



MARGARITA CABELLO BLANCO

Magistrada Ponente

SC12947-2016

Radicación n° 11001 31 03 018 2001 00339 01

(Aprobado en sesión de catorce de junio dos mil dieciséis)

Bogotá, D.C., quince (15) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).

Decide la Corte el recurso de casación que los demandantes JAIME ALBERTO RUEDA ESPINOSA y MARTHA DORIS ABELLA CHALACAN, quienes actúan en nombre propio y en el de su hijo, JAIME ABRAHAM RUEDA ABELLA, interpusieron contra la sentencia proferida el trece (13) de septiembre de dos mil doce (2012), por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, dentro del proceso ordinario, acumulado, que los recurrentes promovieron contra GERMAN SALAZAR SANTOS, GLORIA AMPARO TRONCOSO MORENO, MARTHA CATALINA ORTIZ ROBLEDO, FUNDACIÓN CARDIO INFANTIL –INSTITUTO DE CARDIOLOGÍA- y, la ASEGURADORA DE VIDA

COLSEGUROS S.A. –ENTIDAD PROMOTORA DE
SALUD– COLSEGUROS E.P.S.

I. ANTECEDENTES

1. Los accionantes reclamaron de la jurisdicción declarar a los llamados a proceso responsables de los perjuicios generados tanto a su menor hijo como a ellos y, por consiguiente, se les condene al pago de la indemnización correspondiente, a título de daños materiales y morales.

2. La parte demandante, en un comienzo, presentó dos demandas cuyo trámite, dada sus características, debió surtirse bajo las reglas propias del procedimiento ordinario. Una de ellas fue conocida por el Juzgado 18 Civil del Circuito de Bogotá, la otra, por el 38 de la misma especialidad, categoría y ciudad. Por decisión del primero de los funcionarios, ambas causas fueron acumuladas; empero, en desarrollo de algunas medidas de descongestión prolijadas por el Consejo Superior de la Judicatura, el expediente fue remitido al Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de Bogotá, despacho que, en últimas, decidió la controversia.

3. Las pretensiones planteadas en una y otra causa judicial, así como los hechos expuestos como soporte de ellas, se concretan:

3.1. Frente al señor Germán Salazar y la Aseguradora de Vida Colseguros S.A. –Colseguros S.A. EPS-:

3.1.1. «Que se declare por medio de sentencia que haga tránsito a cosa juzgada, responsables civilmente al Dr. GERMAN SALAZAR SANTOS y a la ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS S.A., ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD COLSEGUROS E.P.S., como persona jurídica solidaria, por los daños causados al menor JAIME ABRAHAM RUEDA ABELLA en el momento de su nacimiento, acto que tuvo lugar el día 21 de febrero de 1.999 en la Clínica Country de Bogotá, por la **NEGLIGENCIA** y **DESCUIDO** en la atención prestada por el Dr. GERMAN SALAZAR SANTOS durante el control prenatal a la señora MARTHA DORIS ABELLA CHALACAN, quien como consecuencia presentó PREECLAMPSIA que la llevó a una INMINENTE ECLAMPSIA, haciendo necesario desembarazarla por cesárea antes de tiempo, obteniendo como producto un neonato prematuro al extremo, con daño visual de por vida (ceguera total), a causa de una Retinopatía del Prematuro».

3.1.2. «Como consecuencia de lo anterior, se ordene que el Dr. GERMAN SALAZAR SANTOS como médico adscrito en ese entonces a la ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS S.A. ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD COLSEGUROS E.P.S., y la entidad misma, como persona jurídica solidaria, paguen a mis mandantes JAIME ALBERTO RUEDA ESPINOZA Y MARTHA DORIS ABELLA CHALACAN el valor de la indemnización que les corresponde en condición de padres de JAIME ABRAHAM RUEDA ABELLA, por los daños visuales (ceguera total) ocasionados al menor, la suma de CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES CIENTO SESENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$475.162.487.00) por daños

materiales, más lo que tasen los peritos por daños morales, por responsabilidad civil contractual».

Adicionalmente, se pidió el reconocimiento de intereses respecto de las anteriores sumas.

3.2. En cuanto al fundamento fáctico de las súplicas referidas, se expuso:

3.2.1. La demandante (Martha Doris Abella Chalacan), debido a su estado de embarazo y para cumplir con los controles prenatales pertinentes, acudió a la Aseguradora de Vida Colseguros S.A., E.P.S., empresa a la que se encontraba afiliada. Allí se le asignó, para tales propósitos, al médico Germán Salazar, quien, el nueve (9) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999), con vista en una ecografía practicada, conceptúo que tanto la situación de la actora como la de la criatura en gestación eran buenos.

3.2.2. El trece (13) del mismo mes y año, de manera inesperada, la materna presentó un fuerte dolor de abdomen que la obligó a asistir a la Clínica Country, habiendo sido atendida por la Doctora Luz Ángela Arellano. Dicha profesional, previa comunicación con el galeno Germán Salazar, quien la venía tratando, concluyó que la paciente padecía gastritis aguda y le ordenó la aplicación de una ampolleta de ‘ranitidina’; tanto el diagnóstico como la formulación fueron validadas por este último experto.

3.2.3. Ante la persistencia del dolor, la señora Abella, el quince (15) de los mismos mes y año, se comunicó con su médico (Germán Salazar) y al manifestarle la situación que padecía, dicho galeno decidió remitirla al Doctor Ricardo Cepeda Vásquez, experto gastroenterólogo, quien dispuso que tomara algunas tabletas. El padecimiento se intensificó, por lo que la demandante volvió al profesional señalado y luego de los análisis pertinentes conceptúo que padecía una ‘gastritis crónica Antrocorporal Superficial Leve’, patología que, sin embargo, no tenía relación con el sufrimiento que soportaba la señora Martha Doris, motivo por el cual determinó la práctica de algunos exámenes y la toma de ‘buscapina’.

3.2.4. Pasaron los días dieciocho (18) y diecinueve (19) de febrero de la misma anualidad y como el suplicio no solo continuaba sino que se había aumentado, al día siguiente (20), la accionante acudió, de nuevo, al Doctor Cepeda Vásquez, habida cuenta que el médico Salazar se encontraba fuera de la ciudad.

3.2.5. En las horas de la noche de éste último día, nuevamente, tuvo que asistir de urgencias a la Clínica Country y, por la ausencia del facultativo Salazar, fue atendida por el ginecólogo de turno Roberto Ramírez Bayer, quien luego de los respectivos análisis y exámenes, dedujo que la accionante padecía Preclampsia con inminencia de eclampsia, lo que generó un procedimiento (21 de febrero de 1999), para ‘desembarazarla’, trayendo consigo, de manera

inevitable, un feto prematuro. Posterior a la intervención, el dolor que padecía la señora Martha Doris desapareció.

3.3. En esos precisos términos agotó la descripción fáctica de la actividad cumplida por el médico Germán Salazar.

4. Relacionado con los otros demandados, es decir, Gloria Amparo Troncoso Moreno, Martha Catalina Ortiz Robledo, la Fundación Cardio Infantil –Instituto de Cardiología-, y la Aseguradora de Vida Colseguros S.A., Entidad Promotora de Salud Colseguros E.P.S., se pidió:

41. *«Que se declare por medio de sentencia que haga tránsito a cosa juzgada, responsables civilmente a la Dra. **MARTHA CATALINA ORTIZ ROBLEDO**, a la **ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS S.A.**, **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD COLSEGUROS E.P.S.**, como persona jurídica solidaria, Dra. **GLORIA AMPARO TRONCOSO MORENO**, y a la **FUNDACIÓN CARDIO INFANTIL -INSTITUTO DE CARDIOLOGÍA**, como persona jurídica solidaria, por los daños causados al menor **JAIME ABRAHAM RUEDA ABELLA** en el tratamiento médico recibido, por la **NEGLIGENCIA Y DESCUIDO** en la atención prestada por la Dra. **MARTHA CATALINA ORTIZ ROBLEDO**, la Dra. **GLORIA AMPARO TRONCOSO MORENO** y la **FUNDACIÓN CARDIO INFANTIL -INSTITUTO DE CARDIOLOGÍA**, durante el tratamiento, toda vez habiéndole sido diagnosticado Retinopatía de la Prematuridad Estado I, no desplegaron una conducta que le hubiera evitado al niño **JAIME ABRAHAM RUEDA ABELLA**, perder la visión de por vida».*

4.2. «Que como consecuencia de lo anterior, sean condenados solidariamente la Dra. **MARTHA CATALINA ORTIZ ROBLEDO**, la **ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS S.A., ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD COLSEGUROS E.P.S.**, como persona jurídica solidaria, Dra. **GLORIA AMPARO TRONCOSO MORENO**, y a la **FUNDACIÓN CARDIO INFANTIL -INSTITUTO DE CARDIOLOGÍA**, como persona jurídica solidaria, a pagar indexados al momento del pago, conforme a la variación del IPC., las siguientes sumas y conceptos ó el mayor valor demostrado (...).».

4.3. «Que se declare que en la cuantía de la menor condena entre ambos juicios, los aquí demandados son solidarios con los demandados dentro del proceso ORDINARIO que cursa el (sic) Juzgado 18 Civil del Circuito de Bogotá, D.C., dentro del proceso ordinario de (...).».

Se formularon, así mismo, declaraciones subsidiarias y, de la siguiente manera:

4.4. «En caso de que la sentencia que profiera el Juzgado 18 Civil del Circuito de Bogotá, D.C., dentro del proceso ordinario de **JAIME ALBERTO RUEDA ESPINOSA y OTRA**, en contra de **GERMAN SALAZAR SANTOS, Y ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS S.A., ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD COLSEGUROS EPS.**, (...) sean despachadas desfavorablemente **SOLICITO** se haga la siguiente declaración:». Petición que coincide, totalmente, con la reseñada en los literales 1.2.1 y 1.2.2.

4.5. Las súplicas reseñadas fueron fundamentadas en los hechos que sucintamente pasan a resumirse:

4.5.1. Luego del nacimiento prematuro del menor Jaime Abraham, la Clínica Country, el cinco (5) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999), le informó a la E.P.S., Colseguros, que el infante necesitaba incubadora y un cuidado extremo; además, le hizo conocer que el paciente presentaba un cuadro de *'Retinopatía de la Prematuridad Grado I'*. Ese mismo día, el bebé fue llevado a la Fundación Cardio Infantil Unidad de Cuidados Intensivos de Recién Nacidos-, habiendo quedado por cuenta de la Doctora Gloria Troncoso Moreno, persona que, a pesar de las advertencias, no adoptó medida especial alguna ni ordenó los exámenes del caso, ni siquiera le practicó examen de oftalmología que se había ordenado.

4.5.2. El veintinueve (29) de abril de ese año, fue dado de alta con oxígeno domiciliario, pero no se hizo manifestación alguna sobre la *'Retinopatía de la prematuridad'*.

4.5.3. El ocho (8) de junio de la misma anualidad y luego del respectivo procedimiento, la oftalmóloga Martha Catalina Ortiz Robledo, le diagnosticó: *'retina avascular en zona II, III, en ambos ojos y lo citó a nueva consulta el 24 de junio de 1999, en donde se indicó por parte de esa especialista, mejoría en la vascularización y lo citó para un nuevo control. El 12 de agosto de 1999, cuando el niño fue llevado a control de manera sorprendente la profesional prescribió RETINOPATIA DE LA PREMATURIEDAD ESTADO*

IV, ordenándole una ecografía y remitiéndolo para manejo de cirujano al Dr. Medina’.

