil, Agraria y Rural

ANOTACIÓN PRELIMINAR

De conformidad con el «ARTÍCULO PRIMERO» del Acuerdo n.º 034 de esta Sala, expedido el 16 de diciembre de 2020, atendiendo a que en esta providencia se resuelve una situación jurídica relacionada con un menor de edad, como medida de protección a su intimidad, se emiten dos versiones de esta sentencia, «con idéntico tenor, una reemplazando los nombres y los datos e informaciones (familiares), que permitan conocer su identidad y ubicación, para efectos de publicación en los repositorios, medios de comunicaciones y motores de búsqueda virtuales, y otra con la información real y completa de las partes, que se utilizará únicamente para notificación a los sujetos procesales e intervinientes y que se mantendrá con reserva a terceros interesados».

NOTA. Este ejemplar de la decisión corresponde al que contiene los «nombres ficticios» de las partes.

Radicación n.º 08001-31-03-006-2013-00234-01

ACLARACIÓN DE VOTO

De manera respetuosa me permito manifestar que aclaro mi voto favorable a la decisión de casar parcialmente el fallo de 6 de marzo de 2020, dictado por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, manteniendo incólumes las condenas impuestas a la Organización xxxx y al médico xxxxxx.

En efecto, comparto esa determinación por razones formales, puntualmente, porque los cargos propuestos carecen de la solidez que se requiere para derruir la teorización del Tribunal en torno a un segmento muy

problemático de su sentencia, atinente al nexo causal entre la infracción a la *lex artis* del médico demandado, y el fenómeno dañoso. Sin embargo, estimo necesarias las siguientes reflexiones, para clarificar que ese defecto de técnica no debe asimilarse a una convalidación del juicio de causalidad que hizo la corporación *ad quem*.

En punto de lo anterior conviene recordar que, en sede de tutela, esta Sala dejó sin efectos un fallo absolutorio anterior, dictado en este proceso por el referido Tribunal. Y que, al rehacer la actuación –en cumplimiento de la orden constitucional–, esa colegiatura optó por dictar una nueva providencia, pero esta vez acogiendo el *petitum*. Lo relevante aquí es que, para fundamentar esa decisión, centró casi todos sus argumentos en la conducta del cuerpo médico tratante; en cambio, dejó de lado el estudio del nexo causal con el evento adverso que afectó al joven paciente –razón que había justificado la resolución desfavorable original, en ese contexto, lo decidido por el Tribunal podía prevalecer, lo que equivale a decir que el cargo no sale avante toda vez que la impugnación formulada por dos de los responsables es idóneo para destruir aquel aspecto de la decisión de segunda instancia, por tratarse de críticas lacónicas –compendiadas en un único párrafo, a folio 21, *supra*–, genéricas, y que se reducen a presentar una simple alternativa interpretativa del material probatorio, como si de un alegato de instancia

Pero ese escollo técnico terminó excluyendo del debate aquella cuestión compleja, consistente en que, desde cierta perspectiva, el Tribunal pareció deducir el nexo causal

solamente a partir de las incorrecciones de conducta de los médicos tratantes. Es decir, estando probado el resultado adverso, y la actuación descuidada de los demandados en la fase prequirúrgica, era menester establecer, con claridad y suficiencia, la incidencia de los errores de conducta en el resultado dañoso. Y esa tarea no se llevó a cabo con esmero.

Sobra señalar que una relación causal no puede establecerse simplemente a partir de la prueba de la culpa médica y el daño sufrido por el paciente, dada la insuficiencia de tales premisas para soportar una atribución jurídica de responsabilidad, siendo del caso añadir que no se trata de una cuestión teórica, o de un problema argumentativo menor, sino de que, al deducir automáticamente el nexo de la falla, se estaría creando un régimen de responsabilidad incluso más estricto que el objetivo, que no solo carece de soporte legal –y de coherencia con el sistema de derecho privado–, sino que va en injusto desmedro de quienes ejercen una profesión desafiante como la medicina.

Insisto en que, en este asunto, no había un camino diferente para tomar, dado el contexto y las exigencias formales del recurso de casación. Sin embargo, es crucial que dicha particularidad no sea interpretada como una validación de análisis causales superficiales en materia de responsabilidad médica. Al contrario, la jurisdicción debe mantener su compromiso de examinar cada uno de esos litigios con la mayor precisión y rigor posibles, utilizando las herramientas teóricas disponibles para enfrentar las complejidades probatorias inherentes.

Por vía de ejemplo, en casos como este habría sido posible –y aconsejable– echar mano de teorías como la causalidad probabilística, que permite inferir ese nexo –en su sentido jurídico, esto es, como la suma de consideraciones fácticas y jurídicas– a partir de la probabilidad de incidencia de la conducta en el fenómeno dañoso; o la doctrina de la pérdida de chance, que habilita atribuir responsabilidad civil en casos donde el acto negligente reduce significativamente las probabilidades de un resultado favorable para el paciente, sin requerir una certeza absoluta de causalidad directa.

En ese contexto, y si bien la decisión del Tribunal debe mantenerse incólume –por razones formales–, consideré necesarias estas líneas, a fin de enfatizar que la cuestión de la causalidad en los juicios de responsabilidad civil de los profesionales médicos no debe ser eludida, ni mucho menos simplificada; ha de afrontarse con esmero y prolijidad, buscando equilibrar la necesidad de reparación de las víctimas con la naturaleza eminentemente subjetiva de la responsabilidad civil de los médicos.

Con reiteración de mi irrestricto respeto por los demás integrantes de la Sala de Casación Civil, Agraria y Rural, dejo expuestas las razones por las cuales aclaro mi voto.

Fecha *ut supra*,



MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ
Magistrada