El veinticuatro (24) de los mismos, nuevamente, fue valorado por dicha profesional y dispuso otro control que se cumpliría una vez que los demandantes, padres de Jaime Abraham, regresaran de vacaciones. Ni en esta ni en anterior oportunidad los progenitores del niño fueron advertidos de la gravedad de la enfermedad ni de los cuidados que debían observarse; tampoco se les dijo sobre la continuidad o periodicidad de las citas.

4.5.4. Para el primero (1°) de julio de ese año, al niño le fue diagnosticado ‘*Nistagmus*’, por parte de la pediatra de la E.P.S. Colseguros.

4.5.5. El doce (12) de agosto del aludido año, la oftalmóloga Martha Catalina revisó al paciente y calificó la patología como ‘*Retinopatía de la Prematurez fase 5, en ambos ojos, último estadio de la enfermedad, dado que presentó desprendimiento de retina en forma irreversible generando con ello, ceguera total*’.

4.5.6. El día catorce (14) siguiente, fue evaluado por el Doctor David Medina, habiéndosele encontrado ‘*RETINOPATIA ESTADO V*’, ordenó una ecografía que fue practicada por la Dra., ANA MERCEDES LAVERDE GONZALEZ que arrojó: ‘*Desprendimiento de retina*

traccionales en ojo derecho y desprendimiento total de retina en el ojo izquierdo'.

4.5.7. La Aseguradora Colseguros S.A., entidad ante la cual se presentó el concepto, el diecisiete (17) de agosto de ese mismo año, remitió el menor al Doctor Camilo Jaramillo, quien luego de examinarlo concluyó que soportaba una *'Retinopatía de la Prematuridad; Retinopatía con desprendimiento de retina y embudo abierto anterior y cerrado posterior*'. Ese concepto fue confirmado luego de que el Doctor Jaramillo hiciera junta médica con el Dr. Mauricio Lozano.

4.5.8. Posteriormente, en la Fundación Oftalmológica Nacional, los doctores Medina y Noguera, analizaron una ecografía practicada al menor por parte de la doctora Marcela Valencia, habiendo diagnosticado: *'Desprendimiento total de retina en embudo con 2/3 proximales cerrados y 1/3 distal abierto en ojo derecho y desprendimiento total de retina en embudo con 1/3 proximal cerrado y 2/3 distales abiertos en ojo izquierdo*'.

5. Como se advirtió en precedencia, la primera demanda se radicó, luego del respectivo reparto, ante el Juzgado 18 Civil del Circuito de Bogotá, despacho que por auto de ocho (8) de junio de dos mil uno (2001), dispuso su admisión y el traslado al extremo accionado.

El señor Germán Salazar se vinculó formalmente al pleito oponiéndose a las pretensiones (folio 394 a 444 cuaderno No. 1°); por su parte, la Aseguradora de Vida Colseguros E.P.S., propuso las excepciones que llamó 'Ausencia de la relación de causalidad, Culpa exclusiva de la Víctima e Improcedencia de los perjuicios' (folios 491 a 501, misma encuadernación).

El tres (3) de diciembre del mismo año, el funcionario convocó a la audiencia prevista en el artículo 101 del C. de P.C., acto procesal que tuvo lugar el siete (7) de marzo de dos mil dos (2002) –folios 526 y 527, cuaderno No. 2-; el día veintidós (22) del mismo mes y año, el proceso se abrió a pruebas y una vez se agotó el período respectivo, por auto de veintidós (22) de junio de dos mil siete (2007), se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

En turno para dictar sentencia de primera instancia, la actora solicitó que se acumulara el pleito que cursaba ante el Juzgado 38 Civil del Circuito de esta ciudad, habida cuenta que refería a los mismos hechos y, ellos, los accionantes, eran, igualmente, los demandantes en esa causa. En cuanto a los convocados, allí lo fueron GLORIA AMPARO TRONCOSO MORENO, FUNDACIÓN CARDIO INFANTIL –INSTITUTO DE CARDIOLOGÍA-, MARTHA CATALINA ORTIZ y la ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS S.A. EMPRESA PROMOTORA DE SALUD E.P.S., petición que, mediante providencia del veintiocho (28) de marzo de dos mil ocho (2008), fue acogida.

5. El Juzgado 38 Civil del Circuito, en su momento, mediante providencia del veinte (20) de noviembre de dos mil seis (2006), admitió la demanda y dispuso correr traslado a los profesionales señalados, así como a la persona jurídica citada.

De estos, la accionada Martha Catalina Ortiz y la Aseguradora de Vida Colseguros S.A., Empresa Promotora de Salud E.P.S., una vez formalizaron su ingreso al proceso, presentaron las excepciones que denominaron 'Ausencia de Responsabilidad de la Demandada, Culpa Exclusiva de la Víctima e Improcedencia de los Perjuicios' (folios 206 a 208 y 222 a 239, cuaderno No. 13).

A su turno, los demandados Gloria Amparo Troncoso Moreno y la Fundación Cardio Infantil, tal cual aparece en folios 244 a 246, del mismo cuaderno, además de oponerse a las pretensiones, formularon las defensas (excepciones) que llamaron 'Inexistencia de la responsabilidad contractual; Inexistencia de la relación de causalidad; Inexistencia de los elementos propios de la responsabilidad; Ocurrencia de una causal exonerativa de responsabilidad; hecho de la víctima e Inexistencia de solidaridad'. Adicionalmente se llamó en garantía a la sociedad Seguros Colpatria y a la Aseguradora Colseguros S.A.

6. El día veinticuatro (24) de mayo de dos mil siete (2007) -folio 333-, se admitió la reforma del libelo que, en definitiva, se redujo a la concreción de las sumas por las

cuales se reclamaba la condena de perjuicios materiales y morales; además, la adición de algunos hechos relativos al tratamiento del menor Jaime Abraham.

7. Las convocadas en garantía fueron vinculadas al proceso y, una de ellas, Colpatria S.A., concretamente, presentó los medios exceptivos que denominó 'Cumplimiento de obligaciones por parte de las demandadas y los llamados en garantía e Inexistencia de responsabilidad, Inexistencia de Relación concausal entre los supuestos hechos dañosos o culposos que se endilgan y la situación que actualmente aqueja al menor y a los demandantes; Falta de prueba de los perjuicios materiales y estimación exagerada de los mismos; Pretensión exagerada de perjuicios morales, Ausencia de Solidaridad entre las demandadas y genérica e innominada' (folio 52 a 64 cuaderno No. 15.

El veinte (20) de marzo de dos mil nueve (2009), se agotó el trámite previsto en la audiencia de que trata el artículo 101 del C. de P.C., luego de lo cual se dispuso la apertura a pruebas del proceso acumulado. Mediante providencia de dieciocho (18) de marzo de dos mil once (2011), se corrió traslado para alegar de conclusión.

8. El once (11) de noviembre de dos mil once (2011), el *a-quo* decidió, en un solo fallo, la controversia involucrada en las dos causas litigiosas, habiendo declarado responsables, únicamente, a Martha Catalina Ortiz Robledo

y la Aseguradora de vida Colseguros S.A., Entidad Promotora de Salud –Colseguros E.P.S.-, por consiguiente, las condenó al pago de los daños reclamados. A los restantes accionados los absolvió.

Ambas partes recurrieron en apelación la sentencia proferida y, el *ad-quem*, a través de la resolución de trece (13) de septiembre de dos mil doce (2012), la revocó y, contrario a lo dispuesto por el juez de primer grado, negó la totalidad de las pretensiones y, por tanto, liberó a todos los demandados.

9. Ante la adversidad de la decisión adoptada por el Tribunal acusado, los accionantes presentaron recurso de casación. Esta impugnación fue admitida por la Corte.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. El Juzgador de segunda instancia, en función de dilucidar la responsabilidad reclamada, abordó, en primer lugar, la queja blandida frente al médico Salazar Santos y, en el siguiente contexto, enmarcó sus reflexiones:

«(...) duélese la censura de los demandantes en la conducta negligente que, en su opinión, adoptó el médico Salazar Santos frente al control y seguimiento del embarazo de la paciente Doris Abella chalacan, concretamente, al no comparecer a la Clínica del Country la primera vez que acudió por urgencias (13 de febrero de 1999) debido a un dolor abdominal que la aquejaba y

omitir la práctica de los exámenes correspondientes de cara a determinar la causa de su dolencia y definir el tratamiento que debía seguirse, padecimiento que al no ser tratado en forma oportuna, en tanto fue remitida a otros profesionales de la salud ajenos a la especialidad de la obstetricia, conllevó a que la paciente no se le detectara una preclampsia con inminencia de eclampsia, que dio lugar a que fuera desembarazada el día 21 siguiente, cuando llevaba solo 27 semanas de gestación» (folio 141, sentencia del Tribunal).

1.1. Luego de ello, procedió a reseñar los aspectos basilares de la responsabilidad médica, vr. gr., la culpa de quien funge como tal, ya por negligencia ora por impericia; el error de diagnóstico; las características de las obligaciones que asumen los profesionales de la medicina y la carga probatoria. Y, por supuesto, el nexo causal.

A renglón seguido, el Tribunal afirmó:

«En el sub lite (...) en modo alguno cuentan con la entidad suficiente para revocar la decisión de primer grado, particularmente, porque no trascienden (...) del plano de las afirmaciones en la medida en que no demuestran la existencia de la culpabilidad en cabeza del galeno Salazar Santos ni que su comportamiento, dentro de la estimativa profesional, fue determinante de los perjuicios reclamados en este caso» (folios 143 y 144, ib.).

1.2. El *ad-quem* se valió, para llegar a esa conclusión, de las declaraciones vertidas por varios médicos y la pericia recogida en autos. Sostuvo que unos y otros concluyeron que *‘el dolor epigástrico que ella presentó no era indicativo de*

la citada patología', es decir, el síndrome de HELLP. Siguiendo el concepto de los expertos (doctores Cepeda Vásquez y Arellano Osorio), afirmó que el cuadro que la actora presentó era ilustrativo de una gastritis. Agregó que el primero de los señalados, experto gastroenterólogo, consultó con el demandado Salazar y concordaron en que la probabilidad de aquella patología (síndrome de Hellp), era muy baja.

Se apoyó, adicionalmente, en la experticia rendida por la Federación Colombiana de Asociaciones de Obstetricia y Ginecología, en el sentido de que en situaciones como la que afectaba a la demandante, descrita por los médicos que la atendieron, no era necesario que estuviera el obstetra, luego, la presencia del demandado Salazar, no resultaba imperativa o imprescindible (folio 146, sentencia del Tribunal).

La Corporación acusada sostuvo:

«Bajo esta perspectiva, es patente, entonces, que la ausencia del obstetra accionado durante los días 13 a 20 de febrero de 1999, en manera alguna resulto determinante en el parto prematuro, es decir, no se evidencia la relación de causalidad entre el comportamiento del médico y el daño del que se duele la paciente, por el contrario, lo que esta Sala observa, es que los dolores abdominales que ella padeció y que por razón de ellos acudió un sin número de veces a varios profesionales de la salud, no eran conclusivos de preclampsia, sino de otra enfermedad, al parecer gastritis» (Hace notar la Sala) -fl. 147, sentencia de segunda instancia-.

Y agregó:

«Por lo demás, si en gracia de discusión se admitiera que el galeno fue negligente respecto de la atención médica que debió recibir la señora Abella Chalacan, de suyo no habría lugar a que se declarara responsable por la ceguera que aqueja al menor Jaime Abraham Rueda, precisamente, porque ésta no deviene de su nacimiento prematuro sino de la retinopatía que se le desarrolló durante los primeros meses de vida, como a continuación se detalla» (misma foliatura y cuaderno).

1.3. En definitiva, para el Tribunal, el profesional de la medicina Germán Salazar no incurrió en el error que se le endilga y, de haber acontecido tal desatino, dicho comportamiento no determinó la ceguera del niño y, por ahí mismo, no constituye la causa de los daños generados a los actores.

2. El Juez de segunda instancia a continuación se ocupó de la responsabilidad reclamada a cargo de Gloria Amparo Troncoso Moreno y Martha Catalina Ortiz por la omisión y negligencia *‘en el diagnóstico de la patología denominada ‘retinopatía de la prematuridad’, enfermedad que al ser propia de los infantes de alumbramiento prematuro, según ellos, comportaba que se ejerciera mayor control y cuidado (...), de cara a conjurar cualquier efecto nocivo, quienes, a su vez, se encontraban en la obligación de informar la gravedad del achaque y la urgencia con la que debía tratarse’* (folio 148, cuaderno del Tribunal).

2.1. Consideró que la demandada Troncoso Moreno y la Fundación Cardio Infantil, no tenían ninguna responsabilidad en la afección del menor y, principalmente, por dos razones: de una parte porque *‘los actores no demostraron que el menor Jaime Abraham Rueda perdiera la visión como consecuencia de la atención médica que le prestaron las demandadas’*; de otra, en la medida en que *‘para la época en que el niño fue remitido a la mencionada institución (5 de abril de 1999), dicha patología solo se encontraba en el primer estadio, como se desprende de la nota remisoría contenida en la epicrisis de la Clínica del Country (fl.63, cd. 6), es decir, que para ese entonces la enfermedad era latente, sin que del material probatorio logre verificarse que para la fecha en que el niño Jaime Abraham fue dado de alta de esa institución (29 de abril), dicho malestar hubiese evolucionado a tal punto que requiriera en ese instante de la intervención del especialista para contrarrestar los efectos nocivos de esa enfermedad’* (folios 148 y 149, *ibídem*).

2.2. Concluyó que luego de la intervención de la demandada Gloria Amparo Troncoso, el menor fue atendido por su colega María Eugenia Vergara, sin que se haya puesto en evidencia que la dolencia señalada fuese *‘de tal entidad como para advertir la ceguera que con posterioridad aquejó al niño’*. Y, agregó: *‘esa dolencia no se presenta de manera instantánea, sino que, al ser progresiva debe controlarse tanto por el médico como por los padres, quienes están en la obligación de acatar en estricto rigor lo ordenado por el médico en la medida de que parte de su recuperación depende de ello’* (fl. 149 *ídem*).

2.3. Y, de manera puntual, referente a la actuación de la accionada Martha Catalina Ortiz Robledo, consideró,

igualmente, que la profesional no tenía responsabilidad en la situación de salud del menor, entre otras razones, por lo siguiente:

« (...) el original de la epicrisis obrante a folio 69 del cuaderno No. 1 permite verificar que: (i) el 8 de junio de 1999, la demandada Ortiz Robledo examinó por primera vez al menor Rueda Abella y dictaminó ‘retina avascular en zona II y III ambos ojos C control 15 días’; (ii) En la consulta del día 24 siguientes encontró ‘mejoría de la vascularización, control 3 semanas’; y (iii) en el control de 12 de agosto de 1999 halló ‘retina avascular, no venía hace 1 mes y medio, retinopatía de la prematuridad estado IV’. Y continúo:

«En ese orden, nótese que no obstante a que la oftalmóloga precisó que debía efectuarse un control en tres semanas contadas a partir del 24 de junio, es decir, para mediados del mes de julio aproximadamente, en todo caso los padres del menor no cumplieron esa carga. Por el contrario, da cuenta el expediente que el 1° de julio llevaron al menor a cita médica con la pediatra María Eugenia Vergara quien prescribió ‘hoy (sic) nistagmus’ horizontal en mirada extremo’ y ordenó control en un mes» (folios 150 y 151, *ibidem*).

Y agregó las siguientes reflexiones:

«Ahora, si en gracia de discusión se admitiera el error de diagnóstico, téngase en cuenta que en el plenario tampoco se probó que para el 1° de julio de 1999, data en la que el paciente fue examinado por la doctora María Eugenia Vergara, la retinopatía ya hubiese alcanzado un estado irreversible, toda vez que para ese momento solo se le diagnosticó ‘nistagmus

horizontal', sin que del material probatorio pueda verificarse que ese padecimiento originó la enfermedad en cita» (fl. 152 mismo cuaderno).

2.4. Adicionó que los padres estaban comprometidos no solo a llevar el menor al médico sino, también, asistir a los controles ordenados, con sumo rigor, en las fechas indicadas por los profesionales, situación que no acaeció. El Tribunal resaltó que al pequeño Jaime le correspondía un control en el mes de julio de 1999, sin embargo, solo fue llevado el 10 y 12 de agosto, lo que comportó que el niño *'desarrollara durante ese lapso dicha patología'*.

Y, con fundamento en las declaraciones de los expertos Camilo Andrés Jaramillo y David Mauricio Medina, la Corporación acusada validó la anterior inferencia, en cuanto que la tardanza en llevar al niño a las citas programadas incidió, definitivamente, en el desarrollo de la enfermedad. A partir de ello, el juzgador consideró que la demandada no tuvo responsabilidad en la pérdida de la visión del menor.

III. LA DEMANDA DE CASACIÓN

La parte demandante, acudiendo a la causal primera de casación prevista en el artículo 386 del C. de P.C., a través de tres cargos formalizó la acusación presentada. Los dos primeros ataques los trazó por la vía indirecta y el

último por la directa. En cuanto que los iniciales se valen de similares argumentos serán acumulados para su despacho.

CARGO PRIMERO

1. Denunció la violación, vía indirecta, de los artículos 63, 1494, 1505, 1546, 1602, 1603, 1604, 1610, 1613, 1614, 1615, 2341, 2343 y 2356 del Código Civil; así como los artículos 95, 101, 176, 177, 248, 249 y 250 del Código de Procedimiento Civil; y, el numeral 4° del artículo 103 de la Ley 446 de 1998, debido a los ‘errores de derecho’ y de hecho en que incurrió.

Dejó plasmado que a pesar del diagnóstico de la Clínica Marly, en el sentido de que el niño Jaime Abraham padecía retinopatía de la prematuridad estado 1, los médicos no hicieron lo suficiente para evitarle la pérdida de la vista.

1.1. Relacionado con las equivocaciones de derecho manifestó que el Tribunal, al momento de fallar, invocando el inciso primero del artículo 177 del C. de P.C., radicó en cabeza de los demandantes el deber de probar la culpa del galeno pero pasó por alto que, en el inciso segundo de la misma norma, existe otra regla aplicable al caso que lo exonera de esa carga, pues prevé que ante una afirmación o negación indefinida quien la hace se releva de asumir su acreditación y lo radica en cabeza de la otra parte. Sostuvo

que: «*obligar a probar a la parte demandante que la culpa en el tratamiento propinado (sic) al menor haya sido la causa del daño padecido, es obligarlo la (sic) conocida en el derecho probatorio como una 'probatio diabólica'*» (folio 25, cuaderno de la Corte).

El recurrente invocó varias decisiones del Consejo de Estado (Sección Tercera) y, algunas de esta Corporación para vindicar que acreditado el contrato del servicio médico, así como el resultado dañino y la afirmación de que esa consecuencia es el producto del incumplimiento del deudor, en este caso de los profesionales de la medicina, se '*traduce en una afirmación indefinida que traslada la carga de la prueba a la contraparte'* (fl. 27 *ib.*)

El Tribunal acusado, afirmó el recurrente, violó la norma invocada (art. 177 C. de P.C.), pues concluyó que a la parte actora le correspondía acreditar que el origen del daño provenía del actuar irregular o defectuoso de los médicos.

1.2. Atinente a los errores de hecho, la queja se concretó a denunciar que el fallador desvió su función al «*omitir analizar o apreciar los hechos constitutivos de indicio obrante en la demanda*». Enfatizó que la Corporación acusada desdeñó apreciar algunas circunstancias que configuran indicios en contra de la parte demandada y, que acaecieron durante el trámite de las instancias; con ello, sostuvo, violó el texto del artículo 176 de la codificación procesal civil, en cuanto que

prevé que *‘el hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice’*.

En ese orden, cuando el Juzgado Treinta y Ocho Civil del Circuito admitió la reforma de la demanda y dispuso el traslado a los accionados, sin que la señora Martha Catalina Ortiz y la Aseguradora de Vida Colseguros S.A., E.P.S., se hubiesen pronunciado al respecto, debió hacer operar la hipótesis prevista en el artículo 95 *idem*, en el sentido de tener esa omisión como indicio grave en contra de las mismas.

La otra circunstancia que no fue tomada en cuenta por el juzgador atañe a la audiencia prevista en el artículo 101 del C. de P.C., pues una vez se admitió la acumulación de los procesos, el *a-quo* convocó a la realización de tal acto procesal, empero la señora Martha Catalina y Colseguros S.A., no atendieron ese llamado y, por dicha razón, se les impuso multa, sin embargo, esa conducta no fue erigida, como así lo manda la ley, como un indicio en contra de sus excepciones de mérito, amén de haber dado por ciertos los hechos susceptibles de confesión (art. 103, Ley 446 de 1998).

De haber atendido esa directriz normativa, expresó, el Tribunal no hubiere concluido que la parte actora desatendió su carga probatoria y, contrariamente, habría aceptado que las siguientes circunstancias estarían amparadas por un indicio en contra de los demandados:

- i) *«Que el día 8 de junio de 1999, es valorado por la Dra. MARTHA CATALINA ORTIZ ROBLEDO, quien no le diagnostica la ROP, ni advierte a los padres sobre el riesgo y efectos que produce la enfermedad».*

- ii) *«Que en la mencionada cita la Dra. MARTHA CATALINA ORTIZ, pregunto (sic) a los padres acerca donde había recibido atención medica (sic), siendo la respuesta: En la Clínica del Country , y la Fundación Cardio Infantil, pero en ningún momento indago (sic) por los antecedentes o las evoluciones que hubiera tenido, tipos de controles, frecuencia, exámenes o demás aspectos relacionados con la visión del niño, ni mucho menos ilustro (sic) a los padres acerca de el (sic) riesgo de desarrollar un estadio de la enfermedad de retinopatía con daño irreversible en la visión. Ordeno (sic) cita a los veinte (20) días, y manifestó que si le suspendían el oxígeno (sic) le consultaran antes».*

- iii) *«Que la Dra. MARTHA CATALINA ORTIZ, le manifestó a los Padres, que el niño estaba muy bien, y al finalizar la cita, entrego (sic) a los padres la orden de servicios N° 1395963, y luego de que ordeno (sic) control en un mes, los Padres le comentaron a la Dra. ORTIZ acerca de las vacaciones que tenían programadas desde mediados del mes de Julio de 1999 y comienzos del mes de agosto de 1999, y que ya habían conversado con la Pediatra Dra. MARIA EUGENIA VERGARA y esta había dado su concepto favorable; a lo cual la Dra. MARTHA CATALINA ORTIZ, respondió, que ‘por parte de ella no había ningún problema, y que cuando regresaran se lo llevaran’».*

- iv) *«Que las citas con especialista bien para neumología, neurología, cardiología, fisioterapia, nutricionista, oftalmología, etc., eran autorizadas por la E.P.S. –COLSEGUROS, a través de la Pediatra de turno, de tal manera que la cita con la Dra. MARTHA CATALINA ORTIZ; fue programada por la Dra. MARIA EUGENIA VERGARA desde el día 1 de julio, tal como consta en la Historia Clínica de la E.P.S. – COLSEGUROS, cuando anota: ‘En un mes control oftalmología’».*
- v) *«Que desde el mismo día en que fue remitido por la Dra. MARIA EUGENIA VERGARA, es decir el día 4 de agosto de 1999, se solicitó la cita con la Dra. MARTHA CATALINA ORTIZ, la cual se obtuvo a través de su secretaria para el día martes 10 de agosto del 99, a las 230 p.m.».*
- vi) *«Que el día martes 10 de agosto de 1999, se acudió en forma Puntual a la cita, y luego de permanecer en la sala de espera por más de media (1/2) hora, la secretaria de la Dr. MARTHA CATALINA ORTIZ, informo (sic) que a la Doctora se le había presentado un inconveniente, y que por lo tanto debía aplazarnos la cita para el jueves 12 de agosto de 1999, a las 3 p.m.».*
- vii) *«Que el día jueves doce (12) de agosto de 1999, es examinado por la Dra. MARTHA CATALINA ORTIZ ROBLEDO, quien después de haber hecho entrar y salir a los padres, en cuatro oportunidades de su consultorio mientras realizaba llamadas telefónicas, y con una inusual actitud, pues se notaba bastante nerviosa, le pregunto (sic) a los padres que ¿porque (sic) no habíamos llevado el niño a los quince (15) días después de la última consulta? Pregunta que despertó en los padres una total extrañeza, pues por una parte ella nunca los cito (sic) a los*

15 días, y por otra parte, de acuerdo a lo conversado en la consulta del día 24 de junio de 1999, la siguiente cita sería una vez regresaran de vacaciones, es decir, una vez finalizado el mes de julio de 1999».

- viii) *«Que solo (sic) hasta ese momento los padres fueron enterados por la Dra. Ortiz, que el niño no tenía visión, que se le habían desprendido las retinas, porque había sufrido una enfermedad al parecer retinopatía, que esta era una enfermedad de los prematuros y que el pronóstico era la invidencia total» (fls. 29 y 30, cuaderno No. 5).*

Para el recurrente, de haberse cumplido por parte del Tribunal con las normas invocadas, habría concluido que en el proceso aparecía probado que ni la Dra. Martha Catalina Ortiz ni la E.P.S. Colseguros, acataron cabalmente lo previsto en el precepto 16 de la Ley 23 de 1981, alusivo a que *‘la responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento no irá más allá del riesgo previsto. El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados (se subraya), y que el tratamiento propinado no fue el apropiado’* (folio 31, demanda de casación). También habría aceptado que los padres no fueron advertidos respecto de la naturaleza y características de la enfermedad que afectaba a su menor hijo y, además, que la demandada Martha Catalina no procedió, como correspondía, a asesorarse de especialistas y, con ello, haber evitado el resultado de la ceguera del niño Jaime Abraham.

Agregó que según la declaración del médico Camilo Andrés Jaramillo Villamizar, un padecimiento como el que presentaba el infante imponía una valoración permanente; que el seguimiento resultaba fundamental para un manejo adecuado de la ‘retinopatía de la prematuridad’. Que el pequeño presentaba unas condiciones especiales para que la deficiencia visual se desarrollara, luego debieron adoptarse medidas estrictas para hacerle controles permanentes y así neutralizar sus efectos.

A partir de lo anterior, el casacionista plantea el interrogante de si ese cuadro clínico hacía imperioso que a los padres del menor se les hubiese explicado la gravedad del asunto y, además, que la profesional adoptara las medidas necesarias para evitar las consecuencias que a la postre se presentaron.

CARGO SEGUNDO

1. A través de esta acusación el actor denunció la violación, vía indirecta, de los artículos 63, 1494, 1505, 1546, 1602, 1603, 1604, 1610, 1613, 1614, 1615, 2341, 2343 y 2356 del Código Civil; el 1º, 10, 15, 16, 17, 18 y 19 de la Ley 23 de 1981, así como los preceptos 9 a 12 del Decreto 3380 de 1981, desconocimiento que provino de los errores de hecho manifiestos en la ‘*apreciación de la demanda y de las pruebas*’.

2. Alude, con fundamento en algunos pronunciamientos de los máximos organismos de la justicia Ordinaria y Contenciosa, así como de varios referentes doctrinarios, que el Tribunal desconoció el texto de la regla 16 de la Ley 23 de 1981, referente a la obligación de ética médica, cuyo tenor literal dice lo siguiente:

«La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento no irá más allá del riesgo previsto. El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados» (fls., 35 y 36, misma encuadernación), compromiso que, inclusive, se pregona respecto de los enfermos graves, como así lo contempla el precepto 18 de la misma ley.

Ese deber de quien ejerce la medicina se cumple según lo consagrado igualmente en el Decreto 3380 de 1981, con el aviso que en forma prudente haga a su paciente o a los familiares o allegados respecto a los efectos adversos de la enfermedad y/o tratamiento y dejando constancia de ello en la historia clínica. En la resolución 13437 de 1991, expedida por el Ministerio de Salud, norma que involucra una regla de conducta para el paciente tendiente a obtener información suficiente sobre la enfermedad y los procedimientos a seguir, evidenciando así, el propósito de salvaguardar sus derechos y el de los familiares. En los siguientes términos lo explicitó el casacionista:

«De las normas en cita, surgen las obligaciones por parte del médico de realizar un diagnóstico certero, para lo cual debe

acudir a todos los medios que la ciencia le brinda (interconsultas con especialista, exámenes especializados, etc); el deber de propinar un debido tratamiento a la patología encontrada, independientemente de la gravedad de etc. (sic), la obligación de determinar los eventuales riesgos, y la obligación de advertir al paciente o a sus familiares sobre el particular. Solo así puede eximirse las reacciones adversas derivadas del tratamiento» (fl. 37, demanda de casación).

3. Realizada la anterior precisión como referente de la responsabilidad de los demandados, el sentenciador, adujo el actor, desvió su juicio al considerar que la profesional Gloria Troncoso y la Fundación Cardio Infantil, no estaban llamadas a resarcir los perjuicios generados, bajo el criterio de que el menor cuando fue atendido en consulta y dado de alta (abril y mayo de 1999), si bien presentaba la enfermedad, la misma estaba en sus inicios y el niño sería atendido por otros expertos en el ramo. Enfatizó: *«resulta protuberante el craso error en el que incurre el H. Tribuna. Ni la norma, ni la jurisprudencia, ni la literatura médica, y menos las pruebas obrantes dentro del expediente, permite (sic) concluir que un médico, conocedor de una patología grave, queda eximido de responsabilidad bajo la esperanza que otro médico revise al paciente y adopte las medidas que él mismo pudo y estaba obligado a adoptar» (fl., 39 – numeral 13.3-)* Para el Tribunal, en ese momento, no había necesidad de la intervención de los expertos señalados (fl. 38), pues, atendiendo que esa perturbación es progresiva, según lo narró el perito David Mauricio Medina, sólo cuando llega a determinado estadio puede intervenir al paciente. Se equivocó, también, el fallador, cuando concluyó que *‘los actores no demostraron que el menor Jaime Abraham perdiera*

la visión como consecuencia de la atención médica que le prestaron las demandadas’.

3.1. Agregó, el yerro del juzgador de segundo grado es manifiesto por cuanto que aun dando por cierto que el grado de la enfermedad era bajo, no existe prueba en el proceso que indique que esas condiciones clínicas orientaban al médico a no desplegar una actividad diligente con el propósito de contrarrestar el progreso de la enfermedad y el resultado final que era previsible, además de abstenerse de advertir a los familiares sobre las precauciones requeridas. De lo uno y de lo otro no existe prueba, insiste el casacionista.

3.2. El recurrente reprocha la conclusión tomada en cuanto que la señora Troncoso y la Clínica Cardio Infantil, informaron a los parientes sobre la gravedad de la enfermedad del niño Jaime Abraham, itérase, sin respaldo probatorio alguno; también, en la medida en que el Tribunal no se percató de que los inculpados no adoptaron las medidas necesarias para controlar los problemas de visión del menor, así estuviera siendo atendido por otros médicos, con mayor razón si se tiene en cuenta que en el expediente existen declaraciones de especialistas en el sentido de que ese padecimiento en cualquier momento se desarrolla, lo que imponía que sin importar el estadio en el que se encontrara siempre requería de especial atención.

Adujo que:

«Incurrió en error la H. Magistrada al apreciar indebidamente la nota remisoria contenida en la epicrisis en la Clínica del Country (folio 63, del cuaderno que consta de 502 folios). Ella, al contrario de expresar que la enfermedad era ‘latente’ y por tanto no requería de cuidado especial, revela que ya se había detectado, que de ello informó a la Doctora TRONCOSO y a la FUNDACIÓN CARDIO INFANTIL, y que a pesar de ello, no se tomaron las medidas necesarias para seguir los cuidados informados por el testigo David Mauricio Medina. Tampoco aparece prueba que determine el cumplimiento del deber de información a los padres del menor» (folio 41, demanda de casación).

4. Atinente a la responsabilidad de las llamadas a proceso, MARTHA CATALINA ORTIZ ROBLEDO y la ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS S.A. ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD COLSEGUROS E.P.S., el impugnante expuso, en síntesis, lo siguiente:

Sostuvo que el sentenciador desvió su camino cuando concluyó que no hubo error en el diagnóstico y, además, al momento de aseverar que los padres del niño incurrieron en negligencia.

En el texto que sigue, condensa su parecer:

«Nuevamente el H. Tribunal le da un alcance que no tienen las pruebas aludidas, aísla del análisis otras que consideró en su sentencia, y deja de apreciar otras (en lo que pudo haber incurrido también en error de hecho). Esto, combinado con la inobservancia de lo dispuesto en la ley 23 de 1981 y el Decreto 3380 de 1981, en lo que hace a las obligaciones del galeno era la de diagnóstico, y que el diagnóstico emitido, al estar

consignado en las historias clínicas, no es equivocado» (fl. 42, cuaderno de la Corte).

Afirmó que el *ad-quem* se equivocó al dar por establecido que la periodicidad de los controles en las fechas registradas fue la apropiada. Desconoció, entonces, los documentos obrantes en folio 138, reverso, en el que *«la Clínica Country en el mes de Marzo de 1999, había detectado en el ojo derecho del menor retinopatía (rop) estadio 1 en zona III, para lo cual sugirió control semanal, cosa que le fue advertida a la FUNDACIÓN CARDIO INFANTIL, constatable en la militancia que tiene dicha remitosa en la historia clínica de la FUNDACIÓN CARDIO INFANTIL, obrante a folio 172 (folio 172, del cuaderno que consta de 522 folios)».*

Agregó que la enfermedad que llevó al menor Jaime Abraham a la pérdida de la vista había podido ser tratada, empero, para ello, debió hacerse un seguimiento y control riguroso, tal cual lo advirtió la demandada Martha Catalina Ortiz Robledo, quien señaló que la vigilancia correspondía hacerla cada dos o tres semanas. Pero, arguyó el casacionista, contrariando su propia percepción, la profesional dispuso una verificación al mes de examinar al niño (formulario 1395963 del 24 de junio de 1999, allegado con la reforma de la demanda), situación probatoria respecto de la cual no hubo contradicción alguna.

También se desvió el fallador, sostuvo el recurrente, al desconocer el testimonio de Hernando Camacho Acevedo, persona idónea en esos menesteres, quien hizo claridad en cuanto que, según la historia clínica, para el 8 de junio de

1999, el niño ya padecía la retinopatía de la prematuridad, luego, la aseveración de la demandada alusiva a que Jaime Abraham presentaba una 'retina avascular en zona II y III ambos ojos', no resultó ser cierta.

Para el impugnante, las pruebas indican que la censurada profesional «(...) no tenía claridad acerca de la zona en que estaba exactamente la zona avascular, pues la Historia Clínica: 'Retina Avascular zona II y III, mientras que en la hoja de Contra referencia que envía a Pediatría, dice que la zona avascular está solo en la zona III: Retina avascular AO en temporal zona III» (fl. 44 ibídem).

Se reprocha al juzgador no haber valorado los testimonios de los profesionales David Medina y Ana Mercedes Laverde. El primero cuando aludió, en relación a la temporalidad de los controles del menor, que: «*En un prematuro de 980 gramos al nacer y 28 semanas de edad gestacional con 5 semanas y media de vida el siguiente control debe realizarse a los 8 o 15 días, teniendo en cuenta que la presentación de la enfermedad umbral (enfermedad con riesgo de desprendimiento de retina susceptible de ser manejada medicamente) comienza a las 34 semanas de edad pos concepción, es decir el niño en su última valoración tenía 33 semanas y media luego debía ser controlado a los 10 o 15 días siguientes. (folio 50, cuaderno que consta de 55 folios) (El subrayado es mío)*». Y, con respecto a la señora Laverde, al ser preguntada sobre el tratamiento de la retinopatía con crioterapia, expuso: «*'Si pero solo sirve en estadios tempranos para evitar que siga avanzando. La crioterapia es: aplicación del frío para evitar que se siga propagando en este caso el desprendimiento'*».

El casacionista insiste, frente a la desidia que el Tribunal endilgó a la parte demandante en cuanto a que no llevaron al menor a los controles, en forma oportuna, que, en primer lugar, no fueron informados de la naturaleza o características de la enfermedad del niño, lo que hubiera determinado otro comportamiento; se atuvieron, afirmó el impugnante, a las fechas señaladas o concedidas por el personal médico y, a las órdenes o instrucciones de los profesionales que los atendían. En segundo, como lo devela la historia clínica, las citas con especialistas sólo se autorizan cuando el médico de planta así lo considera y, en el caso presente, la pediatra María Eugenia Vergara, autorizó la consulta respectiva para el día 4 de agosto de 1999, y cuando se pidió la fecha de atención de la oftalmóloga, sólo hasta el 10 fue autorizada (declaración del 14 de febrero de 2001, fls. 339 a 341). Estas circunstancias, documentadas en el expediente, fueron desconocidas por el fallador.

IV. CONSIDERACIONES

1. Cumple señalar *ab initio*, con el propósito de delinear el marco o límites dentro de los cuales será resuelto el recurso, que la acusación formulada, en los tres cargos presentados, excluyó de cualquier reproche las reflexiones del Tribunal respecto de los demandados Germán Gonzalo Salazar Santos y la Aseguradora de Vida Colseguros S.A., involucrados en uno de los procesos iniciados. En ese orden, la evaluación se concentrará,

únicamente, en el proceder de los accionados MARTHA CATALINA ORTIZ ROBLEDO, oftalmóloga de profesión; GLORIA AMPARO TRONCOSO MORENO, en su condición de jefe de unidad de cuidados intensivos para neonatos de la fundación accionada; ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS S.A., ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD COLSEGUROS E.P.S., y FUNDACIÓN CARDIO INFANTIL – INSTITUTO DE CARDIOLOGÍA-.

2. Del compendio realizado en párrafos anteriores sobre los primeros cargos, ha quedado evidenciado que la queja de los demandantes está referida, puntualmente, a las supuestas equivocaciones en que incurrió el Tribunal al abordar lo relativo a la aplicación de la carga probatoria, así como a la valoración de algunos elementos de convicción que dejó de sopesar y otros, que al hacerlo, tergiversó su capacidad persuasiva.

3. Bajo esa perspectiva, en el proceso quedaron libres de discusión aspectos referentes a que los profesionales encargados de la atención del menor Jaime Abraham, llamados al proceso, cumplieron su deber de procurarle una mejoría en su salud en tiempos diferentes; también está libre de cuestionamiento por ser evidente y reconocido, el hecho de que el menor perdió la vista; así mismo es una realidad procesal que el mal que lo aquejaba, que desató ese funesto resultado, se conoce como ‘retinopatía de la prematuridad’.

4. La responsabilidad médica describe un escenario en donde campean los mismos elementos de toda acción resarcitoria y, por supuesto, cuando se ha infligido daño a una persona, surge el deber de indemnizar. Los agentes de la salud o establecimientos hospitalarios no están exentos, entonces, de ser llamados a responsabilizarse del detrimento generado. Desde luego, igual que acontece en los otros eventos donde se dan las circunstancias para reconocer perjuicios, cuando en desarrollo de actividades vinculadas a la sanidad de los pacientes, ya sea por negligencia o impericia, se les afecta negativamente en su salud, surge, de manera simultánea, el compromiso del agente dañino de enmendar el daño ocasionado, siempre y cuando se acrediten los restantes elementos de la responsabilidad.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, se ha ocupado con frecuencia de analizar temáticas como la planteada en el caso presente y, de manera constante, ha establecido que el perjuicio proveniente de la mala praxis de algunos oftalmólogos y las empresas prestadoras de salud que están a su servicio, dan origen a los procesos pertinentes de indemnización.

Así lo ha expuesto:

«(...) los presupuestos de la responsabilidad civil del médico no son extraños al régimen general de la responsabilidad (un comportamiento activo o pasivo, violación del deber de asistencia y cuidado propios de la profesión, que el obrar antijurídico sea

imputable subjetivamente al profesional, a título de dolo o culpa, el daño patrimonial o extrapatrimonial y la relación de causalidad adecuada entre el daño sufrido y el comportamiento médico primeramente señalado)'. (CSJ SC de 30 de enero de 2001, rad., n° 5507).

En fecha posterior dijo:

«Justamente, la civil médica, es una especie de la responsabilidad profesional sujeta a las reglas del ejercicio de la profesión de la medicina, y cuando en cualquiera de sus fases de prevención, pronóstico, diagnóstico, intervención, tratamiento, seguimiento y control, se causa daño, demostrados los restantes elementos de la responsabilidad civil, hay lugar a su reparación a cargo del autor o, in solidum si fueren varios los autores, pues 'el acto médico puede 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 septiembre de 2002, Rad. n°. 6199).

De manera precisa, sobre la responsabilidad de los establecimientos hospitalarios, asentó:

■ *«Esa responsabilidad no solo se predica de los galenos, en sus diferentes especialidades, pues, los centros hospitalarios*

están obligados directamente a indemnizar por las faltas culposas del personal a su servicio, toda vez que es a través de ellos que se materializan los comportamientos censurables de ese tipo de personas jurídicas.

«Esto aunado a que la relación entre el centro asistencial y el enfermo es compleja, bajo el entendido de que comprende tanto la evaluación, valoración, dictamen e intervenciones necesarias, como todo lo relacionado con su cuidado y soporte en pos de una mejoría en la salud, para lo que aquel debe contar con personal calificado y expertos en diferentes áreas.

«Por ese motivo, en este tipo de acciones se debe examinar si existe entre las partes una vinculación integral o se prescindió de alguno de los servicios ofrecidos, como puede ocurrir cuando el enfermo se interna en una clínica pero escoge un profesional ajeno a la planta existente, para que se encargue de un procedimiento específico, por su cuenta y riesgo» (CSJ SC 14 de noviembre de 2014, Rad. n° 2008 00469 01).

5. En los dos ataques propuestos, dirigidos a obtener la declaratoria de responsabilidad no acogida en la providencia respectiva, el actor incurrió en algunas deficiencias de orden técnico que inciden en el estudio de fondo del recurso.

5.1. El tema relativo a la falta de información o ilustración por parte de los profesionales que atendieron al niño Jaime, como se vindicará en el cargo tercero, es una situación que para el recurso de casación se muestra novedoso, habida cuenta que en las instancias no fue motivo de discusión o análisis. Al respecto, cumple remitir a

las reflexiones que se plasmaran al analizar dicha acusación.

5.2. Referente a los errores de hecho, se ha reiterado que su presencia en el fallo cuestionado debe ser de tal magnitud e incidencia que ponga de presente, sin mayores esfuerzos, la grave omisión del sentenciador. No cualquier desliz o incorrección del funcionario, entonces, tiene la jerarquía de socavar los cimientos de la decisión tomada.

Así lo ha expresado esta Corporación:

Precisamente, en razón de esos postulados que inspiran la valoración fáctica en las instancias, cuando la imputación formulada al fallo sea por la comisión de un yerro de hecho - causal 1ª, vía indirecta- su demostración presupone, entre otras exigencias, que la deducción probatoria cuestionada resulte manifiestamente contraria al contenido objetivo de la prueba, lo cual comporta que sólo se estructurará el error en la medida en que sea tan notorio que a simple vista se manifieste, sin mayores elucubraciones y ejercicios dialécticos.

La Corte, de antiguo tiene dicho que «el error de hecho se estructura cuando el juicio probatorio del sentenciador es arbitrario o cuando la única ponderación y conclusión que tolera y acepta la apreciación de las pruebas sea la sustitutiva que proclama el recurrente; por el contrario, si la conclusión a la que llegó el ad quem, luego de examinar críticamente el acervo probatorio se halla dentro del terreno de la lógica y lo razonable, en oposición a la que del mismo estudio extrae y propone el censor en el cargo, no se genera el yerro de facto con las características de evidente y manifiesto, por cuanto en dicha

situación no hay absoluta certeza del desatino cometido por el fallador en la providencia motivo de impugnación» -La corte hace notar- (CSJ SC 28 de junio de 2011, rad n°. 1998 00869).

5.2.1. El actor, como se recordará, denunció que el Tribunal dejó de valorar algunos indicios graves, en la medida en que, de una parte, no tuvo en cuenta que los demandados Martha Catalina Ortiz y la E.P.S., Colseguros, dejaron de dar respuesta a la reforma de la demanda (art. 95), y, de otra, cuando fueron citados a la audiencia de conciliación prevista en el artículo 101 *idem*, no asistieron ni justificaron tal conducta.

La trascendencia de las omisiones del funcionario judicial, como en este caso, se determina valorando el elemento de prueba desdeñado y, según el resultado obtenido, se concluirá si tal omisión tuvo o no incidencia y de qué magnitud. En ese orden, aceptando que el juez erró en la forma denunciada, resulta incuestionable que su incidencia en la definición del pleito y, más concretamente, en el sentido en el que se resolvió, no se muestra de la trascendencia que el actor le asigna; máxime que varias de esas circunstancias factuales si fueron observadas. A ello debe sumarse que el casacionista trata, indistintamente, los indicios y las presunciones cuando, probatoriamente, son conceptos y medios de persuasión diversos y autónomos.

5.2.1. En torno a lo primero, por un lado, no debe perderse de vista, por así observarse en el expediente, que

las demandadas Martha Catalina Ortiz y la E. P. S., Colseguros dieron respuesta al libelo inicial y, allí, aparece contestación a varios de los hechos a que alude la modificación señalada.

Por otro, no puede olvidarse que el Tribunal tuvo como razón determinante del desafortunado resultado de la enfermedad del niño Jaime Abraham el hecho de que sus padres no lo llevaron a debido tiempo a los controles ordenados. Según lo analizó el fallador, a la tercera semana debió asistir a consulta, sin embargo sus progenitores acudieron solo hasta la sexta, circunstancia definitiva en la pérdida de la vista.

5.2.2. En ese orden, haber tenido la falta de contestación de la demanda y el no asistir a la audiencia de conciliación como indicio grave en contra de los demandados señalados y, a partir de ello, erigir ese elemento de prueba respecto de algunas aseveraciones realizadas en la demanda, vr., gr., que los padres fueron informados de la pérdida de la visión del niño el doce (12) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999); o que la demandada haya suspendido la cita del diez (10) de agosto del mismo año, para el día doce (12); o, que las consultas para el especialista sólo se conceden según los criterios y turnos de la E. P. S., no habrían tenido ninguna repercusión en el fallo, pues, aún dado por ciertas esas circunstancias, aceptando con ello el error del *ad-quem*, el sentido de la sentencia no hubiese variado, dado que, como

se señaló, para la Corporación acusada, la causación del daño estuvo determinada por el comportamiento omisivo de los padres del niño.

5.2.3. Atinente a la prueba por indicios regulada, entre otras normas, en los artículos 175 y 248 del C. de P.C., en la medida en tal medio demostrativo no es más que el proceso lógico del funcionario judicial para, a partir de un hecho demostrado en el proceso, pueda inferir otro, erigirlo como mecanismo demostrativo, impone establecer la realidad procesal del hecho del cual surja el indicio, es decir, la situación inferida o, si conocido el efecto, habrá de establecer el hecho generador del mismo. En ese contexto difiere de las presunciones o ‘verdades interinas’, como las llama un sector de la doctrina (art. 176 *ib.*), en cuanto que son simples reglas de la experiencia consagradas en la ley positiva.

Bajo esa perspectiva, si el funcionario de segunda instancia, eventualmente, se equivocó, lo hizo respecto de los indicios graves contemplados en las normas señaladas por el actor, de cuyo texto se desentendió el sentenciador (arts. 95 y 101 C. de P.C.), disposiciones que involucran ‘indicios graves’ y no presunciones.

5.3. En lo que hace al error de derecho denunciado, vinculado a la inversión de la carga de la prueba (art. 177 C. de P.C.), es decir, como en el caso presente, a quien le corresponde asumir la acreditación del daño, la culpa y el

nexo causal. Al demandante quien se declara víctima y, por ende, acreedor; o, al demandado, tildado de victimario y, por tanto, deudor. Particularmente la culpa como fundamento de la responsabilidad, situación que constituye el meollo del asunto analizado. Sobre el particular, la doctrina y la jurisprudencia no han sido constantes, aunque, en las últimas décadas se ha afianzado la tendencia de establecer ese compromiso según las circunstancias particulares del caso.

Relacionado con el punto la Corte ha dicho:

«Es en la sentencia de 5 de marzo de 1940 (G.J. t. XLIX, págs. 116 y s.s.), donde la Corte, empieza a esculpir la doctrina de la culpa probada, pues en ella, además de indicar que en este tipo de casos no sólo debe exigirse la demostración de ‘la culpa del médico sino también la gravedad’, expresamente descalificó el señalamiento de la actividad médica como ‘una empresa de riesgo’, porque una tesis así sería ‘inadmisible desde el punto de vista legal y científico’ y haría ‘imposible el ejercicio de la profesión’».

«Este, que pudiera calificarse como el criterio que por vía de principio general actualmente sostiene la Corte, se reitera en sentencia de 12 de septiembre de 1985 (G.J. No. 2419, págs. 407 y s.s.), afirmándose que ‘...el médico tan sólo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo; de suerte que en caso de reclamación, éste deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación’. Luego en sentencia de 26 de noviembre de 1986 (G.J. No. 2423, págs. 359 y s.s.), se ratificó la doctrina, inclusive invocando la sentencia de 5 de marzo de 1940, pero

dejando a salvo, como antes se anotó, en el campo de la responsabilidad contractual, el caso en que en el 'contrato se hubiere asegurado un determinado resultado' pues 'si no lo obtiene', según dice la Corte, 'el médico será culpable y tendrá que indemnizar a la víctima', a no ser que logre demostrar alguna causa de 'exoneración', agrega la providencia, como la 'fuerza mayor, caso fortuito o culpa de la perjudicada'. La tesis de la culpa probada la consolidan las sentencias de 8 de mayo de 1990, 12 de julio de 1994 y 8 de septiembre de 1998».

«Con relación a la responsabilidad extracontractual del médico, siguiendo los lineamientos del artículo 2341 del C. Civil, la Corte reitera la doctrina sentada el 5 de marzo de 1940, sobre la carga de la prueba de la culpa del médico cuando se trata de deducírsele responsabilidad civil extracontractual por el acto médico defectuoso o inapropiado (medical malpractice, como se dice en USA), descartándose así la aplicabilidad de presunciones de culpa, como las colegidas del artículo 2356 del C. Civil, para cuando el daño se origina como consecuencia del ejercicio de una actividad peligrosa, tal como lo pregonó la Corte en las referidas sentencias de 1942 y 1959, porque la labor médica está muy lejos de poderse asimilar a ellas» -hace notar la Corte- (CSJ SC 30 de enero 2001, rad, 5507).

Y, en fecha más reciente, fortaleciendo la posición reseñada precedentemente, esta Corporación asentó lo que, hasta la fecha, ha sido el derrotero observado. Así se pronunció:

«Por supuesto que, si bien el pacto de prestación del servicio médico puede generar diversas obligaciones a cargo del profesional que lo asume, y que atendiendo a la naturaleza de éstas dependerá, igualmente, su responsabilidad, no es menos

cierto que, en tratándose de la ejecución del acto médico propiamente dicho, deberá indemnizar, en línea de principio y dejando a salvo algunas excepciones, los perjuicios que ocasione mediando culpa, en particular la llamada culpa profesional, o dolo, cuya carga probatoria asume el demandante, sin que sea admisible un principio general encaminado a establecer de manera absoluta una presunción de culpa de los facultativos (sentencias de 5 de marzo de 1940, 12 de septiembre de 1985, 30 de enero de 2001, entre otras)».

«Empero, a esa conclusión no se opone que el juez, 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 Ibídem); o que acuda a razonamientos lógicos como 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» -La Corte hace notar- (CSJ SC 22 de julio 2010, rad. 2000 00042 01).

Nuevamente al valorar el tema, en providencia más reciente, la Sala reflexionó así:

«En cuanto a la carga de la prueba, como ya lo ha precisado esta Corporación, se deberá analizar si el supuesto de hecho se enmarca en el régimen del inciso 3° del artículo 1604 del C.C., según el cual ‘la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo’, o si ‘el régimen jurídico específico excepcion[a] el general de los primeros incisos del artículo 1604 del Código Civil, conforme lo autoriza el inciso final de la norma’ (Cas. Civ. 30 de enero de 2001, exp. 5507), lo que permitirá, v.gr., la utilización de los criterios tradicionalmente empleados por la Corte sobre la carga de la prueba dependiendo de si la obligación es de medio o de resultado».

«Sin perjuicio de lo anterior, no se puede perder de vista, como también lo ha resaltado la jurisprudencia civil que, en relación con el onus probandi, es dable al juzgador aplicar criterios de flexibilización o racionalización probatoria en algunos supuestos excepcionales, atendiendo las circunstancias del caso concreto, v.gr., la regla res ipsa loquitur, la culpa virtual, o la presencia de

un resultado desproporcionado, entre otros (cfr. Cas. Civ. Civ. 30 de enero de 2001, exp. 5507, 22 de julio de 2010, exp. 41001 3103 004 2000 00042 01, y de 30 de noviembre de 2011, exp. 76001-3103-002-1999-01502-01)».

«Igualmente, es menester recordar al respecto que ya esta corporación, en el mencionado fallo de 30 de enero de 2001, destacó que ‘es precisamente en este sector del comportamiento en relación con las prestaciones debidas, donde no es posible sentar reglas probatorias absolutas con independencia del caso concreto, pues los habrá donde el onus probandi permanezca inmodificable, o donde sea dable hacer actuar presunciones judiciales, como aquellas que en ocasiones referenciadas ha tenido en cuenta la Corte, pero también aquellos donde cobre vigencia ese carácter dinámico de la carga de la prueba, para exigir de cada una de las partes dentro de un marco de lealtad y colaboración, y dadas las circunstancias de hecho, la prueba de los supuestos configurantes del tema de decisión. Todo, se reitera, teniendo en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica, complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como el tiempo y el lugar del ejercicio, pues no de otra manera, con justicia y equidad, se pudiera determinar la corrección del acto médico (lex artis)’».

«Esta última referencia es particularmente importante en situaciones excepcionales, en las que exista una evidente dificultad probatoria para el paciente o sus familiares en orden a obtener los medios de prueba que sirvan para acreditar la culpa médica, y por el contrario, por cercanía o disponibilidad, la demostración de la diligencia resulte de mayor facilidad para el facultativo o la institución hospitalaria demandada. En tales supuestos, obviamente, debe existir suficiente claridad en cuanto a la distribución probatoria que se determine para el caso particular, adoptada en el momento procesal oportuno y

garantizando la adecuada defensa y contradicción de las partes. Al respecto, resulta pertinente tener presente, como criterio interpretativo mientras entra en vigor, que el inciso 2° del artículo 167 de la Ley 1564 de 2012, que adoptó el Código General del Proceso, luego de señalar que ‘[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen’, introduce explícitamente el concepto de carga dinámica de la prueba en los siguientes términos: ‘No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares. (...) Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.’. (CSJ SC 5 de noviembre 2013, rad. 2005-00025-01).

De lo expuesto surge que ante el requerimiento de definir la responsabilidad de un profesional de la medicina o del establecimiento hospitalario, la carga probatoria tendiente a acreditar los elementos de la misma queda subsumida, en línea de principio, en las reglas generales previstas en los artículos 1604 del C.C. y 177 del C. de P.C., en otros términos, debe ser asumida por parte del actor. No

obstante, como lo ha venido señalando la jurisprudencia, a quien, en últimas, le corresponde acometer ese compromiso es aquel litigante que esté en mejores condiciones para la acreditación del hecho a probar (carga dinámica de la prueba), determinación a cargo del funcionario, según su criterio, aunque referido a circunstancias objetivas que develen la real posibilidad de que una u otra parte sea la llamada a ejercer ese rol.

En el asunto analizado, obsérvese que el juzgador, al aprehender el estudio de la controversia, de entrada, dejó señalado que *‘en línea de principio’*, el interesado era el llamado a demostrar el comportamiento culpable del médico. Y, evidentemente, en otros episodios de la sentencia puso de presente que esa carga debía ser soportada por los demandantes.

Sin embargo, el actor al refutar esa determinación evoca algunos pronunciamientos de diferentes Cortes para fortalecer lo que él considera debió ser la directriz apropiada en materia de carga probatoria; aunque, a renglón seguido, denuncia que la Corporación acusada violó el inciso 2° del artículo 177 del C. de P.C. Tal postura, sin duda, evidencia una marcada inconsistencia en el razonamiento del recurrente, pues, a partir de las decisiones memoradas, de un lado, reclama la aplicación de la denominada *‘carga dinámica de la prueba’*, pues a esos postulados refieren las providencias citadas; empero, al referir al precepto citado

(art.177), como violado, lo que invoca es la aplicación de la regla allí prevista (inciso segundo).

En efecto, las determinaciones judiciales traídas como ilustración aluden a lo que podría considerarse las primeras líneas en la judicatura tendientes a introducir un concepto nuevo en materia de pruebas y, concretamente, en cuanto a qué parte le asiste el compromiso de acreditar la culpa del presunto causante del daño, es decir, a aquella que en mejores condiciones se encuentra para acreditar los elementos de la responsabilidad pretendida; en todo caso, la exoneración proviene no de las afirmaciones o de las negaciones que sostenga la parte o de si el hecho es o no conocido; hipótesis que sí acontece en la normatividad invocada por el accionante (art. 177 C. de P.C.).

Y, si, en el *sub-lite* el juez optó por uno de esos sistemas o tendencias, su determinación *per se* no lo descalifica ni lo involucra en una trasgresión de tal magnitud que estructure un error como el denunciado. No hubo, en realidad, desconocimiento de las reglas que rigen la labor probativa, habida cuenta que aplicó una de las opciones que consideró procedentes y que está prevista en las normas que gobiernan el tema.

En todo caso, si el casacionista consideraba que en función de acreditar la responsabilidad de los profesionales de la medicina y, en particular, de la señora Gloria Troncoso, respecto de quien se elevó la queja, debía imperar

la regla del inciso 2° del artículo 177 del C. de P.C., es decir, que operara la exoneración de probar a partir de las afirmaciones o negaciones indefinidas o, eventualmente, la carga dinámica de la prueba, le correspondía demostrar que una u otra era la única alternativa probatoria y, al no ser acogida a plenitud por el funcionario, había propiciado el desvío denunciado.

Sin embargo, el recurrente se limitó a exponer que el Tribunal había equivocado su actividad cuando radicó en cabeza de la parte actora el compromiso de probar, más nada dijo sobre el particular, se sustrajo de acreditar que la opción por él señalada era la correcta y, contrariamente, la seleccionada por el juzgador vulneraba toda regla jurídica existente.

7. De todas maneras, dando por superadas las anteriores deficiencias, los errores denunciados tanto los señalados en el primero como en el segundo cargo, no se configuraron.

7.1. Relativamente a la conducta desplegada por la señora Gloria Amparo Troncoso, propicio es de resaltar que, según se denunció en la demanda, para la fecha de los hechos estaba vinculada a la Fundación Cardio Infantil, en su condición de jefe de la unidad de cuidados intensivos para neonatos, profesional que el día cinco (5) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999), recibió al menor Jaime. En la nota remisoría (emitida por la Clínica del

Country), se dejó constancia que al niño le había sido diagnosticado ‘retinopatía de la prematuridad grado 1’. La señora Troncoso el doce (12) del mes y año referidos, ordenó una examen de oftalmología; determinación que se repitió el día 14 de los mismos, sin embargo no fue atendida dicha instrucción. Luego de haber sido dado de alta, la misma especialista lo atendió por consulta externa el cinco (5) de mayo de igual año y no obstante tenerse conocimiento de la enfermedad del infante, nada dijo sobre el particular.

Referente a la intervención de dicha persona en la evolución de la enfermedad del niño, para el Tribunal no había incurrido en ninguna responsabilidad, habida cuenta que la enfermedad estaba en sus inicios ‘era latente’, y, además, otros expertos atenderían a Jaime Abraham. Ahí, en esa percepción, anida el error endilgado al fallador.

Al respecto, el testigo Hernando Camacho Acevedo (fls. 8 a 10), experto oftalmólogo, especialista en retina, expuso a propósito de la pregunta sobre si la retinopatía del prematuro tiene cura o no, que *‘En la retinopatía de la prematuridad hay 5 estadios o grados de la enfermedad. En los estadios 1 y 2 no se aconseja ningún tratamiento, solo la observación. En el estadio 3 se aconseja practicar crioterapia o aplicación de rayos laser para evitar que la enfermedad avance. En el estadio 4 se puede hacer una cirugía que se llama cerclaje. En el estadio 5 la única posibilidad es practicar la vitrectomía como se hizo en este caso’* –hace notar la Sala-.

Luego, si para el momento en que la Fundación Cardio Infantil, se hizo cargo del niño (abril de 1999), la enfermedad estaba en grado 1, escenario que según el experto debe ser solo objeto de observación, qué intervención o actuación debía demandarse de la profesional Gloria Troncoso o en qué faltó su ejercicio profesional si en la *lex artis* orientada a una simple observación que sería realizada por los expertos tratantes a donde sería remitido el paciente. Por tanto, el planteamiento del Tribunal en torno a que al menor lo atenderían otros profesionales no resulta ser una excusa baladí o una percepción equivocada de los documentos o testimonios recibidos, pues la gravedad de la enfermedad imponía, según su evolución o estadio en la que se encontrara un comportamiento diferente por parte de cada uno de los médicos intervinientes y, tan cierto es lo anterior, que para el 8 de junio de 1999, primera cita con la oftalmóloga Martha Ortiz, no hubo descripción del desarrollo de la patología, es decir, se evidenció un desarrollo favorable. En ese contexto, la apreciación por parte del Tribunal de la demanda y la nota remisoria del niño a la Fundación Cardio Infantil, así como el testimonio referido, en referencia a la intervención de la especialista Gloria Troncoso con miras a a determinar su responsabilidad, no engendran error alguno.

7.2. La conducta de la demandada Martha Ortiz, tampoco origina los errores denunciados y menos en la

magnitud que comporte infirmar la sentencia proferida. Obsérvese que las declaraciones de los expertos Camacho Acevedo y David Medina, a diferencia de lo manifestado por el casacionista, no revisten tal compromiso. El primero expuso:

‘En ocasiones la enfermedad es muy agresiva y pasa muy rápidamente de un grado 1, 2, o 3 a un desprendimiento total de retina sin que el oftalmólogo lo pueda evitar’.

En otros términos, el deponente, especialista en la materia, tiene claridad en cuanto que, en algunos eventos, la enfermedad desborda la capacidad de reaccionar del oftalmólogo.

Y, el médico David Medina, manifestó (fls. 50 a 55):

‘Una vez establecida la enfermedad, la progresión de la enfermedad depende de múltiples factores: el grado de prematuridad, la condición sistémica del prematuro, la extinción de la retina comprometida por lo cual el oftalmólogo establece el tiempo en el cual debe realizar la siguiente valoración que puede variar de 3 días, una semana, dos semanas tres semanas y hasta en un mes para luego darlo de alta (...)’.

Seguidamente, el deponente refiere que según la historia clínica del niño, para las citas del 8 y 24 de junio de 1999, cumplidas con la demandada Martha Catalina

Ortiz, no había seña de la retinopatía. En los siguientes términos quedó registrado ese episodio en la versión vertida:

*«Se le pone de presente al testigo la historia clínica del menor JAIME ABRAHAM RUEDA elaborada por la doctora MARTHA CATALINA ORTIZ para que con base en dicho documento responda lo siguiente: Según esta historia clínica que obra a folios 63 del cuaderno número 1, en las consultas realizada (sic) el 8 de junio y 24 de junio de 1999 se registra algún hecho signo o síntoma que haga pensar en la aparición de una retinopatía. CONTESTO: **No hay ningún signo que sugiera la aparición de la retinopatía**, sin embargo tiene riesgo de desarrollarla por tener la retina avascular en zona 2 en ambos ojos (...).» -La Sala hace notar-*

Eventual contradicción con lo manifestado por otro experto, el señor Camacho Acevedo: *«(...) la descripción de la doctora podría clasificar como una retinopatía de la prematuridad estadio 2 en el control del 8 de junio de 1999»,* exposición que no fue despejado a lo largo del debate probatorio y, por supuesto, tal mácula probatoria genera duda en torno no solo a la veracidad de la patología sino al comportamiento de la profesional demandada, evidenciando, de paso, que el error denunciado no es de tal jerarquía o de fácil aprehensión.

Y si así son las cosas, no hubo, en verdad, distorsión de esas declaraciones, tampoco de la historia clínica. Al contrario, los deponentes dejan al descubierto que la

evolución de la enfermedad, en algunas oportunidades superan la reacción del oftalmólogo; así mismo, que según su desarrollo la consulta para un mes es tan válida como la convocada para una semana. Y, en el caso del médico Medina, con lectura de dicho documento (historia clínica), aseveró que para el día 8 y 24 de junio de 1999, no había existencia de la enfermedad, luego, la periodicidad de las citas o controles por parte de la demandada, itérase, no resultaron distantes o se muestran como prueba de la inidoneidad del tratamiento.

En esa perspectiva la evaluación del juzgador respecto del material probatorio no destella la equivocación denunciada y menos de la jerarquía reclamada por el casacionista.

Desde luego, a partir de la exposición del Dr., Medina, la emisión del formulario 1395963 de 24 de junio de 1999, que recoge la orden de una cita dispuesta por la demandada Martha Catalina Ortiz, en si mismo, no describe un error pues, como acaba de referirse, según las circunstancias de cada caso, una consulta al mes de la última puede resultar un procedimiento válido, con mayor razón, si, como el mismo médico lo expuso, para el día 24 de junio no había manifestación clara de la retinopatía.

Respecto de las versiones de las expertas Ana Mercedes Laverde y Marcela Valencia, si bien aportaron elementos para ilustrar el cuadro clínico que padecía, en

esa época (1999) el menor Jaime Abraham, incluyendo las referencias citadas por el impugnante, no puede de las mismas derivarse la trascendencia o magnitud del error atribuido al fallador, entre otras razones, porque, los dos profesionales atendieron y diagnosticaron al niño luego del desafortunado suceso del desprendimiento de las retinas. Además, la primera de ellas fue explícita al decir que no era la oftalmóloga tratante; que cada caso tiene un comportamiento diferente y que *‘como en medicina nada esta (sic) absoluto alguna veces a pesar del tratamiento evoluciona hacia el último grado, o sea el grado cinco’*, evidenciando, junto con lo expuesto por el profesional Camacho Acevedo, que la enfermedad en muchas oportunidades supera los esfuerzos del personal médico.

En fin, las características de los errores denunciados no se muestran en el presente asunto, es decir, el juzgador al momento de cumplir su tarea de tal no incurrió en los desvíos denunciados, al menos no de la trascendencia o magnitud suficientes para infirmar el fallo cuestionado.

Los cargos no prosperan.

CARGO TERCERO

En esta oportunidad, la reprobación de la sentencia proferida alude a la violación de los artículos 63, 1494, 1505, 1546, 1602, 1603, 1604, 1610, 1613, 1614, 1615,

2341, 2343 y 2356 del Código Civil; el 1º, 10, 15, 16, 17, 18 y 19 de la Ley 23 de 1981, así como los artículos 9 a 12 del Decreto 3380 de 1981.

El cargo fue trazado por la causal primera del precepto 368 del C. de P.C., por ‘violación directa’, de las normas señaladas en precedencia, atribuyéndole a la Corporación acusada *«no emplear la norma que estaba llamada a disciplinar el litigio»*; empero, además, debido a los *«errores de hecho manifiestos en la ‘apreciación de la demanda y de las pruebas’* -las líneas no son originales-.

Cuando desarrolló la acusación, entre otros aspectos que cumple resaltar, el promotor de esta defensa sostuvo que el Tribunal se equivocó al no constatar la aplicación de diversas reglas jurídicas incorporadas en la Ley 23 de 1981 v. gr., la que obliga al médico a dejar *‘constancia en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto o de la imposibilidad de hacerla’* (art. 12); o aquella hipótesis relativa a que los profesionales de la medicina no deben exponer al paciente a riesgos injustificados (art. 15); también, el mandato de informar al paciente, familiares o allegados sobre la enfermedad y los procedimientos a adoptar (art. 16).

El casacionista expresó que:

«De haber sabido la gravedad de la patología de su menor hijo, hubieren buscado todo tipo de recursos médicos para lograr su mejoría. Desafortunadamente solo se enteraron al final, cuando

la enfermedad ya había cobrado, de manera definitiva, la visión de su querido hijo». (fl. 54 idem).

Pero, por la ignorancia en la que se les mantuvo, insistió, no pudieron asumir otra actitud que someterse a las instrucciones de los profesionales que vieron al niño; no estuvieron informados de la gravedad de la enfermedad, tampoco de la periodicidad de los controles, etc. No obstante esa realidad, el Tribunal se desentendió del texto de las normas aludidas que, con claridad incontrovertible, consagran esos deberes y protocolos en el ejercicio de actividades médicas.

Resaltó que:

«No existe, H. Corte, prueba alguna que señale que en las historias clínicas o en cualquier otro documento se cumplió con el deber de información aludido por la Dra. MARTHA CATALINA ORTIZ ROBLEDO, la ASEGURADORA DE VFIDA COLSEGUROS S.A. ENTIDAD PROMTORA DE SALUD COLSEGUROS E.P.S., la Dra. GLORIA AMPARO TRONCOSO MORENO, o la FUNDACION CARDIO INFANTIL INSTITUTO DE CARDIOLOGIA, respecto de la patología del menor JAIME ABRAHAM RUEDA ABELLA» -Hace Notar la Sala- (folio 55, demanda de casación).

En definitiva, reprocha que nunca se haya cumplido por parte de la oftalmóloga el deber de informar a los padres del niño Jaime Abraham sobre la gravedad de la enfermedad y, a pesar de ello, el Tribunal no acometió la aplicación de la Ley 23 de 1981.

VI CONSIDERACIONES

1. Cuestionar una determinada decisión judicial a través del recurso extraordinario de casación, por sabido se tiene, implica para la parte que así procede, acatar un mínimo de formalidades y exigencias de orden técnico cuyo incumplimiento trunca dicha labor impugnativa. Tales condicionamientos, dada la naturaleza y características de la censura, no pueden ser suplidos, de manera oficiosa, por la Corte Suprema (Artículos 374 del C. de P.C. y 51 del Decreto 2651 de 1991).

2. En los casos en que la denuncia refiera a errores *iuris in iudicando*, atribuibles a la labor de la Corporación de segunda instancia, invocando para su análisis la causal primera de casación prevista en el artículo 368 del C. de P.C., vía directa, su promotor debe limitarse a controvertir, exclusivamente, el trabajo del funcionario alrededor de la activación o no de las normas que gobiernan el caso; de la aplicación errada que haya podido hacer de dichos mandatos o, respecto a una posible interpretación indebida, es decir, al impugnante no le está autorizado involucrar en su protesta aspectos anejos a lo factual de la controversia.

Así lo ha expuesto reiteradamente esta Corporación:

« se infringe la ley por vía directa cuando, sin consideración a las pruebas, se deja de aplicar dicha ley, o se la aplica

indebidamente, o se la interpreta de manera equivocada...'. (Cas. Civ. Sentencia de julio 7 de 1964. G.J, t. CVIII, p. 56)».

«Dicho de otra manera, la vulneración recta de las reglas sustanciales, que como motivo de casación contempla la causal inicial del artículo 368 ejusdem, sólo se produce cuando, al margen de toda discusión probatoria, el sentenciador deja de emplear en el caso controvertido, la norma a que debía sujetarse y, consecuentemente, hace actuar disposiciones materiales extrañas al litigio, o cuando habiendo acertado en la norma rectora del asunto yerra en la interpretación que de ella realiza. También ha sido criterio reiterativo de la Sala, que cuando la denuncia se orienta por la vía directa, presupone que el censor viene aceptando plenamente las conclusiones fácticas y probatorias deducidas por el Tribunal» -Las líneas no son originales- (CSJ SC 4 de agosto de 2014, rad. n° 1998 07770 01).

3. En ese orden, cuando la parte plantea, como en el presente caso aconteció, una acusación por la vía directa y, a pesar de ello, al desarrollar la inconformidad que la justifica, trae como soportes de la misma pasajes alusivos a situaciones fácticas y, además, reprocha la labor probatoria que cumplió el Tribunal, pone en evidencia, sin duda alguna, que desvió su perspectiva; encauzó su queja por la vía que no correspondía y, por ello, desconoció las reglas que gobiernan este medio impugnativo.

Ciertamente, al presentar, como fundamento de la queja, que el Tribunal incurrió en «errores de hecho manifiestos en la 'apreciación de la demanda y de las pruebas'». Y, luego, al

afirmar que en el proceso «No existe, H. Corte, prueba alguna» o que «en cualquier otro documento se cumplió con el deber de información aludido», hace palpable el desconocimiento del que se viene hablando, circunstancias que impiden abordar en el fondo el reproche formulado.

4. Ahora, si se pretendiera dar por superada tal deficiencia y se optara por impulsar la acusación por la senda que le corresponde, de todas maneras, el propósito resultaría frustráneo, pues, el actor, durante el trámite de las instancias agotadas no cuestionó el punto que hoy controvierte a través de este recurso extraordinario, lo que constituye una novedad y, por tanto, es repulsada por las reglas de la casación.

En efecto, en el libelo (fl. 125, cuaderno No. 1), el demandante expuso: ‘El día 8 de junio de 1999, es valorado por la Dra. **MARTHA CATALINA ORTIZ ROBLEDO**, quien no le diagnostica la ROP, ni advierte a los padres sobre el riesgo y efectos que produce la enfermedad’. Y, con motivo de la sustitución de la demanda (fls. 135 a 142), tal manifestación se reprodujo de manera idéntica.

5. Sin embargo, dicho tema, no obstante lo medular en la responsabilidad reclamada, no fue objeto de debate probatorio y cuando la juez *a-quo* definió la instancia (fls. 434 a 489, *idem*), el mismo quedó excluido de cualquier consideración. Ese olvido se percibió, igualmente, en los escritos que presentaron los apoderados de la parte actora ante el Tribunal con miras a sustentar la alzada, no obstante que uno y otro refirieron a la condena y la

absolución declaradas, así como los resúmenes aducidos una vez culminó la audiencia prevista en el artículo 360 C. de P.C. (fls. 23 a 35; 40 a 44; 107 a 111; 115 a 119; y, 123 a 127); en otros términos, la exclusión de dicha situación en los escenarios señalados y, particularmente, en el recurso de apelación, implicó una aceptación de la misma. Esa actitud silente u omisiva alrededor de esa circunstancia fue persistente en la sentencia del *ad-quem*, quien no destinó línea alguna para evaluar la situación descrita.

Bajo esa consideración, dicho aspecto, no evaluado en las instancias, no puede hoy hacer parte del análisis que implicaría abordar en el fondo el recurso extraordinario.

Atinente a los temas nuevos, la Corte ha dicho:

« (...) debió ser discutido en esos términos en el transcurso del proceso, lo que aquí no aconteció». (Cas. Civ. Sentencia de 24 de junio de 2008, expediente 2000 01141. Reiterado en sentencia de 1º de noviembre de 2013, expediente 1994 26630)».

«Aceptar en el recurso extraordinario de que aquí se trata, la introducción de puntos novedosos conduce a la violación del derecho de defensa, llamado a impedir que una parte sorprenda a la otra con explicaciones fácticas que no fueron ventiladas en el trámite del asunto, al menos, repítase, a la manera como en el caso se esgrimió la indemnización (...). Así lo decantó la jurisprudencia cuando asentó que ‘se violaría el derecho de defensa si uno de los litigantes pudiese echar mano en casación de hechos, extremos o planteamientos no alegados o formulados en instancia, respecto de los cuales, si lo hubiesen sido entonces, la contraparte habría podido defender su causa (sentencia de 1º de marzo de 1955, G.J. LXXXIII, pág. 76, reiterada en los fallos

proferidos el 24 de abril de 1977 y el 19 de noviembre de 2001, entre otros) (CSJ SC 4 de agosto de 2014, rad. n° 1998 07770 01).

6. Y no debe olvidarse que la mención del actor en cuanto que los padres del menor no recibieron la ilustración sobre la patología sufrida por éste, se hizo dentro de un contexto definido cual fue que la oftalmóloga no había diagnosticado la enfermedad que él padecía, luego, si ello fue así, por obvias razones, no tenía de qué informar a los progenitores del mismo. La información que le compete al médico transmitir al paciente, a los familiares o allegados, representa el cuadro clínico diagnosticado, empero, si no hay pronunciamiento sobre el particular, por obvias razones, no habría que informar.

Desde luego, errores de esas características no son asimilables en la dinámica del recurso que ocupa a la Corte y, contrariamente, suficientes para desechar la acusación.

El cargo no prospera

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia proferida el trece (13) de

septiembre de dos mil doce (2012), proferida en el juicio de la referencia.

Costas a cargo de la parte recurrente. Conforme lo previene la Ley 1395 de 2010, se fija por concepto de agencias en derecho la suma de \$6.000.000.oo., atendiendo, además, que la opositora hizo presencia en este trámite, dando respuesta al recurso.

Cópiese, notifíquese y, en su momento, devuélvase.

ALVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

Presidente de Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

LUIS ALONSO RICO PUERTA

AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA