



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Civil

**ARIEL SALAZAR RAMÍREZ**  
Magistrado ponente

**SC562-2020**

**Radicación n° 73001-31-03-004-2012-00279-01**  
(Aprobado en sesión del doce de febrero de dos mil veinte)

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de febrero de dos mil veinte (2020).

La Corte decide el recurso extraordinario de casación que formuló la parte demandante contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Ibagué el 8 de marzo de 2016 en el proceso de la referencia.

## **I. EL LITIGIO**

### **A. La pretensión**

Martha Patricia Mojica y Danilo Ernesto Sanabria Tavera, en nombre propio y en representación de los menores Iván Yesid Pérez Mojica, Jineth Daniela Casallas Mojica, María Alejandra Sanabria Mojica, Paula Andrea Sanabria Gutiérrez y Brayan Camilo Sanabria Gutiérrez, demandaron a Salud Total E.P.S. para que se declare que esa entidad les ocasionó perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales con motivo de la deficiente atención médica que se brindó a la menor María Alejandra Sanabria Mojica, quien perdió el sentido de la vista.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitaron se condene a la demandada a pagar por concepto de daño moral la suma de 500 salarios mínimos mensuales a la víctima directa de las lesiones, 400 salarios mínimos a cada uno de sus padres y 100 salarios mínimos a cada uno de sus hermanos. [Folio 297, c. 1]

Por concepto de daño a la vida en relación o daño fisiológico causado a la menor, la suma de 1.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes; y como lucro cesante por los emolumentos que la menor dejará de percibir en su vida laboral probable, la suma de 504 salarios mínimos mensuales legales.

### **E. Los hechos**

1. Danilo Ernesto Sanabria Tavera se afilió al régimen contributivo del Sistema de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizante independiente, a través de la entidad Salud Total E.P.S. desde el 11 de noviembre de 2003. Su compañera permanente Martha Mojica Saavedra e hijos son afiliados del sistema en calidad de beneficiarios.

2. Martha Mojica Saavedra quedó embarazada e inició los controles prenatales. Con anterioridad a su último embarazo tuvo dos hijos mediante cesárea. Los médicos de la E.P.S. nunca le informaron sobre los riesgos asociados a multicesáreas.

3. Entre el 20 y el 25 de enero de 2004, la embarazada sintió un *«dolor bajito, de alta intensidad»*, en razón del cual fue atendida por el ginecólogo Jaime Rengifo, quien le informó que era propensa *«a la ruptura de útero»* debido a las cesáreas que se le habían hecho en los embarazos anteriores. En consecuencia, le prescribió medicación *«para la maduración de los pulmones del bebé»*.

4. El 12 de febrero de 2004 volvió a presentar dolores fuertes en el vientre, por lo que el médico tratante la remitió al servicio de urgencias. Allí fue atendida por el doctor Javier

Vanegas Betancourt, quien le practicó tacto de cuello uterino y le prescribió «L RINGER 1000 CC A CHORRO», «SULFATO DE MAGNESIO 5 AMPOLLAS + 500 CC SSN PASAR 300 CC EN UNA HORA, CONTINUAR A 60 CC HORA», «HIOSCINA +DIPIRONA IV CADA 6 HORAS», «SS CH BUN - CREATININA, PARCIAL DE ORINA».

5. En la misma fecha fue atendida por el ginecólogo Manuel del Cristo Iriarte, quien ordenó «cesárea con carácter urgente basado en el riesgo de ruptura uterina». La cesárea se practicó el mismo día en la Clínica Calambeo. La menor nació y fue internada en la «UCI de neonatos».

6. La neonata tenía *edad estacional de 29 semanas*, pesaba 1150 gramos, talla de 39 centímetros y dificultades respiratorias. Fue puesta en una incubadora para que ganara peso.

7. En esa unidad permaneció desde el 12 de febrero hasta el 23 de marzo de 2004, cuando el pediatra Pablo López Burgos autorizó su salida y ordenó que el pediatra de la E.P.S. hiciera dos valoraciones por semana a fin de «seguir su proceso de crecimiento y exámenes de rigor para descartar cualquier enfermedad o condición emergente que debía ser manejada a futuro inmediato».

8. El pediatra Eduardo Páez valoró a la niña el 29 de marzo, el 4, 7 y 14 de abril, pero nunca ordenó ningún examen, ni exploró su capacidad visual o auditiva, pese a las solicitudes de la madre. Tan solo midió el peso y la talla.

9. El 20 de abril de 2004, la madre llevó a la niña donde el pediatra Eduardo Páez porque «se notaba el ojo izquierdo (globo ocular) pequeño, el iris transparente y manchas de sangre dentro de la cámara anterior». El médico afirmó que tenía que esperar hasta que tuviera un año para recibir valoración por oftalmología, pues de momento ello no era de utilidad.

10. La respuesta del médico tratante contradijo manifiestamente la evidencia científica, pues la valoración

oftalmológica inmediata del prematuro se encuentra prevista como procedimiento de obligatorio cumplimiento en las guías de atención médica de los distintos países desde hace décadas; como lo está en la Guía de Práctica Clínica del Recién Nacido Prematuro expedida por el Ministerio de Salud, y en la Guía de Práctica Clínica para el Manejo de la Retinopatía de la Prematuridad, publicada por la Organización Panamericana de la Salud y la Organización Mundial de la Salud.

11. El 11 de mayo de 2004 ingresó nuevamente a urgencias por tener fiebre, congestión nasal y secreciones en el ojo izquierdo. La atendió la doctora Fanny Garzón, quien, luego de la insistencia de la madre, habló con el pediatra Gabriel Caicedo. Éste finalmente ordenó remitir a la menor al oftalmólogo.

12. El mismo día, el oftalmólogo Helder Fonseca la valoró y dictaminó *«retinopatía del prematuro, estadio IV solo en ojo izquierdo, más leucoma en el mismo ojo»*. Por ello, ordenó su revisión prioritaria por retinología. Aunque la solicitud se radicó para que se le diera trámite urgente, la E.P.S. *«demoró 15 días para conseguir la remisión prioritaria»*.

13. El 26 de mayo de 2004, la menor fue atendida en la Clínica Horus. El médico emitió el diagnóstico de *«retinopatía de la prematuridad en estadio V en ojo izquierdo, enunciando la presencia de la misma en el ojo derecho»*. Solicitó una junta de retinólogos para definir la conducta a seguir.

14. El 27 de mayo fue valorada de nuevo y se le diagnosticó *«glaucoma infantil en el ojo izquierdo»*. El doctor Guillermo Marroquín pidió la práctica urgente de un examen bajo anestesia general de ambos ojos, cirugía filtrante para glaucoma en ojo izquierdo y posible cirugía de retinopatía en ojo derecho.

15. El 1 de junio de 2004 el especialista ordenó cambiar dichas autorizaciones debido a un error de digitación de la E.P.S.

16. La cirugía fue programada para el 8 de junio siguiente. Pero cuando la paciente ya estaba en el quirófano, bajo anestesia y cirugía filtrante, el médico decidió no practicar el procedimiento quirúrgico y reprogramarlo para una fecha posterior *«por dificultades administrativas con la asistencia del anestesiólogo»*.

17. El 10 de junio se realizó una junta de retinólogos, quienes cambiaron la solicitud de cirugía por *«vitrectomía más cirugía filtrante y trabeculectomía ojo izquierdo»*.

18. La cirugía no pudo realizarse para la fecha programa (12 de junio) porque la autorización estuvo mal diligenciada.

19. Después de 13 días, la menor fue operada y le extrajeron el cristalino, procedimiento que *«no fue objeto de consentimiento informado»* y que ocasionó *«la pérdida de volumen del ojo y posterior pérdida del mismo»*.

20. En la valoración del 29 de junio de 2004 se encontró desprendimiento total de la retina.

21. Los puntos de la cirugía debían ser retirados a finales de junio; sin embargo, ello no ocurrió porque Salud Total E.P.S. terminó su contrato con la clínica donde se practicó la cirugía.

22. El 9 de septiembre de 2004, 73 días después de la operación, un oftalmólogo de la Clínica Fundonal debía valorar a la paciente. No obstante, no la atendió porque *«su campo de especialidad no incluía el manejo de menores»*. Debido a lo anterior, fue valorada por el médico David Medina, quien se negó a retirar los puntos porque ese procedimiento debía hacerlo el profesional que realizó la operación.

23. El 12 de octubre de 2004 la menor fue atendida por la doctora Claudia Parra, quien concluyó que la niña *«debe ser vista por otorrinolaringología y terapias»*, ya que al parecer no respondía a estímulos acústicos.

24. Finalmente, el 29 de octubre de 2004 le retiraron los puntos de la cirugía.

25. La otorrinolaringóloga revisó a la menor el 2 de noviembre de 2004, remitiéndola con carácter urgente a valoración de neuropediatría y ordenándole exámenes de audiometría, tallo cerebral, fotoemisiones acústicas y potenciales auditivos.

26. La madre interpuso acción de tutela contra la E.P.S., debido a la demora en realizar los exámenes.

27. En fallo de tutela del 21 de diciembre de 2004, se amparó el derecho a la salud de la menor, ordenándose los exámenes solicitados.

28. El personal de la E.P.S. no informó a los padres de la menor sobre los requisitos de preparación para los exámenes, por lo que no pudieron practicarse.

29. El 11 de mayo de 2005 la menor fue valorada por neuropediatría, a raíz de lo cual se le ordenó *«tíflología permanente y terapia física permanente»*. En criterio del médico tratante, el manejo por dicha especialidad debió empezarse un año atrás *«por la condición de prematuridad»*.

30. El 27 de mayo de 2005 la menor fue atendida por el oftalmólogo, quien solicitó *«potenciales visuales de ojo derecho por percepción luminosa»*. El examen se llevó a cabo el 18 de junio de 2005.

31. El 23 de enero de 2006 el médico solicitó con carácter urgente *«una ecografía ocular con electrofisiología»*, pese a lo cual los exámenes se realizaron tres meses después.

32. El 16 de noviembre de 2006 la paciente fue valorada por *«retinología pediátrica»*. Se indicó que *«muestra desprendimiento de la retina total en ambos ojos»* y *«disminución del tamaño de ambos ojos»*; por lo que se remitió a valoración *«oculoplástica para manejo del enoftalmus»*.

*bilateral y la hipoplasia del tercio superior de la cara*. [Folio 143, c. 1]

33. El 12 de diciembre la menor fue atendida por el oftalmólogo, quien solicitó *“valoración prequirúrgica de enucleación de ojo izquierdo”*, valoración por cardiología y exámenes de rigor (creatinina, cuadro hemático, BUN, glicemia), con el fin de extraer el ojo izquierdo. [Folio 144, c. 1]

34. El 28 de febrero de 2007 la menor fue sometida a cirugía de extracción del globo ocular izquierdo, pero por error se le implantó *«una prótesis #16»*, que luego expulsó; además, se generó una infección secundaria. [Folio 146, c. 1]

35. El 8 de marzo fue valorada por el cirujano que la operó, quien les explicó a los padres que el implante ocular colocado no era el adecuado para el ojo de la paciente, por lo que debía volver a operarla para implantar el correcto (#12).

36. El 9 de marzo la niña presentó expulsión espontánea del implante con salida de material membranoso blanquecino, por lo que fue llevada de inmediato a consulta. [Folio 147]

37. El 14 de marzo de 2007 fue operada nuevamente. Pero, por segunda vez, se le implantó una prótesis #10 equivocada.

38. Seis meses después, el 27 de agosto de 2007, fue valorada por *«oculoplastia»*. La médico tratante afirmó que como el proceso de cicatrización había iniciado no se podía cambiar el implante y era mejor *«ajustar implantes tipo cascurilla sobre el existente»*.

39. El 10 de mayo de 2008 fue valorada por el neuropediatra, quien diagnosticó *“ceguera por retinopatía del prematuro”*. [Folio 181]

40. Después de 17 de meses de haberse solicitado una valoración por psiquiatría se le diagnosticó *«retardo mental severo, amaurosis y trastorno genético»*. [Folio 320, c. 1]

41. El 31 de julio de 2008 se le diagnosticó *«hemiplejía espástica, secuelas de prematuridad y retinopatía del prematuro»*. [Folio 184, c. 1]

42. El 24 de agosto la menor fue valorada por retinología, ordenándose cirugía urgente de *«vitrectomía posterior, más colocación de silicona»*. La especialista afirmó que no había quien autorizara la intervención, por lo que solo se autorizó 12 días después *«por presiones con medios de comunicación y amenazas de nuevo desacato»*.

43. El 1 de noviembre de 2008 se ordenó el *«retiro de puntos y operación de reforma de cámara anterior para mejorar estímulo luminoso»*. La operación no pudo llevarse a cabo *«por falta de NAP, siendo omisiva la respuesta de la EPS»*. El procedimiento fue reprogramado para 8 días después.

44. En el área de psiquiatría infantil, se indicó que la menor tenía *«trastorno mixto del desarrollo con síntomas autistas secundarios a su discapacidad visual igual/secundaria al mal manejo médico realizado»*.

45. El pediatra Eduardo Páez Gómez fue sancionado por el Tribunal de Ética Médica del Tolima por el tratamiento negligente que le dio a la menor recién nacida, y debido a la violación del artículo 10 de la Ley 23 de 1981, que establece que *«el médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente»*.

46. Según los demandantes, a la patología retinal de la menor se le dio un manejo inadecuado, pues de habersele brindado un tratamiento idóneo se habría podido evitar la pérdida de su visión y, posteriormente, del globo ocular, así como las complicaciones derivadas de los sucesivos errores en la colocación del implante.



### **C. El trámite de las instancias**

1. La demandada, Salud Total E.P.S., se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones que denominó «*Salud Total E.P.S. S.A. cumplió sus obligaciones como entidad promotora de salud: ha garantizado el acceso a los servicios de salud de una manera continua e ininterrumpida*»; «*inexistencia de culpa*», «*inexistencia de nexo causal por causa extraña*», «*extralimitación de la pretensión indemnizatoria*», «*cumplimiento de los estándares en la prestación de los servicios de salud*», «*cumplimiento de la lex artis ad hoc*», «*las obligaciones médicas son de medio y no de resultado*» y «*el régimen de responsabilidad civil médica se rige por la culpa probada de acuerdo al art. 177 del C.P.C.*».

Manifestó que no incurrió en errores de conducta porque los médicos que atendieron a la embarazada y a la recién nacida se ajustaron a los dictados de la ciencia médica, pues les brindaron una atención oportuna, especializada e integral, y ordenaron los exámenes, medicamentos y procedimientos pertinentes.

En su criterio, la responsabilidad civil es exclusiva de las instituciones que atendieron a las pacientes, como el Instituto del Corazón de Ibagué, la Fundación Oftalmológica Nacional, Horus Clínica Oftalmológica, la Clínica del Tolima y demás prestadores del servicio de salud.

Afirmó que la condición física de la menor se ha debido a un trastorno genético, brindándosele los tratamientos y procedimientos médicos que ha necesitado.

Agregó que no existe relación de causalidad entre la culpa y el daño, pues los presuntos perjuicios no pueden ser atribuidos a la atención que proporcionó la institución.

Con relación a la indemnización pretendida, señaló que es excesiva.

## **2. Llamamientos en garantía.**

2.1. Salud Total E.P.S. llamó en garantía al médico Manuel del Cristo Iriarte Ucrós, quien prestó sus servicios profesionales a la señora Martha Patricia Mojica al momento del parto; por lo que, de llegar de demostrarse su negligencia, estaría obligado a responder civilmente por los daños ocasionados a los actores. [Folio 4, llamamiento; folio 81, c. 1.]

El llamado en garantía se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de *ausencia de causa para demandar*, *inexistencia de culpa*, *obligación del médico es de medios y no de resultados*, *causa extraña*, *indicación médica del procedimiento* y *prescripción*.

Sostuvo que sus actos médicos fueron realizados de conformidad con los postulados que rigen su profesión. Fue así como frente al diagnóstico de inminente ruptura de útero ordenó una cesárea de urgencia para salvar la vida de la madre y de su bebé, siendo ese el procedimiento indicado. Manifestó que no tuvo ninguna injerencia en el tratamiento previo que se brindó a la paciente.

Manifestó que a la parte demandante le incumbía probar la culpa porque se trata de una obligación de medios. Adujo que el resultado en la salud de la menor no se debió a su intervención sino a una *causa extraña*, pues obedeció a las condiciones físicas de la paciente.

2.2. La demandada también llamó en garantía a Diacorsa – Sucursal Instituto del Corazón de Ibagué, por haber sido la institución que prestó a la paciente demandante los servicios de ginecología, cesárea, exámenes diagnósticos, atención de enfermería, cuidados intensivos neonatales y cuidados intermedios. [Folio 70, cuaderno 1]

La obligación de la llamada en garantía –explicó– deriva del contrato de prestación de servicios suscrito entre Salud Total E.P.S. y Diacorsa, en cuya cláusula segunda se pactó: *Garantía de calidad. El contratista y/o los profesionales que*

*presten el servicio médico objeto del presente contrato, serán responsables ante la entidad por la calidad del servicio, así como por la idoneidad y profesionalismo del personal que lo preste».*

De igual modo, en la cláusula octava se estableció: *«(...) El contratista asume la responsabilidad que legalmente le corresponda y que se derive de la calidad e idoneidad de los servicios de salud que preste a los afiliados la entidad, así como la responsabilidad que legalmente le corresponda, incluyendo perjuicios patrimoniales, morales y fisiológicos, y que pueda derivarse de los actos y omisiones, tanto del personal médico y paramédico a los cuales encomiende la prestación de los servicios de salud, como la de su personal administrativo».* [Folio 72, c. 1]

Diacorsa se opuso al *petitum* y formuló las excepciones de *«ausencia de causalidad», «improcedencia de imputación objetiva del daño»* y *«ausencia de dolo o culpa en la atención médica».*

Alegó que la causa de las lesiones fue la deficiente atención que Salud Total E.P.S. brindó a la mujer embarazada y a la recién nacida; pero no la conducta de su equipo médico, que actuó con pericia, diligencia y cuidado de conformidad con su especialidad y recursos.

2.3. Diacorsa, a su turno, llamó en garantía a la Aseguradora Colseguros, entidad que propuso las excepciones que denominó *«ausencia de causalidad», «prescripción», «buena fe», «cobro de lo no debido», «prescripción de la acción de responsabilidad contractual del contrato de seguros», «solo está obligada a pagar el daño menos el deducible, siempre y cuando para la fecha del fallo condenatorio exista disponibilidad del valor asegurado», «sujeción a los términos y condiciones generales y particulares pactados en la póliza»* y *«buena fe».*

La Aseguradora indicó que la atención prestada por la I.P.S. fue idónea, oportuna, eficaz y estuvo dentro de los protocolos establecidos para ginecología y pediatría. En su sentir, operó la prescripción que establecen los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo, 151 del Código de

Procedimiento Laboral y 1081 del Código de Comercio. Para finalizar, manifestó que los factores determinantes del daño nunca fueron atribuibles a los demandados.

### **3. La sentencia de primera instancia.**

El juez *a quo* declaró civilmente responsable a Salud Total E.P.S. por los daños morales que sufrieron los demandantes con ocasión de la *«pérdida de la oportunidad»* en la atención prestada a la menor María Alejandra Sanabria Mojica. Por ello condenó a la entidad a pagar \$30'000.000 a cada uno de los padres y \$5'000.000 a cada uno de los hijos. No estableció ningún tipo de indemnización a favor de la víctima directa.

Las personas llamadas en garantía fueron absueltas de toda responsabilidad.

El juez *a quo* consideró que las pretensiones reclamadas tuvieron su origen en la deficiente atención médica que brindaron las entidades e instituciones de salud, en ejecución del Plan Obligatorio de Salud del Sistema de Seguridad Social Integral. De ahí que se trató de una controversia de tipo extracontractual, por lo que para la prosperidad de las pretensiones debía probarse el daño, la culpa y la relación de causalidad.

En cuanto a la culpa, adujo que se probó que la demandante Martha Patricia Mojica Saavedra había tenido otras cesáreas, lo que implicaba un riesgo alto de ruptura uterina. Por lo tanto, la decisión de los médicos tratantes, consistente en practicarle una nueva cesárea, tuvo como fin evitar esos riesgos. El proceder de la E.P.S., desde la gestación hasta el nacimiento se ajustó a *«los procesos señalados por la ritualidad médica»*.

Luego del nacimiento, la niña presentó *«retinopatía prematura»*, derivada de la proliferación de vasos sanguíneos anormales en la retina. Dicha enfermedad, según el perito, *«va ligada directamente a la prematurez y solo se podría*

*diagnosticar posterior al nacimiento». De lo anterior, el juez infirió que la demandada no era responsable por el surgimiento de esa patología.*

No obstante, a partir de la historia clínica, constató la demora en las atenciones que requería la menor para la mejoría de sus condiciones, tanto así que los padres tuvieron que acudir a la acción de tutela para que cesaran tales dilaciones. Se produjo, entonces, *una pérdida de oportunidad en la atención de los servicios médicos...»* que la privó de la posibilidad de una mejoría. Por ello condenó a la demandada al pago de los perjuicios morales aludidos.

#### **4. Los recursos de apelación.**

Ambas partes apelaron.

La demandante alegó que no se consideró por el *a quo* la práctica de un nuevo dictamen pericial, pese a que el rendido en el trámite no lo hizo un pediatra o neonatólogo; las excepciones propuestas por los llamados en garantía *«se encaminaban a atacar el llamamiento... y no las pretensiones de la demanda...»*, el juez se apartó del peritaje practicado, en donde se dictaminó sobre la existencia de *«tardanzas y fallas de oportunidad»* que tuvieron incidencia directa en la retinopatía, que fue producto de un diagnóstico tardío.

Salud Total E.P.S. manifestó que el *a quo* no resolvió las objeciones que le hizo al dictamen pericial. Tuvo en cuenta un peritaje rendido por un ginecólogo, sobre temas de pediatría y oftalmología; se basó, para dar por probado el perjuicio moral, en *«hechos relatados por la parte actora»*, lo que no es de recibo en nuestro ordenamiento; no precisó cuáles fueron las atenciones, exámenes, controles y demás procedimientos que, a su juicio, se practicaron de manera tardía; las acciones de tutela referidas por la actora corresponden a tratamientos excluidos del POS, que no estaba en la obligación de suministrar; y la simple prestación tardía no genera responsabilidad, pues es necesario que se acrediten *«los tres elementos de la responsabilidad, en especial el nexo causal...»*.

### **5. La sentencia de segunda instancia.**

En sentencia de 8 de marzo de 2016, el Tribunal Superior de Ibagué revocó la decisión impugnada y negó la totalidad de las pretensiones.

Como sustento de su decisión consideró que *«a pesar de lo extenso que resultó el resumen del historial médico de la paciente, en la demanda no se indicó qué prestaciones fueron inoportunas dentro de un proceder administrativo correcto o de la práctica médica de la época, ni mucho menos se precisó cómo esa aparente tardanza disminuyó la probabilidad de que el tratamiento dispensado resultara exitoso o por lo menos que fuese más provechoso para la paciente y menos aún en qué consistió esa oportunidad terapéutica desaprovechada por no haberse hecho todo a tiempo»*. [Folio 103, tomo 23]

Para el *ad quem*, *«el argumento de los demandantes carece de la puntualidad que semejante aspecto litigioso reclamaba»*, ya que *«lo primero que se esperaba era la definición de qué fue lo que se hizo a destiempo y por qué»*. Afirmó que faltó especificidad en la narración de los hechos, porque sólo se dijo *“de manera general”* que hubo demoras en la autorización de consultas, exámenes e intervenciones *«sin concretar en qué medida resultaron tardíos esos servicios o qué hubiese pasado de habérselos realizado tempranamente»*. [Folio 104]

En criterio del tribunal, *«como no se dijo qué era lo que puntualmente se imputaba, lo lógico era que, como sucedió, se privara al debate probatorio de su objetivo esencial, es decir, de establecer cuáles de las afirmaciones de los actores eran veraces»*. [Folio 104]

El juzgador de segunda instancia citó jurisprudencia de esta Corte sobre la *“pérdida de la oportunidad”* para concluir que *«ese especialísimo daño que se endilga a la EPS demandada no aparece verificado, pues aunque ciertamente la historia clínica de la niña muestra que la consecución de exámenes, la realización de procedimientos quirúrgicos y la*

*consumación de citas especializadas tomó términos a primera vista prolongados –algunos de los cuales tardaron cerca de un año–, también es cierto que nuda en el expediente apuntala que recibir con anterioridad cada una de esas prestaciones habría propiciado un escenario más favorable para la paciente al que finalmente afrontó». [Folio 107]*

A partir del informe rendido por un experto en obstetricia, el sentenciador concluyó que *«la atención dada desde el punto de vista médico no ofreció reparos; y si bien puso de presente que hubo retrasos en la atención derivados de falencias del personal administrativo de la EPS, es de notar que no indicó cuáles fueron esos retardos o en qué medida resultaron nocivos a la adecuada prestación del servicio». [Folio 109]*

Para el tribunal, el dictamen pericial *«no se ofrece contundente en sus conclusiones»* y fue contradictorio porque declaró que *«muchas de las valoraciones especializadas, ayudas diagnósticas y manejos terapéuticos fueron entorpecidos por fallas administrativas»*, pero al mismo tiempo indicó que *«se cumplió con el principio de integridad»*. [109]

Según el concepto del experto en obstetricia, en el caso que se analiza *«se omitió el diagnóstico inicial oportunamente y se retardó la atención especializada necesaria para evitar las consecuencias de la retinopatía de la prematuridad»*, siendo esa omisión y retardo *«factores determinantes para el pronóstico del paciente»*, toda vez que *«las tardanzas administrativas para la atención y la no auditoría de la prestación de los servicios de salud contratados por la EPS tuvieron un impacto significativo sobre el resultado final»*.

A pesar de las anteriores afirmaciones, el tribunal le restó valor material al concepto médico porque la especialidad del experto no era la oftalmología pediátrica. [Folio 110]

A tal respecto, concluyó: *«se pone en evidencia que las aseveraciones del experto, cuyo campo del saber científico, según lo dijo, atañe al período de gestación y al parto, carecen*

*de la firmeza y precisión que reclama un dictamen pericial; ciertamente sus afirmaciones se muestran dubitativas cuando luego de efectuarlas, hace ver que no es el profesional en salud más idóneo para referirse al caso en concreto...». [Folio 110]*

De ahí que, al carecer el dictamen de la claridad suficiente para fundamentar sus inferencias, el tribunal le restó fuerza probatoria por no cumplir el requisito establecido en el numeral 6º del artículo 237 del Código de Procedimiento Civil. [Folio 111]

Tampoco las copias de la sanción disciplinaria que el comité de ética médica impuso al médico por negligencia le merecieron al tribunal el valor probatorio suficiente para declarar la responsabilidad de la entidad demandada.

En la aludida investigación ética se impuso al médico Eduardo Páez Gómez *“sanción de censura escrita pero privada”* por no dedicar *“a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente”*, pues dejó de hacer el examen físico que pudo propiciar su remisión al médico oftalmólogo.

No obstante, en sentir del tribunal, *«de esos pronunciamientos no emerge en qué medida era pertinente la ordenación de la consulta a esa especialidad o cómo pudo esto incrementar las opciones de mejoría de la niña»*.

Agregó que la sanción por omisión y negligencia del médico *«es un fuerte indicio de que la asistencia médica no fue oportuna del todo, mas no alcanza a apuntalar que en realidad se privara a la paciente de una chance seria y razonable de atravesar un escenario más beneficioso, como tampoco para establecer que su delicada condición de salud no traía irremediablemente las consecuencias ya conocidas»*. [Folio 111]

En sentir del juzgador de segunda instancia, la demostración de la negligencia médica por no solicitar los



exámenes pertinentes para llegar a un diagnóstico oportuno – como lo estimó el Tribunal de Ética Médica– *«no permite concluir que con esto se cercenó la oportunidad de que la niña conservara el sentido de la visión que infortunadamente hoy en día no tiene»*. Según su parecer, la pérdida de la chance no se probó, por más que el médico haya sido sancionado éticamente. [Folio 111]

Tampoco las acciones de tutela que se fallaron a favor de la menor por las demoras injustificadas en la prestación del servicio de salud le merecieron al tribunal ningún valor probatorio, pues *«no hay como determinar que esas dilaciones tuvieron incidencia directa en la posible frustración de una más benéfica atención a la paciente o del empeoramiento de su estado de salud»*. Para el tribunal, *«los fallos de tutela no representan en ellos mismos una demostración del desperdicio de una chance concreta y determinada que estuvo en manos de la niña...»*. [Folio 112]

Para el tribunal, las pruebas recaudadas no permiten saber qué hubiese sucedido si la atención en salud hubicra sido oportuna, lo que *«impide determinar que esa eventual demora destruyó mayores y mejores viabilidades para la paciente»*. A tal respecto, indicó: *«se sabe que hubo atenciones que no fueron tempestivas, pero se desconoce si su salud y su forma de vivir pudieron ser mejores en comparación con las actuales de haberse actuado más rápidamente, panorama que se ve todavía más ensombrecido cuando en la cuenta se tiene que la gran mayoría de las enfermedades de la paciente provenían directa e inescindiblemente de sus condiciones al nacer, algo que lamentablemente la predispuso a presentar tan duras secuelas físicas y mentales como las que se aprecian en ella ahora»*. [Folio 112]

Por las razones resumidas, el juzgador de segundo grado no encontró demostrada la responsabilidad civil de la EPS demandada.

## II. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Los demandantes en el proceso ordinario formularon recurso extraordinario de casación, el cual fundaron en dos cargos, ambos con sustento en la causal segunda del artículo 336 del Código General del Proceso.

### CARGO PRIMERO

Alegó la violación indirecta de los artículos 63, 2341, 2342, 2343, 2347, 2349 y 2356 del Código Civil; 2, 13, 29, 228 y 230 de la Constitución Política; y 164, 174, 176 y 240 del Código de Procedimiento Civil, por errores de hecho manifiestos en la apreciación material de las pruebas.

El Tribunal no valoró las pruebas que demuestran los elementos del tipo de responsabilidad que se reclamó: **a)** el daño, consistente en la pérdida total del sentido de la vista, que quedó probado con la historia clínica y las valoraciones de los médicos de la EPS Salud Total; **b)** la culpa de la demandada, por las múltiples omisiones, retardos y negligencias del personal médico y administrativo en la prestación del servicio de salud; **c)** la atribución del daño a la deficiente atención médica, toda vez que se demostraron las repercusiones de las demoras y retardos en el resultado lesivo. [Folio 44, c. Corte]

Los elementos de la responsabilidad quedaron probados con la historia clínica, las declaraciones de los expertos, el dictamen pericial y las copias de la investigación disciplinaria que impuso una sanción al médico tratante, a partir de los cuales puede inferirse que las omisiones y retardos en la prestación del servicio de salud incidieron en el empeoramiento de la integridad personal de la paciente.

El juzgador, en fin, no advirtió que en el proceso quedaron demostrados los siguientes hechos:

a) El daño que sufrió la menor por la pérdida total del sentido de la vista. A tal respecto, los médicos manifestaron en la historia clínica *«su rechazo por el manejo inadecuado y por la consumación de los daños por falta de oportunidad»*.

b) La tardanza en practicar los exámenes y procedimientos oftalmológicos después del nacimiento, *«como lo menciona el perito médico en su dictamen»*, así como la atención que solo se obtuvo mediante fallos de tutela.

c) El actuar negligente del pediatra, quien olvidó hacer un examen completo, al punto que fue sancionado disciplinariamente por el tribunal de ética médica.

d) El médico que rindió el dictamen pericial concluyó que *«la mayoría de las indicaciones médicas fueron aprobadas y puestas en práctica con las tardanzas propias de nuestro sistema general de salud, mientras que otras fueron retardadas por desconocimiento médico de las personas que autorizan los servicios»*.

e) La relación entre las demoras administrativas y médicas y el daño. El sentenciador exigió una tarifa legal inexistente para restar valor probatorio a las afirmaciones de los médicos que quedaron consignadas en la historia clínica.

f) El tribunal no se fijó en los múltiples errores quirúrgicos, tales como la colocación de implantes oculares equivocados, que conllevaron al empeoramiento de la salud de la paciente y a traumas y dolores posteriores.

## **CARGO SEGUNDO**

Acusó la sentencia del tribunal de violar indirectamente la ley sustancial por haber negado la práctica de un dictamen pericial por un *“perito idóneo”*, pediatra o neonatólogo, que habría podido rendir el concepto especializado que el juzgador *ad quem* echó de menos en su sentencia.

### III. CONSIDERACIONES

La Corte resolverá únicamente el primer cargo porque logró demostrar los errores manifiestos y trascendentes que cometió el tribunal en la valoración de las pruebas, siendo esa acusación suficiente para desvirtuar las motivaciones sobre las que se erigió la decisión de segunda instancia.

1. Son ostensibles y significativos los errores que cometió el tribunal en la valoración de las pruebas que obran en el expediente, pues a partir de los elementos de conocimiento que fueron debidamente aportados al proceso se deduce la responsabilidad civil de la entidad demandada por las graves negligencias de sus agentes en la prestación del servicio de salud que se brindó a la víctima directa de los perjuicios y a sus familiares.

En contra de la evidencia probatoria, la argumentación del sentenciador de segunda instancia no precisó cuál fue el elemento o los elementos de la responsabilidad civil que —en su criterio— no quedaron demostrados en el proceso, pues las veces que aludió a una supuesta falta de “nexo causal” se refirió en realidad al daño o a la culpa, los cuales si tuvo por probados en otros apartes de la motivación, por lo que ésta se muestra contradictoria.

Las graves confusiones en que incurrió el tribunal en sus razonamientos probatorios, en fin, condujeron a tener por no demostrados los supuestos de hecho que quedaron debidamente acreditados en el proceso, tal como se explica a continuación.

Con relación al daño, el juzgador aseveró que no se probó cómo la *«parente tardanza disminuyó la probabilidad de que el tratamiento dispensado resultara exitoso o por lo menos que fuese más provechoso para la paciente y menos aún en qué consistió esa oportunidad terapéutica desaprovechada por no haberse hecho todo a tiempo»*. [Folio 103]

La exigencia que hizo el tribunal es infundada porque el daño que sufrió la menor fue el hecho probatorio que menos dudas generó, dado que la pérdida total del sentido de la vista y de los órganos anatómicos de la visión quedó suficientemente demostrada con la historia clínica.

El juzgador, por el contrario, requirió *“la prueba de la disminución de las posibilidades”* de éxito de curación de la menor, presuponiendo que el daño por el que se demandó fue *“la pérdida de una oportunidad”* de recuperación, cuando lo que se pidió en la demanda fue una indemnización por los daños a la salud, la vida en relación y los perjuicios morales que sufrieron los actores.

El tribunal manifestó que los actores no concretaron qué habría pasado si los exámenes, diagnósticos y tratamientos se hubieran realizado oportunamente [folio 104]. Pero tal requerimiento es desproporcionado porque *“la pérdida de la oportunidad”* en la que el juzgador centró su motivación jamás ha sido ni podría ser materia de concreción o certeza, toda vez que se trata de una hipótesis o probabilidad lógica.

En todo caso, el razonamiento probabilístico que el fallador echó de menos era una carga argumentativa suya y no podía desplazarla a la parte demandante, quien sólo tenía que demostrar los hechos que permitían al juzgador elaborar la inferencia indiciaria para correlacionar los daños con la conducta culposa de la parte demandada.

El tribunal no podía exigir a los demandantes que aportaran *“la prueba”* del *“daño por la pérdida de una oportunidad”* por las siguientes razones:

i) porque el daño reclamado no fue por *“pérdida de una oportunidad”* sino por la perturbación funcional del sentido de la visión, la pérdida anatómica de un ojo y sus consecuencias físicas, psicológicas y patrimoniales, por lo que la variación de las pretensiones de la demanda comportó una extralimitación de las funciones del juzgador al dictar un fallo incongruente;

ii) porque no está claro que la "pérdida de la oportunidad" sea una especie de daño y, por el contrario, el juzgador también aludió a ella como un factor de atribución de responsabilidad para sortear la borrosidad del nexo causal entre la conducta del personal médico y la afectación de la salud de la paciente; y

iii) porque "la pérdida de las oportunidades de recuperación" no es un hecho susceptible de demostración mediante pruebas directas aducidas por las partes, sino un razonamiento probabilístico (indiciario) que forma parte de las cargas argumentativas que el juez tiene al momento de hacer su apreciación racional de las pruebas de conformidad con las reglas de la sana crítica, esto es en la sentencia; por lo que escapa a las posibilidades argumentativas de las partes en materia de pruebas.

Dadas sus especiales características, el razonamiento circunstancial o indiciario no se aporta, ni se aduce, ni se produce, ni se construye, ni se controvierte por las partes. Lo único que las partes pueden hacer al respecto es postular indicios en sus alegatos de conclusión, pero la función que cumplen los alegatos finales sobre los hechos probados dista mucho del deber de aportación de pruebas y de la carga de la prueba que asiste a las partes.

El sentenciador *ad quem* aludió a la "pérdida de la oportunidad" para concluir que *«ese especialísimo daño que se endilga a la EPS demandada no aparece verificado»*, pues a pesar de las demoras en la atención, *«nadu en el expediente apuntala que recibir con anterioridad cada una de esas prestaciones habría propiciado un escenario más favorable para la paciente al que finalmente afrontó»*. [Folio 10]

Desde luego que la "pérdida de la oportunidad" no podía "aparecer verificada" por sí sola como un daño revelado por pruebas directas. Y no hay manera de saber con certeza si la atención oportuna *«habría propiciado un escenario más favorable para la paciente»*, toda vez que tal hipótesis es imposible de comprobar en un caso único e irrepetible.

Jamás podrá saberse si la menor se habría recuperado o si habría obtenido mayores beneficios en su integridad física en caso de haber recibido un servicio de salud de calidad, pues no lo recibió. Pero ese no era el razonamiento que debía hacer el sentenciador, sino elaborar una inferencia indiciaria a partir de las reglas de la sana crítica que permiten reconocer la probabilidad de mejoramiento de la paciente que recibe un servicio de salud de calidad y la probabilidad de empeoramiento si recibe una deficiente atención médica. Ese razonamiento probabilístico estuvo ausente en las consideraciones de la sentencia del tribunal.

La investigación que adelantó el tribunal de ética médica impuso al doctor Eduardo Páez Gómez *“sanción de censura escrita pero privada”* por no dedicar *“a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente”*, pues dejó de hacer el examen físico que pudo propiciar su remisión al médico oftalmólogo. Es decir que la culpa galénica por negligencia quedó demostrada.

No obstante, en sentir del tribunal, *«de esos pronunciamientos no emerge en qué medida era pertinente la ordenación de la consulta a esa especialidad o cómo pudo esto incrementar las opciones de mejoría de la niña»*. Tal razonamiento es infundado porque si los propios expertos pares del médico determinaron que hubo negligencia médica, fue porque no estuvo sujeto a discusión que una atención profesional oportuna y diligente habría podido incidir positivamente en las posibilidades de recuperación de la paciente. De hecho, para eso están los tratamientos médicos: para hacer buen uso de la ciencia y de la técnica de vanguardia al servicio de la medicina con el fin de intentar mejorar la salud de los pacientes.

El deber ético, profesional y jurídico de los médicos consiste en poner todos los conocimientos, instrumentos, procedimientos y tratamientos que están a su alcance para lograr el mejoramiento de la salud de su paciente. Según lo

que normalmente ocurre, una atención en salud adecuada, eficiente, integral, de calidad y basada en la evidencia científica mejora las condiciones vitales del paciente. Raramente una prestación de salud de calidad no incrementa las posibilidades de recuperación del usuario, pero esa circunstancia excepcional debe ser explicada por los expertos y su carga demostrativa corresponde a la parte interesada en desvirtuar la presunción probatoria.

Si regularmente los procedimientos y tratamientos médicos debidamente practicados cumplen la función para la cual han sido establecidos, es decir mejorar la salud de los usuarios, no hay por qué hacer una inferencia probabilística contraria a las reglas de la experiencia y de la ciencia; ni mucho menos imponer a la parte actora una carga probatoria imposible de cumplir, como lo es la que el tribunal exigió a los recurrentes cuando afirmó que no demostraron en qué medida una atención adecuada *“pudo incrementar las opciones de mejoría de la niña”*. Desde luego que si la atención en salud que se brindó a la menor no fue la adecuada, los demandantes no tenían ninguna posibilidad de saber o demostrar qué habría podido ocurrir si la atención médica hubiera sido oportuna y diligente.

El tribunal agregó que la sanción que se impuso al profesional tratante por omisión y negligencia *«es un fuerte indicio de que la asistencia médica no fue oportuna del todo»*, es decir que la culpa del facultativo quedó demostrada; pero, en su sentir, *«no alcanza a apuntalar que en realidad se privara a la paciente de una chance seria y razonable de atravesar un escenario más beneficioso, como tampoco para establecer que su delicada condición de salud no traía irremediablemente las consecuencias ya conocidas»*. [Folio 111]

Tal razonamiento es desacertado por dondequiera que se lo analice:

ij) Si el tribunal entendió por *“pérdida de una oportunidad”* un tipo de daño, entonces debió exponer las razones por las cuales no tomó en consideración los daños



cuya indemnización se solicitó en las pretensiones de la demanda, los cuales quedaron debidamente probados, tales como el daño a la salud visual de la paciente, a la vida en relación y los perjuicios morales, teniendo la carga de justificar que la variación a su antojo de las pretensiones no comportó una sentencia incongruente.

ii) Si la *"pérdida de una oportunidad"* no fue en realidad una especie de daño sino un factor de atribución jurídica para correlacionar los perjuicios que sufrió la víctima con la culpa probada del personal médico, ante la imposibilidad de establecer un "nexo causal", entonces el sentenciador olvidó que ese razonamiento probabilístico era una inferencia indiciaria que comportaba una de sus cargas argumentativas, pero no un hecho susceptible de ser probado por las partes.

Las confusiones conceptuales y probatorias respecto de la *"pérdida de una oportunidad"* son ostensibles.

El juzgador de segunda instancia insistió en que la negligencia médica por no solicitar los exámenes pertinentes para llegar a un diagnóstico oportuno *"no permite concluir que con esto se cercenó la oportunidad de que la niña conservara el sentido de la visión que infortunadamente hoy en día no tiene"* [folio 111]. Una vez más, el razonamiento del sentenciador fue desacertado porque de la prueba de la negligencia médica no se infiere ni puede inferirse *"la pérdida de la oportunidad de recuperación del sentido de la visión"* que exigió el tribunal, toda vez que la negligencia es uno de los factores constitutivos de la culpa civil, mas no del factor de imputación del daño al agente como suyo.

Si un diagnóstico y tratamiento médico oportuno incide en las posibilidades de recuperación de la salud, ello es una hipótesis o probabilidad que compete a las cargas argumentativas del juez cuando elabora sus inferencias indiciarias al momento de dictar la sentencia, pero no es un "hecho probatorio" susceptible de ser demostrado por las partes mediante pruebas directas.

Lo que si quedó comprobado fueron las múltiples demoras injustificadas en la prestación del servicio de salud, tanto así que los jueces constitucionales fallaron varias acciones de tutela a favor de la menor. Sin embargo, para el tribunal *«no hay como determinar que esas dilaciones tuvieron incidencia directa en la posible frustración de una más benéfica atención a la paciente o del empeoramiento de su estado de salud»*. Según el juzgador *ad quem*, *«los fallos de tutela no representan en ellos mismos una demostración del desperdicio de una chance concreta y determinada que estuvo en manos de la niña...»* [Folio 112]

El error de razonamiento es idéntico al que se explicó en el párrafo anterior. Por, supuesto que la culpa probada por negligencia del personal médico no representa *per se* la “pérdida de una oportunidad”. Pretender que así sea significa confundir dos elementos de la responsabilidad completamente distintos: la culpa y la correlación de imputación entre ésta y el daño.

Las demoras injustificadas en la atención médica son indicativas de negligencia o culpa, no de su incidencia en el resultado, lo cual forma parte de un razonamiento indiciario que debió elaborar el juzgador.

El tribunal admitió *«que hubo atenciones que no fueron tempestivas»*, pero manifestó que *«se desconoce si su salud y su forma de vivir pudieron ser mejores en comparación con las actuales de haberse actuado más rápidamente, panorama que se ve todavía más ensombrecido cuando en la cuenta se tiene que la gran mayoría de las enfermedades de la paciente provengan directa e inescindiblemente de sus condiciones al nacer, algo que lamentablemente la predispuso a presentar tan duras secuelas físicas y mentales como las que se aprecian en ella ahora»* [folio 112].

Nadie puso en duda o discusión que algunas de las complicaciones que sufrió la paciente en su salud se debieron a sus condiciones preexistentes, concretamente a su nacimiento prematuro. Pero ello no autoriza a concluir de

manera apresurada e irreflexiva que todos los perjuicios sufridos por la menor deben ser atribuidos a esas circunstancias iniciales, porque el juicio de imputación no se reduce al flujo de acontecimientos naturales que desencadenaron las consecuencias adversas sino que es preciso tener en cuenta factores de atribución tales como las abstenciones o inactividades jurídicamente desaprobadas.

El estado de prematurez fue una condición necesaria (*sine qua non*) del resultado lesivo, pero no es una condición suficiente para la producción de esas consecuencias, toda vez que la experiencia muestra que existen cientos de casos de neonatos prematuros que no sufren retinopatía ni pierden el sentido de la visión.

Si las estadísticas mostraran que la retinopatía está directamente asociada con la prematurez, de suerte que todos los neonatos prematuros (o un altísimo porcentaje de ellos) la desarrollan, entonces habría razones para pensar que la conducta del personal médico tratante es una variable no relacionada con la pérdida de la visión del prematuro: daría lo mismo que los médicos se comportaran de una u otra manera si el resultado nefasto se producirá de todos modos. En tal hipótesis la única posibilidad razonable sería reconocer el advenimiento de la desgracia por una causa extraña eximente de responsabilidad.

Pero no es ello lo que ocurrió en el caso que se analiza.

De hecho, la evidencia científica muestra que la retinopatía de la prematurez sólo afecta al 3,19% por cada 10.000 nacidos vivos en Colombia.<sup>1</sup>

Este porcentaje varía según los cambios que se den en las muestras, como por ejemplo la región o la edad de gestación que tenía el prematuro:

---

<sup>1</sup> Organización Panamericana de la Salud y Organización Mundial de la Salud. Guía práctica clínica para el manejo de la retinopatía de la prematuridad. Washington D.C., 2018.

*«La incidencia de ROP de cualquier grado, y sobre todo la de ROP lo suficientemente severa como para poner en riesgo la visión del prematuro ha venido declinando en los países desarrollados. En países como los Estados Unidos, Canadá, Gran Bretaña y Alemania hoy día es excepcional que un prematuro sin factores adicionales de riesgo (oxígeno terapia con FIO<sub>2</sub> elevada, ventilación mecánica, anemia, transfusión, enfermedad general grave, administración de EPO) presente ROP que amenace la visión si ha nacido después de la semana 31 de gestación.*

*La situación es diferente en países de ingresos medios, donde a la semana 32 sigue habiendo riesgo importante de ROP que amenace la visión.*

*En Bogotá (Programa Madre Canguro Integral (PMCI) de la Fundación Canguro) existe riesgo significativo de ROP en prematuros nacidos después de la semana 32. La incidencia de ROP de cualquier grado está entre el 1.7% (sobre la semana 37) y el 3.2% (semanas 33 y 34) y la incidencia de ROP que amenace la visión y requiera de intervención urgente (foto o criocoagulación) es de alrededor de 0.5% a partir de la semana 33 de edad gestacional.*

*En resumen para Bogotá (datos usados como estimadores para Colombia) son factores de riesgo para ROP significativa que amenace la visión: edad gestacional menor de 32 semanas al nacer, exposición neonatal a oxígeno suplementario, soporte ventilatorio, administración de EPO, anemia, transfusiones y casi cualquier comorbilidad significativa (que provoca exposición a altas tensiones de oxígeno).<sup>2</sup>*

*El porcentaje de retinopatía estimado para Colombia oscila alrededor del 3.2% para los neonatos menores a 30 semanas de gestación (como lo fue la menor demandante), es decir que se enmarca en un universo de probabilidades bastante bajo, lo que desvirtúa la conclusión a la que llegó el juzgador, según la cual los padecimientos que sufrió la menor en su salud «provenían directa e inescindiblemente de sus condiciones al nacer, algo que lamentablemente la predispuso a presentar tan duras secuelas físicas y mentales como las que se aprecian en ella ahora». [Folio 112]*

<sup>2</sup> Ministerio de Salud y Protección Social – Colciencias. Guía práctica clínica del recién nacido prematuro. 2013. Guía n.º 4

Tal afirmación careció de sustento probatorio, dado que la evidencia científica demuestra que el nacimiento prematuro no es una "predisposición" o condición suficiente para padecer la retinopatía.

Por el contrario, está demostrado que los factores causales que contribuyen al desarrollo de la retinopatía son, además de la edad gestacional menor de 32 semanas al nacer, *«la exposición neonatal a oxígeno suplementario, soporte ventilatorio, administración de EPO, anemia, transfusiones y casi cualquier comorbilidad significativa (que provoca exposición a altas tensiones de oxígeno».*<sup>3</sup>

Según la "Guía Práctica Clínica para el Manejo de la Retinopatía de la Prematuridad de la Organización Panamericana de la Salud y la Organización Mundial de la Salud, *«la principal causa asociada a la ROP es la administración de oxígeno con un control inadecuado en las salas de parto y en las unidades de cuidados neonatales».*

Es decir que la causa natural, física, preponderante o relevante de la retinopatía del prematuro no es su estado de prematuridad, sino la exposición del neonato al oxígeno en altas concentraciones y por largo tiempo sin los controles adecuados. Pero la toxicidad de ese gas y sus posibles secuelas no son ni pueden ser un riesgo que deba asumir el paciente, ni son un "daño colateral" inevitable; como tampoco implica una atribución automática de responsabilidad a la organización prestadora del servicio de salud.

El conocido riesgo de sufrir daños en su salud visual al que quedan sometidos los pacientes que se dejan expuestos a altas concentraciones de oxígeno por tiempo prolongado, es una circunstancia que debe ser tenida en cuenta por el personal médico para evitar, reducir o contrarrestar los posibles perjuicios.

---

<sup>3</sup> Ministerio de Salud y Protección Social - Colciencias. Guía práctica clínica del recién nacido prematuro 2013. Guía nº 4.

Si la experiencia muestra que la retinopatía del prematuro no es una consecuencia necesaria de la prematuridad, entonces hay razones para no imputarle esa patología "a las condiciones personales" de la víctima. Y si la experiencia muestra que la retinopatía del prematuro está asociada a su permanencia prolongada en la unidad de cuidados neonatales sin los controles adecuados, entonces hay razones para inferir que la enfermedad no es una simple obra del infortunio sino que se debe a factores dados en el centro hospitalario.

Del mismo modo, si la experiencia muestra que la atención en salud de calidad con base en la evidencia científica disminuye el surgimiento de la retinopatía del prematuro, entonces hay razones para concluir que una conducta negligente o imperita demostrada en los profesionales de la medicina incrementa los riesgos de producir daños a la salud de los pacientes; y si se produjeron efectivamente esos daños, entonces hay razones para pensar, con un alto grado de probabilidad, que tales daños se debieron a la conducta omisiva de los médicos.

Tal modo de argumentar corresponde a un razonamiento hipotético, abductivo o de probabilidad lógica, que permite realizar explicaciones razonables sobre lo que pudo haber ocurrido en un caso particular y concreto a partir de lo que la experiencia ha demostrado que suele ocurrir en una muestra de casos similares.

El juicio de probabilidad lógica permite concluir que un neonato prematuro con problemas de visión tiene posibilidades de recuperación si se le proporciona una atención en salud oportuna, integral y de calidad. Lo anterior es lo mismo que afirmar que una prestación de salud deficiente, negligente, imperita o retardada, incide con gran probabilidad en la disminución de las expectativas de recuperación del paciente.

La probabilidad lógica o abductiva no puede confundirse con la probabilidad estadística o bayesiana, que fue la que exigió el tribunal en el caso que se analiza.<sup>4</sup>

La responsabilidad que se le endilga a un agente particular no se determina por el número de casos de bebés prematuros que sufren problemas de la visión ni por la cantidad de los neonatos que logran recuperar el sentido de la vista; pues para ello no haría falta practicar pruebas sobre lo que sucedió en el caso concreto, ni se requeriría tramitar un proceso judicial o imputar responsabilidad de conformidad con lo que dispone el ordenamiento jurídico vigente.

En el caso que se analiza, como en pocos, se cuenta con un dato estadístico serio y de la más alta fiabilidad: sólo un porcentaje cercano al 3% de los neonatos menores de 30 semanas de gestación sufren la retinopatía del prematuro. Pero ese dato no es suficiente para atribuir responsabilidad.

La estadística sólo permite concluir que si alrededor del 97% de los prematuros no sufren esa patología, entonces la retinopatía no es atribuible exclusivamente a las condiciones personales de la víctima.

No obstante, el hecho de que el 97% de todos los prematuros no sufran de retinopatía no significa que la entidad cercenó el 97% de las posibilidades de recuperación de la menor; o que los demandados tengan que pagar el 97% de la indemnización de los daños que resulten probados.

La posición de garante de los demandados frente a sus pacientes, la existencia de normas de adjudicación que les imponen el deber de evitar la producción o incremento de los daños ocasionados a la salud de los pacientes, la existencia de normas de comportamiento que imponen el cumplimiento de deberes objetivos de prudencia, y las circunstancias

---

<sup>4</sup> La probabilidad prevalente que resulta útil para la construcción de enunciados fácticos no es una probabilidad estadística de tipo bayesiano porque ésta sólo informa sobre las frecuencias relativas en que ocurre un evento en una sucesión dada; es, en cambio, una probabilidad lógica o razonamiento abductivo que permite elaborar hipótesis. En: Michele TARUFFO. Teoría de la prueba. Lima: Ara Editores, 2012. pp. 33, 133, 276.

específicas de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos que dieron origen a la controversia, no son ni pueden ser materia de estudios estadísticos generales que predican la probabilidad de ocurrencia de un hecho con independencia de sus peculiaridades. Tales circunstancias solo son materia de interés dentro de un contexto normativo, como lo es un proceso disciplinario o de responsabilidad jurídica.

A partir de la anterior explicación se concluye que el tribunal se equivocó en el tipo de razonamiento probatorio que empleó como criterio de imputación, pues al afirmar que no hay lugar a atribuir responsabilidad civil a la demandada –a pesar de que se probó la culpa médica de sus agentes– porque no se demostró la probabilidad de recuperación de la menor, el sentenciador se guio por un tipo de probabilidad estadística inaceptable como criterio de imputación de responsabilidad.

Al admitir, como debe hacerse, que la probabilidad que se requiere para imputar un resultado a un agente es la lógica y no la estadística, se concluye que si la experiencia muestra que las demoras negligentes en la prestación del servicio de salud inciden en la disminución de las posibilidades de recuperación del paciente, entonces hay razones suficientes para suponer que esa culpa médica probada fue un factor trascendente en las lesiones físicas que sufrió la menor en el caso que se analiza.

Una vez que se probó el daño y teniendo claro cuál es el juicio de atribución de responsabilidad que debe hacerse, lo único que se requería para tener por demostrados todos los elementos del tipo de responsabilidad que se reclamó, fue la culpa del personal médico y administrativo de la entidad demandada.

**2. Las pruebas de las demoras injustificadas o negligentes en la prestación del servicio de salud son muchas:**

**2.1. Las copias de las historias clínicas de Martha Patricia Mojica Saavedra y María Alejandra Sanabria Mojica.**



Esos documentos se allegaron con la demanda [folios 12 a 42], y en ellos consta que el 4 de diciembre de 2003, cuando tenía 19 semanas de embarazo, Martha Patricia Mojica Saavedra acudió al médico con dolor abdominal y pélvico. El galeno diagnosticó *amenaza de aborto*, le prescribió *«HIOSCINA N-BUTIL BROMURO 10MK GRAGEA»* y le dio salida. [Folio 19, cuaderno 1]

El 10 de febrero de 2004 acudió con *«EDEMA DE MIEMBROS INFERIORES, DOLOR A NIVEL DE LA CICATRIZ DE LAS CESÁREAS PREVIAS»*, dolores abdominales y cefalea.

A pesar de la amenaza de aborto, de las complicaciones propias de un embarazo al que precedieron varias cesáreas y de los signos de dolor y malestar que presentó la mujer, su embarazo no fue clasificado como de alto riesgo, como debió hacerse para evitar la ocurrencia de eventos adversos para la madre y su hijo.

El 12 de febrero, la embarazada afirmó que tenía actividad uterina desde el día anterior. El médico ordenó hospitalizarla de manera prioritaria y le diagnosticó *«amenaza parto pretérmino, iterativa III, mortinato anterior hace 3 años»*. [Folio 22, cuaderno 1]

Posteriormente le prescribió sulfato de magnesio, Hioscina más Dipirona, ordenó realizar la cirugía cesárea urgente por inminente ruptura uterina y dispuso reservar una unidad neonatal. [Folio 23, cuaderno 1]

En la historia clínica se anotó que se le había practicado cirugía cesárea en tres ocasiones anteriores y que la edad de gestación del feto era de 29 semanas; pero tampoco así se clasificó el embarazo como de alto riesgo ni se brindaron los cuidados especiales que su condición requería.

El mismo día, el ginecólogo Manuel del Cristo Iriarte Ucrós practicó la cirugía cesárea con ligadura de trompas de Falopio sin complicaciones, en virtud de la cual se obtuvo *«feto femenino en presentación podálica...»*. [Folio 3]

El médico indicó que la niña presentó peso bajo (1.039 gramos), 39 centímetros de talla y dificultad respiratoria, por lo que ordenó su traslado a la unidad de cuidados intensivos neonatales, donde se le diagnosticó *inmadurez extrema* y *síndrome de dificultad respiratoria del recién nacido*. [F. 10]

El concepto médico fue: *neonato prematuro extremo con peso bajo con síndrome de dificultad respiratoria progresiva por lo cual se decide intubar y pasar una dosis de surfactante con mejoría se toma rx de tórax que es compatible con enfermedad de membrana hialina grado ii con mejoría al lado derecho se decide nueva dosis de surfactante en ocho horas*. [Folio 12]

El 13 de febrero se indicó que la menor tenía *peso bajo*, y estaba en incubadora *con ventilación mecánica*.

El 14 de febrero se le puso un CPAP (equipo para despejar la vía aérea y evitar la apnea del sueño) y se refirió que no era candidata para extubación. La ventilación mecánica continuó hasta el 1 de marzo.

En ese lapso la menor presentó apertura ocular espontánea y movimientos de extremidades, adecuada perfusión, sin soplos.

Posteriormente fue extubada, a lo que mostró buena tolerancia, aunque continuó requiriendo oxígeno suplementario y permanencia en incubadora. Luego tuvo una adecuada evolución con buena ganancia de peso, por lo que pasó a la sala de intermedio básico con incubadora, aunque continuó con succión muy pobre.

El 25 de marzo la menor fue llevada a control y la atendió el pediatra Eduardo Páez Gómez, quien indicó que tenía buen color, poca presión palmar y normalidad en todo lo demás. Nada mencionó con relación a la visión de la criatura. [Folio 160 de la historia clínica que se envió en medio digital]

El 29 de marzo se llevó a la recién nacida a cita con el mismo pediatra, quien refirió que su estado general era

*«normal dentro de su prematurez».* Le dio cita para dentro de cinco días. [Página 159 de la historia clínica digital]

El 3 de abril de 2004 la bebé fue llevada nuevamente ante el mismo pediatra, quien luego de reseñar su talla, peso y masa corporal observó un aumento de 70 a 80 gramos por día e indicó que encontró todo lo demás normal. Le dio nueva cita para dentro de 6 días. [Página 158]

Tampoco en esa oportunidad se valoró su visión, ni se indicó nada al respecto.

La siguiente cita de control fue el 7 de abril. En esa oportunidad se volvió a examinar su talla, peso y masa corporal. Se encontró regurgitación frecuente, temperatura de 36.5 °C, activa, sin cambios patológicos agregados y con un aumento de peso de 70 gramos por día. [Página 157 de la historia clínica digital]

Es decir que luego de 4 citas de control aún no se había valorado el sentido de la visión de la menor, lo que demuestra una gran desidia de los facultativos que la atendieron.

El 11 de abril de 2004 la menor fue llevada a consulta general por presentar fiebre. En esa oportunidad la atendió el doctor Edwin Miguel Tovar Torres, quien observó fiebre, rinorrea, tos seca, deposiciones diarreicas con moco y sin sangre. En el examen físico la encontró consciente, activo-reactiva, sonrosada, hidratada, sin signos de dificultad respiratoria, hemitórax bien ventilados y no sobrecargados. Al explorar su abdomen y extremidades encontró todo normal. Su diagnóstico fue de *«agentes virales»*, por lo que le prescribió acetaminofén. [Página 157]

El 14 de abril fue a cita de control con el pediatra, quien examinó talla, peso y masa corporal. En su diagnóstico indicó que halló buen color, activa, con reflejos normales, aumento de 25 gramos diarios y un centímetro de talla en promedio. Se le programó nueva cita para dentro de 8 días. [Página 156]

Para ese momento, a los dos meses de nacida y luego de seis citas de control, el médico pediatra no había notado aún ningún problema o dificultad en la visión de la menor, lo que evidencia un grave descuido de su parte.

El 17 de abril se llevó a la menor al médico por enfermedad general, con síntomas de dos días de fiebre, astenia, hiporexia y flujo vaginal. En el examen físico se la encontró febrícula (fiebre baja), hidratada, taquípnica (frecuencia respiratoria por encima de los valores normales), con campos pulmonares bien ventilados, abdomen blando sin masas, extremidades sin edemas, neurológicamente activa-reactiva, irritable, con succión y llanto débil. Se le diagnosticó infección de vías urinarias y se le dio salida luego de recetarle acetaminofén y cefalexina. [Página 155]

El 20 de abril la menor acudió a cita de control con el pediatra Eduardo Páez Gómez, quien rescó su talla, peso y masa corporal, e indicó que no tenía "patologías agregadas". [Página 153]

El 11 de mayo de 2004 la menor presentó fiebre, congestión nasal, secreción ocular purulenta en ambos ojos, edema palpebral, anisocoría con midriasis en el ojo izquierdo y respiración ruidosa. Al ser valorada por el pediatra, éste le diagnosticó "conjuntivitis". En la historia clínica se consignó que se le hizo una consulta al doctor Caicedo, médico pediatra, quien recomendó una valoración prioritaria por oftalmología. El mismo día, el oftalmólogo Helder Fonseca diagnosticó «retinopatía del prematuro» y como conducta a seguir ordenó «valoración por retinólogo». [Folio 74, cuaderno 1]

El 25 de mayo fue examinada nuevamente por oftalmología. Se indicó que el primer examen oftalmológico se hizo 15 días antes y se encontró «segmento anterior tranquilo y retina desprendida por tracción en el ojo derecho». También se señaló que la menor no veía por leucoma en el ojo izquierdo. El diagnóstico fue de «retinopatía de la prematuridad más avanzado en ojo izquierdo». El oftalmólogo ordenó ecografía en

ambos ojos y valoración por junta de retina con resultados de examen urgente. [Folio 77, cuaderno 1]

El 27 de mayo el oftalmólogo refirió «*aumento del diámetro corneano, aumento del globo ocular izquierdo comparado con el ojo derecho y edema de córnea*». Su diagnóstico fue de «*glaucoma infantil en el ojo izquierdo*». [Folio 78, cuaderno 1]

El 1 de junio de 2004 se le diagnosticó a la menor «*retinopatía de la prematuridad en ambos ojos y glaucoma en el ojo izquierdo*», y se ordenó la práctica de un examen bajo anestesia en ambos ojos más cirugía filtrante para glaucoma del ojo izquierdo y posible retinopatía en el ojo derecho. [Folio 79, cuaderno 1]

El 8 de junio se realizó el examen mencionado y se halló córnea clara, cristalino transparente, desprendimiento de retina de 360º y proliferación vascular en el ojo derecho; mientras que en el izquierdo se encontró córnea edematosa, atafamia, vasos irridianos, sinequias o cristalino, fibrosis retrolental y megalocórnea. [Folio 81, cuaderno 1]

El 10 de junio, en junta médica, se decidió que había que practicar a la menor *vitrectomía y trabeculectomía*.

El 12 de junio se practicó la *vitrectomía posterior más cirugía filtrante para glaucoma, trabeculectomía en el ojo izquierdo y extracción del cristalino*. [Folio 84, cuaderno 1]

El 26 de julio de 2004 se halló «*segmento anterior normal en el ojo derecho*» y córnea opaca principalmente central con megalocórnea en el izquierdo. De igual modo se encontró desprendimiento de retina total en el ojo derecho y se indicó que el ojo izquierdo era «*no valorable por opacidad de mediafibrosis retrolental*». Se diagnosticó retinopatía de la prematuridad de estadio 5 en ambos ojos, glaucoma secundario y buftalmos en el ojo izquierdo. [Folio 86, cuaderno 1]

En consulta general del 26 de julio de 2004, la pediatra Claudia Escalante diagnosticó «ceguera de ambos ojos» como secuela de «retinopatía de la prematuridad y glaucoma».

El 9 de septiembre de 2004 se le diagnosticó a la menor retinopatía de estadio 5 en ambos ojos, glaucoma neovascular en el ojo izquierdo y se prescribió «vitrectomía más trabeculectomía».

Entre el 11 de mayo de 2004 (cuando se le diagnosticó a la menor por primera vez la retinopatía de la prematuridad y el glaucoma) y el 9 de septiembre de ese mismo año, se confirmó el diagnóstico inicial más de diez veces, no habiendo ninguna duda del desprendimiento total de la retina y la ceguera en ambos ojos como consecuencia de la retinopatía de la prematuridad; pero aun así para ese entonces no se había practicado ninguna acción adecuada y contundente en términos médicos, encaminada a mejorar la salud visual de la niña, lo que evidencia demoras injustificadas o negligentes en la atención que recibió.

Pero la negligencia médica no paró ahí, pues la niña permaneció más de dos años sin recibir un tratamiento adecuado dirigido a mejorar su salud visual, al punto que no sólo sufrió una ceguera irreversible, sino que terminó por perder uno de los órganos de la visión.

El 16 de noviembre de 2006 se llevó a la menor a la Fundación Oftalmológica Nacional, en donde fue sometida a un examen que arrojó *disminución del tamaño de ambos ojos y desprendimiento total de retina en ambos ojos*. Se ordenó su remisión a «*oculoplástica para manejo de enoftalmus bilateral y la hipoplasia del tercio superior de la cara*». [Folio 143, c. 1]

El 28 de febrero de 2007 se le practicó a la niña una enucleación (extirpación) del ojo izquierdo, y en remplazo del globo ocular se le colocó un implante #16. [Folio 146, c. 1]

Es decir, que ante la pérdida total e irreversible del órgano de la visión se le implantó una prótesis, con tan mala

suerte que no fue la correcta, pues el oftalmólogo le colocó – por error o impericia– una de mayor tamaño.

A tal respecto, en la consulta del 9 de marzo de 2007, se señaló que a la paciente

*«...le realizaron hace 10 días enucleación de ojo izquierdo y hace 4 días fue hospitalizada con diagnóstico de celulitis, recibió tratamiento intrahospitalario con antibiótico y le dieron de alta con adaptador para continuar tratamiento hasta ayer, cuando fue valorada por el cirujano que la operó y les explicó [a los padres] que el implante ocular colocado no es el adecuado para el ojo de la paciente y deben volverla a operar y colocar el adecuado. La madre de la niña dice que intentaron retirarle el implante el día de ayer sin lograrlo. El día de hoy estando en la casa presenta expulsión espontánea del implante, con salida de material membranoso blanquesino y la niña se manipulaba el orificio ocular, la madre inmediatamente coloca parche ocular y trae a al paciente». [Folio 147, cuaderno 1]*

El 14 de marzo de 2017 se le retiró a la paciente la esclera (capa exterior blanca del ojo) y se cambió por un implante nuevo de menor tamaño (#10).

Pero la larga cadena de errores médicos no paró ahí, pues el último implante ocular tampoco fue el adecuado. Al respecto, en las notas de «evolución» del 22 de marzo se señaló:

*«se retira el conformador de manera muy difícil. Al retirarlo se aprecia un área nasal de dehiscencia nuevamente de la herida conjuntival, es difícil evaluarla porque la paciente no colabora mucho, pero sí se evidencia la dehiscencia. Le explico a la madre el hallazgo, considero que es mejor vigilancia y si definitivamente de nuevo hace extracción o (illegible) del implante, este deberá ser retirado y dejarla sin nada...»*

Las fallas en la prestación del servicio de salud visual se concretaron en la tardanza del diagnóstico, la falta de idoneidad de los tratamientos y la impericia de los procedimientos, a tal punto que puede afirmarse que a la menor se la trató más como un objeto que como un ser humano digno de una atención médica integral, oportuna, adecuada y de calidad.

Esa conclusión no es una mera opinión subjetiva o suposición caprichosa, sino el resultado de los conceptos que rindieron los expertos pares del médico tratante, quienes le impusieron una sanción disciplinaria por haberlo hallado responsable por negligencia, como se refiere en el análisis del medio de prueba que se indica a continuación.

## **2.2. La sanción disciplinaria que el tribunal de ética médica le impuso al pediatra Eduardo Páez Gómez.**

La demandante aportó las decisiones proferidas por el Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima y por el Tribunal Nacional de Ética Médica los días 1 de noviembre de 2006 y 20 de febrero de 2007, respectivamente, mediante las cuales sancionaron al mencionado pediatra por una falta disciplinaria. [Folios 47 a 62 del cuaderno principal]

En la primera providencia, el Tribunal Seccional impuso «sanción de CENSURA ESCRITA PERO PRIVADA, conforme lo dispone el Artículo 83, Literal b, Numeral 1º de la Ley 23 de 1981, en concordancia con el Artículo 52 del Decreto Reglamentario N° 3380 de ese mismo año 81, al Doctor EDUARDO PÁEZ GÓMEZ, identificado en la forma ya relacionada, por violación al artículo 10 primera parte de la ley 23 de 1981, que en su parte pertinente dispone: 'ARTÍCULO 10.- El médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente'. [Folio 52, cuad. 1]

La aludida autoridad disciplinaria consideró que, tratándose de la patología de retinopatía del prematuro, la literatura científica hacía «énfasis en la necesidad de la explotación visual dentro de la cuarta (4) y sexta (6) semana tras el nacimiento». [Folio 50, cuaderno 1]

Citó la declaración del médico Diego Fernando Talero, quien afirmó en el trámite disciplinario:

*«...en caso de prematurez y bajo peso al nacer, en este caso menos de 1500 gramos, el riesgo de desarrollar una retinopatía de la prematuridad entre los 1000 y los 1200 gramos es hasta de un 50%, por lo tanto estos pacientes deben ser evaluados*



*siguiendo un protocolo de las unidades de cuidado intensivo neonatal entre la cuarta y sexta semana de vida por el médico oftalmólogo, ya que se requiere examen de fondo de ojos por oftalmoscopia binocular indirecta para hacer un diagnóstico temprano de la entidad y catalogar en caso de ser positivo el diagnóstico el estado de la enfermedad la extensión y la localización para poder hacer un tratamiento oportuno». [Folio 50, revés, cuaderno 1]*

Con base en lo anotado en la historia clínica, el experto sostuvo: *«en su primer examen oftalmológico a los tres meses de edad, la paciente presentaba un estadio cuatro de la retinopatía del prematuro que implica una severidad de la enfermedad importante con un pronóstico reservado, ya que se encontraba desprendida la retina y en estos estadios el pronóstico visual aún con cirugía es bastante pobre...».*

Con relación a las probabilidades de éxito de recuperación de la visión de la menor si se le hubiera practicado una cirugía oportuna, señaló:

*«Básicamente el examen oftalmológico temprano entre la cuarta y sexta semana de vida lo que busca es un diagnóstico preciso en la enfermedad y catalogarla en cuanto a severidad, extensión y localización ya que en estudios tempranos (I-III), puede haber una regresión espontánea de la enfermedad y en estadios III en adelante requieren procedimientos como aplicación de láser o quirúrgicos que sabemos que tienen regular pronóstico».*

No es cierta, entonces, la suposición sobre la cual el tribunal sustentó su decisión de negar las pretensiones por ausencia de prueba de la incidencia de la culpa médica en la pérdida del sentido de la visión de la menor, porque, como acaba de observarse, el experto consultado refirió que si se hubiera hecho un diagnóstico correcto en los estadios tempranos de la patología de la menor y si se le hubiera aplicado el tratamiento adecuado, las posibilidades de éxito eran "regulares" o medias.

Así lo reiteró en la contestación de la siguiente pregunta que se le hizo:

*«Una vez desarrollada la enfermedad, el pronóstico visual a futuro del paciente no es buena ya que está asociada a otras*

*patologías del globo ocular como glaucoma, microftalmos, defectos refractivos altos. Sin embargo, un diagnóstico temprano de la enfermedad mejora su pronóstico debido al uso de crioterapia o la aplicación de laser en estadios tempranos.*

Y más adelante:

*«...el diagnóstico temprano de la retinopatía de la prematuridad requiere el concurso del médico oftalmólogo practicando los exámenes de fondo de ojo en los pacientes con riesgo alto de padecer esta enfermedad, es por eso que las unidades de cuidado intensivo neonatal deben establecer protocolos muy estrictos de seguimiento a los pacientes en riesgo para que una vez diagnosticada la entidad se pueda hacer un tratamiento oportuno...» [Folio 51]*

Las anteriores evidencias le permitieron al Tribunal de Ética Médica afirmar que la menor, debido a su prematuridad, tenía un alto riesgo de padecer patologías en el órgano de la visión; no obstante lo cual el pediatra que la atendió y examinó en seis oportunidades «no le vio los órganos de la visión, ni ordenó interconsulta con oftalmología», pese a que «esta anomalía es frecuente que se acompañe en los niños que nacen con prematuridad extrema, con pesos inferiores a 1500 gramos». El pediatra, por ende, «faltó al principio de oportunidad para que en el momento de las consultas realizadas hubiera remitido a la menor a la consulta de oftalmología pediátrica».

Lo anterior, explicó, de conformidad con lo que contempla la ley 23 de 1981, que exige al médico «dedicación del tiempo necesario para una evaluación adecuada de la salud del paciente, ordenando los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente, por lo que existiendo plena certeza (...) sobre su conducta omisiva, constituye ésta una de las formas de responsabilidad disciplinaria ético-profesional por negligencia, entendiendo la misma como una actitud profesional que se manifiesta no haciendo lo que se debe hacer cuando se puede hacer...» [Folio 51, revés, cuaderno 1]

La anterior decisión fue confirmada por el Tribunal Nacional de Ética Médica, quien consideró que la niña nació en condición de prematura extrema, con un peso de 1010 gramos y una edad de gestación de 29 semanas, y los riesgos inherentes a ese estado incluyen la retinopatía del prematuro,

situación que está prevista en la literatura médica tanto nacional como anglosajona.

De igual modo, reiteró que en la hospitalización inicial «y durante el seguimiento pediátrico realizado por el Dr. Páez no se encuentra valoración alguna expresa de los ojos de la paciente». [Folio 61, cuaderno]

El ente disciplinario fue enfático en que en ningún momento consideró que el doctor Eduardo Páez fue responsable de la retinopatía que presentó la paciente, pero coincidió con el Tribunal de Ética Médica del Tolima en que el médico no solicitó los exámenes pertinentes que habrían permitido llegar a un diagnóstico oportuno. [Folio 61, c. 1]

Es cierto que la valoración de la conducta ética que hicieron las autoridades disciplinarias en ambas instancias es distinta de la apreciación que hace el juez civil con base en los criterios axiológicos del derecho de la responsabilidad civil, pero ello no facultaba al sentenciador de segunda instancia a desconocer por completo los conceptos y conclusiones de los expertos para fundar su decisión en una mera conjetura u opinión alejada de lo que dictan los estándares de la medicina.

Las deficiencias del tribunal en la valoración probatoria son ostensibles, pues no había ninguna razón para desconocer los conceptos y decisiones de los expertos pares del médico tratante, quienes coincidieron en que el retardo del diagnóstico de la retinopatía incidió en la merma de las posibilidades de recuperación de la menor.

La decisión del tribunal, en cambio, fue caprichosa, pues aseveró que no había prueba “de la relación causal” entre la culpa médica y las probabilidades de mejoramiento, contrariando de ese modo los criterios fundamentados de los especialistas y exigiendo “la prueba de un nexo causal” que, además de ser un requisito imposible de cumplir, no se necesitaba en el caso *sub examine*, porque –como lo afirmaron los médicos que conformaron el tribunal disciplinario– nadie

puso en duda que “la causa” de la retinopatía no fue la conducta del médico tratante sino el estado de prematurez de la menor.

Sin embargo, no era “la causa” de su enfermedad lo que había que atribuir al galeno para endilgarle responsabilidad por las lesiones a la salud visual de la niña, sino todo lo contrario: que no cumplió con su deber profesional y jurídico para cambiar el curso causal que el destino le deparó a la recién nacida, y ese criterio de atribución jurídica de responsabilidad no tiene nada que ver con las “relaciones naturales de causa-efecto”.

### 2.3. El dictamen pericial.

En el dictamen pericial que elaboró el ginecólogo Álvaro Linero Montes, el profesional explicó que la *retinopatía de la prematurez* es una enfermedad *«proliferativa de los vasos sanguíneos de la retina, de origen multifactorial, producida por la existencia de una retina inmadura y solo parcialmente vascularizada al producirse el nacimiento del prematuro»*. Indicó que esa patología está directamente ligada a la prematurez y sólo se puede diagnosticar y tratar con posterioridad al nacimiento. [Folios 208 a 213 del cuaderno de pruebas conjuntas]

Indicó que *«a mayor prematurez mayor es la incidencia y la gravedad de la retinopatía de la prematurez. La sospecha diagnóstica aumenta en los recién nacidos menores de 1500 g. y/o menores de 32 semanas de edad gestacional. Se diagnostica mediante examen de fondo de ojo por oftalmólogo. Una vez hecho el diagnóstico el recién nacido debe ser trasladado a un centro de alta complejidad. Oftalmólogos expertos realizarán confirmación diagnóstica y eventual tratamiento. [Folio 211, cuaderno prueba conjunta]*

Con relación a “la causa” de las secuelas de la retinopatía, el perito coincidió con los conceptos que rindieron los expertos que conformaron el tribunal de ética médica, al afirmar que *«más que el retardo en el diagnóstico son la*

*prematurez y el bajo peso al nacer los principales factores que influyen en las complicaciones».*

No hay ninguna duda, entonces, de que "la causa" de los daños que sufrió la menor en su salud visual no fue, ni pudo ser, la conducta del médico tratante, sino la prematurez de la neonata.

Sin embargo, el juicio de imputación jurídica no se reduce a la "causalidad natural", ni ésta es condición necesaria ni suficiente de aquél; toda vez que -se reitera- la atribución jurídica de un resultado lesivo a un agente se determina por la existencia de deberes jurídicos de evitación de daños, que se le imponen a una persona por reunir ciertas cualidades o desempeñar una función social, lo cual no tiene nada que ver con "la prueba" de relaciones causales.

En el caso que se analiza, es posible imputar los daños que sufrió la menor a la incuria o desidia del personal médico y administrativo de la entidad demandada, porque las pruebas recopiladas en la actuación y, entre ellas, el dictamen pericial, permiten elaborar un razonamiento hipotético según el cual las tardanzas en el diagnóstico y tratamiento de la patología de la menor disminuyeron sus posibilidades de recuperación.

Así se infiere de la exposición del perito, quien refirió que la mayoría de las indicaciones médicas fueron *«aprobadas y puestas en práctica con las tardanzas propias de nuestro sistema general de salud, mientras que otras fueron retardadas por desconocimiento médico de las personas que autorizan los servicios solicitados por los especialistas»*. También indicó que *«las actuaciones administrativas mostraron falencias al negar o dilatar autorizaciones necesarias para el diagnóstico y/o seguimiento de un paciente crítico»*.

Es decir que los errores y dilaciones injustificadas no sólo se debieron a la negligencia del personal médico, sino, en gran medida, a falencias administrativas; lo cual permite

atribuir responsabilidad a la organización demandada, vista como sistema organizativo.

El perito fue concluyente al manifestar que es muy difícil determinar si los resultados nefastos hubieran sido los mismos de haberse brindado un servicio de salud oportuno y de calidad, *«dado que hay diferentes factores que podrían alterar la favorabilidad o no de la evolución de un cuadro clínico. Pero lo que sí es claro que dilatar las autorizaciones en salud pone en riesgo el pronóstico del paciente. Siendo que estos se soportan de protocolos extraídos de la medicina basada en evidencia»*.

Es, en suma, la medicina evidencial, la que permite concluir que las demoras injustificadas en el diagnóstico y tratamiento de la retinopatía disminuyeron las expectativas de recuperación de la paciente.

Así lo reiteró el perito, cuando afirmó que *«el no cumplimiento de estos estándares son factores determinantes para el pronóstico del paciente que desarrolle retinopatía de la prematuridad. Una vez diagnosticado, el paciente debe ser valorado y tratado oportunamente por oftalmólogo con experiencia en retinopatía del prematuro. O sea que se puede concluir que se omitió el diagnóstico inicial oportunamente y se retardó la atención especializada necesaria para evitar las consecuencias de la retinopatía de la prematuridad»*.

Finalmente, aseveró: *«El riesgo de generar retinopatía de la prematuridad es inherente a la edad gestacional y al peso al nacer. El no diagnóstico o el retardo en éste y la no atención especializada oportuna son factores determinantes para el pronóstico del paciente. Las consecuencias de las tardanzas administrativas para la atención y la no auditoría de la prestación de los servicios de salud contratados por la EPS tuvieron un impacto significativo sobre el resultado final»*. [Folio 213, cuaderno de pruebas conjuntas]

3. Las pruebas que fueron debidamente aportadas al proceso demostraron que la menor sufrió un daño irreversible

en su salud visual, pues terminó perdiendo un órgano de la visión y el sentido de la vista. También demostraron la culpa del personal médico y administrativo de la entidad demandada al retardar el diagnóstico y no brindar un tratamiento oportuno que habría aumentado las posibilidades de recuperación de la menor.

Esas pruebas no sólo fueron convergentes, sino que sus conclusiones coincidieron con lo que el conocimiento científico afianzado explica sobre la materia.

Al respecto, es preciso recordar que la literatura médica admitida por la comunidad de expertos no es ni puede ser un remplazo de los medios de prueba, pues ni se produce, ni se aporta, ni se controvierte como se hace con las pruebas judiciales. Mucho menos podría decirse que cumple la función propia de los medios de prueba.

Tal como ha sido explicado por nuestra jurisprudencia, *«el conocimiento científico afianzado, como parte de las reglas de la sana crítica, tiene la misma implicación que consultar una enciclopedia, un libro de texto especializado, o un diccionario con el fin de desentrañar el significado de los conceptos generales que permiten comprender y valorar la información suministrada por los medios de prueba. De hecho, si la técnica probatoria permite y exige valorar las pruebas de acuerdo con las máximas de la experiencia común, con mucha más razón es posible analizar las probanzas según los dictados del conocimiento científico afianzado, sin el cual muchas veces no será posible saber si el órgano de prueba brinda o no una información que corresponde a la realidad.»* (CSJ. SC9193-2017. Rad. 11001-31-03-039-2011-00108-01)

La literatura científica, entonces, no es un sucedáneo de los medios de prueba, por lo que un proceso judicial no puede resolverse sólo con su citación, pues ello violaría el principio de necesidad de la prueba, la carga de la prueba y el derecho a la prueba y la defensa de las partes.

El conocimiento científico admitido por la comunidad de expertos (afianzado) cumple la función de contextualizar la información suministrada por los medios de prueba y permite valorar la veracidad o falsedad del contenido material de los

órganos de prueba; pero jamás podría ser considerado como una suplantación de las pruebas.

Tampoco es admisible afirmar que los criterios científicos forman parte del “conocimiento privado del juez”, pues es bien sabido que en materia probatoria al funcionario judicial le está prohibido fundamentar sus decisiones a partir del conocimiento que haya tenido sobre las circunstancias particulares de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos que son materia de la controversia jurídica.

Los criterios científicos no forman parte del conocimiento privado del juez, por dos razones principales: *i)* porque no se trata de un saber subjetivo o intuitivo originado en las experiencias particulares del juez, sino del conocimiento producido, verificado y compartido por una comunidad de expertos y comprensible por cualquier persona de mediano entendimiento y formación, es decir intersubjetivamente elaborado y objetivamente verificado, lo que le resta cualquier carácter “particular”, subjetivo, oculto o misterioso; y *ii)* porque no trata sobre las circunstancias específicas de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos que originaron la controversia jurídica, sino que versa sobre cuestiones generales, impersonales y abstractas respecto de lo que normalmente ocurre en un universo de circunstancias que comparten ciertas características comunes.

Una vez admitida la validez formal de las pruebas que obran en el proceso, el funcionario judicial debe entrar a valorarlas en su materialidad, singularmente y en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, de la cual forman parte los criterios elaborados por la comunidad de expertos. Sin tales criterios, le quedará muy difícil al juez –si no imposible– saber si la información suministrada por los órganos de la prueba se ajusta o no a la verdad o a la realidad. Sin el contexto de significado que aportan los criterios de los expertos, el contenido del medio de prueba sería incontrastable.



Bajo tales aclaraciones, es preciso darle total credibilidad a la información suministrada por los medios y órganos de prueba que se reseñaron con anterioridad, pues coinciden con las fuentes especializadas que describen la materia.

De manera unívoca, la literatura médica refiere la necesidad de un diagnóstico temprano en niños con una edad gestacional inferior a las 31 semanas y bajo peso, con el fin de evitar o mitigar los efectos de la retinopatía del prematuro. Dicha valoración debe hacerse entre la cuarta y la sexta semana luego del nacimiento.

La condición de prematurez implica para los recién nacidos una alta posibilidad de padecer enfermedades, pues a esa edad el cuerpo humano no está *«lo suficientemente maduro y con suficiente tamaño corporal como para hacer una transición apropiada a la vida extrauterina»*, según lo explica la Guía Práctica Clínica del Recién Nacido elaborada por el Ministerio de la Salud.

La revisión al prematuro debe hacerse, según la aludida guía, *«al menos a las cuatro semanas de vida extrauterina»*, y para detectar posibles complicaciones del sentido de la visión, debe hacerse una *«retinoscopia por oftalmología»*. Respecto de tal patología, indica:

*¿Cuáles pacientes y a qué edad (gestacional, cronológica) deben someterse a un tamizaje sistemático para detección de retinopatía de la prematuridad?*

#### *4.7.2.4. Recomendación.*

*31. A. Se recomienda tamizar para ROP a todos los RN prematuros con factores de riesgo significativos para presentar ROP que amenace la visión.*

*31. A1. Tamizar a todos los prematuros con edad gestacional inferior a 33 semanas al nacer.*

*31. A. 2. En los prematuros con edades gestacionales al nacer entre 33 y 36 semanas, se debe tamizar a todo niño que tenga algún factor de riesgo diferente de la edad gestacional. Dado que algunos de los factores de riesgo pueden no haber sido*

*adecuadamente documentados en la historia clínica, en caso de duda se debe solicitar tamización para ROP.*

*31. B. La tamización consiste en una retinoscopia por oftalmoscopia indirecta realizada por oftalmólogo con entrenamiento y experiencia demostrados. Se debe tamizar al menos a las 4 semanas de vida extrauterina y luego de llegar a la semana 32 de edad gestacional.*

*Nota: El esquema de seguimiento después del examen inicial y las conductas subsecuentes exceden el alcance de la presente guía, pero el seguimiento debe continuarse hasta que se complete la vascularización normal de la retina o hasta que los cambios de ROP hayan regresado o se haya realizado el manejo urgente y oportuno de ROP que amenace la visión. [Folio 51, cuaderno Tribunal]*

Como se refirió en el acápite dedicado a la valoración de la historia clínica, el examen para detectar la retinopatía no se le practicó a la menor entre la cuarta y la sexta semana después de nacida, en contra de lo que prescribe la guía antes citada, sino a los cuatro meses de su nacimiento (8 de junio de 2004), a pesar de que la neonata presentó síntomas desde el 11 de mayo, los cuales fueron diagnosticados por el pediatra como “conjuntivitis”.

El 11 de mayo el oftalmólogo Helder Fonseca diagnosticó «retinopatía del prematuro» y como conducta a seguir ordenó «valoración por retinólogo» [folio 74, cuaderno 1]. Ese “diagnóstico” sin evidencia y por simple “ojo clínico” fue reiterado en ocasiones siguientes. Pero solo hasta el 8 de junio fue confirmado por el examen pertinente según el criterio de los expertos, plasmado en la guía práctica que se citó líneas arriba; lo que demuestra una ostensible negligencia injustificada por parte del personal médico que atendió a la menor en las citas de control posteriores a su nacimiento.

La Asociación Española de Pediatría<sup>5</sup> define la retinopatía de la prematuridad como «una vitreorretinopatía proliferativa periférica que acontece en niños prematuros y que tiene una etiología multifactorial, siendo la inmadurez su principal factor de riesgo. Las formas moderadas regresan con poca o nula afectación de la función visual, pero las formas más graves pueden provocar pérdida

<sup>5</sup> <https://www.aeped.es/sites/default/files/documentos/46.pdf>

de agudeza visual e incluso ceguera, que se puede prevenir, en la mayoría de los casos, realizando el tratamiento con láser en el momento adecuado».

En el mismo sentido, señaló que «el ET-ROP (Early Treatment for Retinopathy of Prematurity) study en 2003, constató que algunas retinopatías con unas características concretas tenían mejores resultados funcionales y anatómicos si se indicaba el tratamiento de forma precoz antes de alcanzar el estadio umbral, por ello actualmente algunas retinopatías se tratan en estadio preumbral. Actualmente, el tratamiento de elección es la ablación de la retina avascular con láser de diodo».

Por su parte, en una guía elaborada por el Ministerio de Salud de Argentina<sup>6</sup>, se indica:

*La ROP puede prevenirse, en la mayoría de los casos, en Unidades de Cuidados Intensivos Neonatales (UCIN) que cuenten con infraestructura adecuada y personal suficiente y capacitado que realice un correcto manejo de conductas perinatales y que controle los factores de riesgo mencionados (prevención primaria). El diagnóstico oftalmológico en el momento adecuado a través de la pesquisa sistemática y el tratamiento oportuno mejoran el pronóstico visual de los niños con diagnóstico de ROP (prevención secundaria). Finalmente, los niños que curan con secuelas (baja visión o ceguera) deben acceder tempranamente a programas de rehabilitación que faciliten su inserción social (prevención terciaria).*

También señaló que «la gravedad de la evolución de la ROP está inversamente relacionada con el peso y la edad gestacional de los RN prematuros y directamente relacionada con la presencia de los factores de riesgo. Sin prevención, diagnóstico oportuno y tratamiento adecuado, la enfermedad presentará tres evoluciones posibles: remisión espontánea con carencia de signos y síntomas; disminución de la agudeza visual por cicatrices retinianas diagnosticadas en controles oftalmológicos de la niñez; ceguera o disminución grave de la visión ante la presencia de un desprendimiento total o parcial de la retina».

En el mismo documento se sugiere «aplicar las medidas adecuadas para la prevención, diagnóstico y tratamiento de la ROP en todo recién nacido prematuro con peso al nacer menor

<sup>6</sup> <http://www.msal.gob.ar/images/stories/bes/graficos/0000000723crt-guia-rop-2016.pdf>

*de 1500 g y/o con una edad gestacional igual o menor a 32 semanas».*

De igual modo, afirmó que *«el tratamiento de la ROP mejora los resultados estructurales y funcionales a corto y largo plazo comparado con su no tratamiento. El tratamiento de la ROP de manera más temprana (en presencia de enfermedad pre-umbral) mejora los resultados estructurales y funcionales»;* por lo tanto, *«se sugiere tratar dentro de las 48 hs. a los niños con ROP agresiva posterior. En el resto de los casos, se sugiere tratarlos dentro de las 72 hs de diagnosticada. Comentario: Esto se debe a que la ROP agresiva posterior presenta una evolución muy rápida y de gravedad, por lo que es una urgencia oftalmológica. En los demás casos de ROP que requieren tratamiento, se asegura un resultado más favorable al evitar demoras en el mismo».*

Asimismo, reiteró: *«cuando un pediatra de seguimiento o de atención primaria recibe por primera vez un paciente prematuro, debe solicitar la epicrisis de la unidad de cuidados intensivos de ese paciente, donde debe constar que se le realizó en tiempo y forma la pesquisa para ROP y si no se le realizó debe enviarlo a control por oftalmólogo competente».*

Luego, si los propios expertos confirman que la ceguera por retinopatía del prematuro se puede prevenir con un diagnóstico y tratamiento oportuno y adecuado, entonces no hay ninguna razón para sostener lo contrario, como hizo el tribunal acusado cuando aseveró *«para negar las pretensiones— que aún si se hubiera prestado una atención en salud oportuna, de todos modos no se probó que el resultado lesivo habría podido evitarse o disminuirse.*

El error del razonamiento del tribunal es evidente, pues va en contra de lo que dicen los expertos en la materia y de lo que se deduce de la información aportada por el acervo probatorio.

4. Las pruebas mencionadas, a pesar de provenir de diversas fuentes, fueron concordantes entre sí. Todas ellas refirieron que un prematuro tiene riesgo de padecer retinopatía, motivo por el cual debe ser evaluado entre la

cuarta y la sexta semana de vida, pues un diagnóstico temprano mejora las posibilidades de recuperación del paciente o disminuye sus consecuencias adversas.

Quedó demostrado, en cambio, que el personal médico, asistencial y administrativo de la E.P.S. demandada no realizó las acciones tendientes diagnosticar y tratar oportunamente la retinopatía de la prematuridad que padeció la menor.

En los diversos controles e ingresos que tuvo desde su nacimiento hasta el 11 de mayo de 2004, los médicos que la atendieron no le revisaron los ojos, ni ordenaron su remisión al especialista.,

En las diferentes citas de control, los médicos tratantes se limitaron a revisar su talla, peso y masa corporal, entre otras observaciones generales sobre el estado físico de la paciente, pero en ninguna de esas ocasiones ordenaron o practicaron los exámenes de rigor en los órganos de la visión de la menor, a pesar del riesgo de retinopatía inherente a su condición de prematuridad.

Fue sólo al cuarto mes de nacida, que se le practicaron los exámenes de rigor para confirmar el diagnóstico de retinopatía de la prematuridad, cuando la enfermedad se encontraba en estado avanzado (fase IV) y se había producido desprendimiento total de la retina en ambos ojos, lo que generó la ceguera irreversible y, posteriormente, la extracción de los órganos de la visión.

La larga cadena de errores, demoras y omisiones no paró ahí, pues los médicos ni siquiera tuvieron la pericia de poner a la menor un implante del tamaño que correspondía a sus órbitas oculares, causándole dolores y sufrimientos innecesarios y prolongados que habrían podido evitarse si se hubieran tomado las medidas preventivas que el caso ameritaba.

Como lo indican los expertos que rindieron su criterio en el proceso y lo confirma la literatura médica pertinente, un

tratamiento oportuno habría aumentado las posibilidades de recuperación de la menor o, al menos, de no empeoramiento; por lo que hay que inferir que el cúmulo de negligencias injustificadas fue el factor jurídicamente preponderante en el menoscabo de la salud visual de la neonata.

Los razonamientos probatorios elaborados por el tribunal fueron, por tanto, manifiestamente equivocados y trascendieron en una sentencia no ajustada a derecho, toda vez que al estar demostrados todos los elementos del tipo de responsabilidad que se demandó, no había más que declarar la consecuencia jurídica prevista en el artículo 2341 del Código Civil, es decir declarar la responsabilidad civil de la entidad demandada y ordenar el pago de las indemnizaciones correspondientes.

Por lo tanto, se casará la sentencia de segunda instancia sin que haya lugar a imponer condena en costas en virtud de la prosperidad del recurso.

#### **IV. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia proferida el 8 de marzo de 2016 por el Tribunal Superior de Ibagué dentro del proceso de la referencia; y, en sede de instancia dicta la siguiente:

### **SENTENCIA SUSTITUTIVA**

#### **I. ANTECEDENTES**

Las pretensiones, los hechos en que éstas se apoyaron, las excepciones formuladas por la entidad demandada, el contenido de la sentencia de primera instancia y la sustentación de los recursos de apelación quedaron explicados en los antecedentes de la sentencia de casación, por lo que no hay necesidad de repetirlos en esta oportunidad.

Por cuanto ambas partes apelaron, esta sede está facultada para resolver sin limitaciones, tal como lo dispone el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil (328 C.G.P.).

## **II. CONSIDERACIONES**

En la motivación del fallo de casación se expusieron las razones por las cuales hay que confirmar la decisión del juez de primera instancia en lo que respecta a la declaración de la responsabilidad civil de la entidad demandada, pues en el proceso se demostraron todos los elementos estructurales de la obligación que se reclamó: un daño jurídicamente relevante, una conducta jurídicamente reprochable por haber sido negligente e imperita –es decir culpable–, y el juicio de correlación jurídica que permite imputar las lesiones sufridas por la víctima a la culpa de la empresa promotora de salud.

### **1. El daño jurídicamente relevante.**

No estuvo sujeto a discusión que la menor María Alejandra Sanabria Mojica sufrió una ceguera total en ambos ojos debido a una retinopatía producida por su nacimiento prematuro. Además de la ceguera irreversible por ambos ojos, la niña perdió los órganos de la visión, pues le extirpó uno de sus globos oculares. El daño a su salud visual quedó debidamente probado por la historia clínica y las demás pruebas que obran en el proceso, sin que ese elemento de la responsabilidad fuera materia de controversia.

Además de la pérdida de un órgano de la visión y de la totalidad del sentido de la vista, se produjeron daños patrimoniales y extrapatrimoniales que serán tasados de conformidad con los criterios establecidos por esta Corte en casos similares.

### **2. La culpa de la entidad demandada.**

Quedó probado que en los casos de nacimiento prematuro, uno de los riesgos que suelen presentarse para la

salud del neonato es la retinopatía, no porque sea una secuela normal de la prematuridad sino debido a su exposición prolongada a altas concentraciones de oxígeno. Por ello, los estándares de la medicina prescriben que los exámenes de rigor tendientes a detectar esa anomalía deben practicarse a más tardar entre la cuarta y la sexta semana después del nacimiento, pues la detección y tratamiento oportunos inciden en las posibilidades de recuperación del paciente.

En el caso de la menor María Alejandra, el examen para detectar la retinopatía no se le practicó entre la cuarta y la sexta semana después de nacida, sino al cuarto meses (8 de junio de 2004), a pesar de que la neonata presentó síntomas de retinopatía desde el primer mes, los cuales fueron diagnosticados inicialmente como "conjuntivitis".

En ninguna de las citas de control el pediatra tratante examinó la salud visual o auditiva de la recién nacida pese a las solicitudes de la madre, quien ya se había percatado de que algo no andaba bien, pues el globo ocular izquierdo se notaba más pequeño de lo normal, el iris se veía transparente y la cámara anterior presentaba manchas de sangre.

Frente a los signos y síntomas de retinopatía de la prematuridad que presentaba la menor, el médico tratante se limitó a hacer un análisis físico, de toma de medidas y peso, en el que encontraba todo "normal"; haciendo caso omiso a las peticiones de la madre para que explorara la capacidad visual y auditiva de la niña.

Dadas las fuertes sospechas de "retinopatía del prematuro", el 11 de mayo de 2004 el oftalmólogo ordenó una «*valoración por retinólogo*», quien practicó el examen pertinente el 8 de junio, confirmándose de esa manera el diagnóstico inicial.

Para esa fecha, la patología se encontraba en un estado avanzado (fase IV), con desprendimiento de retina y otras complicaciones en los órganos de la visión.



El 12 de junio se practicó *vitrectomía más cirugía para glaucoma, trabeculectomía en el ojo izquierdo y extracción del cristalino*. Pero para ese momento ya no había mucho que hacer para salvar el sentido de la vista de la menor, dado que presentaba ceguera en ambos ojos.

La negligencia del personal médico y administrativo de la EPS demandada se prolongó mucho tiempo después, en el que se negaron a la menor los tratamientos adecuados dirigidos a mejorar su salud visual, o -al menos- a evitar su empeoramiento; al punto que no sólo sufrió una ceguera irreversible sino que terminó por perder uno de sus globos oculares.

En remplazo del órgano que le fue extirpado, el 28 de febrero de 2007 se le colocó un implante, pero la impericia de los médicos tratantes quedó en evidencia -una vez más- cuando se constató que la prótesis #16 no correspondía al tamaño de su cavidad ocular, por lo que terminó expulsándola y generado una infección secundaria que podía ser evitada.

La triste realidad superó cualquier previsión pesimista cuando -por segunda vez- el nuevo implante que se le colocó tampoco fue el correcto, pues en esta oportunidad (14 de marzo de 2007) se le puso uno muy pequeño (#10), que terminó siendo expulsado.

Las demoras frecuentes e injustificadas en la atención médica terminaron por producir la cicatrización de la cavidad ocular, por lo que ya no fue posible retirar el implante incorrecto. Por ello, la médico que realizó la valoración de oculoplastia (el 27 de agosto de 2007) recomendó *ajustar implantes tipo cascarilla sobre el existente*.

La negligencia médica no sólo afectó la salud visual de la niña; también contribuyó al incremento de las complicaciones que sufrió en su desarrollo psicomotor.

En efecto, no fue sino en julio de 2008, es decir cuando la niña tenía más de cuatro años de edad, que se le hizo una

valoración integral por psiquiatría; después de la insistencia desesperada de la madre en solicitar la aludida valoración, cuya autorización sólo pudo conseguir luego de interponer varias acciones de tutela e incidentes de desacato.

Los exámenes psiquiátricos confirmaron lo peor: la menor padecía un retardo mental severo, hemiplejía espástica, trastorno mixto del desarrollo con síntomas autistas secundarios a su discapacidad visual y al mal manejo médico de su patología.

Tanta fue la negligencia del pediatra tratante en hacer oportunamente las valoraciones, diagnósticos y tratamientos de rigor, que fue sancionado disciplinariamente por el tribunal de ética médica del Tolima, siendo esa decisión confirmada por el tribunal nacional de ética médica.

La culpa médica quedó probada en extenso, como lo corroboraron al unísono y en forma contundente las distintas pruebas que obran en el proceso.

### **3. La correlación de imputación entre las lesiones sufridas por la víctima y la conducta culpable de la entidad demandada.**

La correlación jurídica entre la negligencia del personal médico y el daño a la salud de la menor no es -ni podría ser- un "hecho" demostrable *directamente* por las pruebas aportadas por las partes. El juicio de imputación de un daño con relevancia jurídica a un agente que debe pagar por él es una inferencia hipotética que compete a las cargas argumentativas del juez al momento de dictar su sentencia. De ahí que no es un "hecho probatorio" exigible a la parte demandante -ni mucho menos a la demandada-, sino un razonamiento que hace el juez a partir de lo que indica el acervo probatorio.

No es un "hecho probatorio" porque los hechos pueden experimentarse por los órganos de los sentidos, por lo que son susceptibles de demostración por pruebas "directas": la lluvia,

el ataque físico a una persona, una explosión, la salida del Sol, un nacimiento, la muerte, son hechos descriptibles; y, entre ellos, son hechos con relevancia jurídica los que crean, modifican o extinguen relaciones de trascendencia para el derecho.

La atribución de un daño jurídicamente relevante a un agente que tenía el deber legal de evitarlo no es un hecho *descriptible*, es un razonamiento que permite *adscribir* significado jurídico a una situación. Y, aunque puede ser postulado como indicio por las partes en sus alegatos de conclusión, finalmente lo construye el juez al momento de dictar su sentencia.

Las demoras injustificadas en realizar una valoración, los errores de diagnóstico, la negligencia en la práctica de tratamientos y procedimientos adecuados, el retardo en la programación de citas por razones “administrativas” o “logísticas”, el mal diligenciamiento de la historia clínica, las rupturas de comunicación entre profesionales, la ausencia de canales adecuados de información hacia los pacientes y sus familiares, el afán en la práctica de procedimientos que requieren sumo cuidado y dedicación, entre otras situaciones que no corresponden propiamente a “acciones” que puedan distinguirse o individualizarse con nitidez, son factores que pueden incidir en las afecciones a la salud de los pacientes.

Es al juez, en suma, a quien le corresponde hacer una valoración indiciaria para establecer una correlación de imputación entre los deberes infringidos por el demandado y el resultado lesivo sufrido por la víctima.

En el caso que es materia de análisis, la causa natural, eficiente y adecuada de la retinopatía que produjo la ceguera de la niña fue su exposición prolongada e inadecuada a altas concentraciones de oxígeno mientras permaneció en la unidad de cuidados intensivos, como lo tiene establecido la evidencia científica:

*«La retinopatía de la prematuridad (ROP) es una enfermedad potencialmente grave que se presenta en recién nacidos de pretérmino y que afecta a los vasos sanguíneos de la retina en desarrollo. La ROP es una de las principales patologías causantes de ceguera prevenible en niños. De manera que todos los niños prematuros en riesgo deben ser objeto de tamizaje neonatal, con el fin de detectar la ROP y, con ello, evitar la progresión de la enfermedad, que puede llevar a discapacidad visual o ceguera. La principal causa asociada a la ROP es la administración de oxígeno con un control inadecuado en las salas de parto y en las unidades de cuidados neonatales.»<sup>7</sup>*

Sin embargo, el juicio de atribución de responsabilidad que había que elaborar no se limita a demostrar cuál fue “la causa” de la retinopatía, pues aunque en el presente caso se pudo establecer con certeza el origen de la enfermedad, ese “hecho” no es un factor suficiente para atribuir o desvirtuar la responsabilidad.

Los daños producidos a la salud visual de la menor son imputables a la entidad demandada porque infringió sus deberes de evitación de daños al incrementar el riesgo de lesión por no tomar las medidas preventivas y correctivas que el ordenamiento jurídico le impone.

Según el juicio de imputación que corresponde hacer en este caso, los artículos 177, 178, 179 y 180 de la Ley 100 de 1993 imponen a las empresas promotoras de salud la obligación de *«organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados»*. De igual modo, las EPS tienen el deber jurídico de garantizar la prestación integral, oportuna, eficiente y de calidad del servicio de salud a sus afiliados.

Por esa posición de garante que les otorga la ley, las entidades promotoras asumen “como suyos” y están civilmente llamadas a indemnizar los daños que sufren sus afiliados siempre y cuando éstos puedan correlacionarse con

---

<sup>7</sup> Organización Panamericana de la Salud y Organización Mundial de la Salud. Guía práctica clínica para el manejo de la retinopatía de la prematuridad. Washington D.C., 2019.

la conducta omisiva o negligente del personal médico, asistencial o administrativo de la organización.

Esa correlación de imputación puede establecerse en términos de probabilidad lógica:

Si la entidad demandada tiene el deber legal de brindar un servicio de salud de calidad porque de lo contrario podría afectarse o ponerse en riesgo la integridad psicofísica de los pacientes, entonces hay razones para suponer que los eventos adversos que sufrió la paciente estuvieron relacionados con el incumplimiento de ese deber jurídico al estar probada la deficiente prestación del servicio.

Y si los estudios científicos y los criterios de los expertos coinciden en que la atención oportuna y adecuada habría podido mejorar las condiciones de salud de la menor o, al menos, impedir su empeoramiento, entonces hay razones para concluir que la negligencia médica que se demostró con creces en el proceso incidió negativamente en la pérdida del sentido de la vista de la paciente.

El juicio de probabilidad hipotética permite sostener que las lesiones a la salud visual de la menor y los perjuicios que se derivaron de ella son jurídicamente imputables a la entidad demandada aunque no se conozca “la probabilidad estadística de recuperación” o el “grado de determinación causal” de la conducta de los profesionales en el resultado nefasto.

#### **4. A propósito de la teoría de la pérdida de una oportunidad**

El juez de primera instancia condenó a la E.P.S. demandada por haber provocado “la pérdida de la oportunidad” de recuperación de la salud de la paciente. Sin embargo, en su argumentación no quedó claro cuál fue el significado que le dio a esa figura, pues aludió a ella - indistintamente- como una especie de daño y como un factor de imputación.

Existen, por lo menos, tres maneras de entender la "pérdida de una oportunidad": como una especie de daño autónomo, como una forma de sortear los problemas de incertidumbre causal, o como una técnica de valoración probatoria.

a) La concepción *ontológica* de la pérdida de una oportunidad la entiende como una entidad o bien jurídico; es decir como una especie de daño autónomo por sí mismo indemnizable.

Quienes así razonan afirman que "el daño" por pérdida de una oportunidad no consiste en una "consecuencia cierta" sino en el cercenamiento de las posibilidades que tenía la víctima de obtener un beneficio o evitar un perjuicio.

El perjuicio en este caso *no es la pérdida de una "ventaja esperada" (sobrevivir, ganar un proceso judicial), sino la pérdida de la oportunidad de obtener esa ventaja que se esperaba.*<sup>8</sup>

No es verdad que la simple posibilidad de obtener una ventaja o beneficio (material o inmaterial) o de evitar un perjuicio es un bien jurídico o entidad protegida por el derecho, porque la lesión a los bienes con relevancia jurídica no surge con independencia de la situación jurídica en que se encuentra el sujeto a quien pueda atribuirse el daño. El daño jurídicamente relevante depende de una concepción relacional entre quien lo sufre y quien lo produce; jamás se determina "en sí mismo".

No existe el bien jurídico de "la posibilidad" de tener éxito o no sufrir desgracias. Cuando el ordenamiento jurídico concede o reconoce el derecho a la vida, a la salud, a otros bienes superiores, a conformar un patrimonio, a ser indemnizado, etc., no está queriendo decir que su titular no pueda o deba ver disminuidos o afectados esos bienes

<sup>8</sup> Francois CHABAS. La pérdida de una oportunidad ("chance") en el derecho francés de la responsabilidad civil. Revista de Responsabilidad Civil y del Estado N.º 33. Medellín: IARCE. p. 28.

jurídicos, sino, simplemente, que ninguna otra persona –salvo el propio titular– está jurídicamente autorizada para lesionar o disminuir sin justa causa esos bienes jurídicos.

Pero el derecho nada asegura frente a las posibilidades de incremento de beneficios o de evitación de perjuicios. La desgracia, el infortunio, el fracaso, la frustración de expectativas y los eventos adversos son el común denominador que deben soportar las personas en un mundo plagado de dificultades. Frente a tal realidad, creer que las posibilidades u oportunidades de conseguir un beneficio o evitar un perjuicio son un bien jurídico cuyo daño es por sí mismo indemnizable es una manifestación de ingenuidad.

El daño a un bien jurídicamente resguardado sólo surge a la vida jurídica cuando se logra establecer su correlación con una conducta (activa u omisiva) de un tercero que tiene el deber jurídico de evitarlo y la posibilidad material de impedirlo. La determinación del concepto de "daño" requiere de un juicio previo de calificación jurídica.

Tampoco tiene ningún sentido o utilidad la artificial distinción entre un daño "cierto" y el daño como "oportunidad de su evitación". Decir que lo que se indemniza no es la muerte sino haber perdido la oportunidad de sobrevivir no es más que decir lo mismo con otras palabras; y afirmar que el abogado negligente mermó la posibilidad de ganar un pleito es lo mismo que decir que la conducta omisiva del profesional fue el factor jurídicamente determinante de la pérdida del litigio.

Acreditar que la víctima contaba con una oportunidad real y sería de obtener una ventaja o evitar un perjuicio de no haber sido por la intervención o abstención del agente que tenía el deber jurídico de no frustrar esa expectativa, es exactamente lo mismo que demostrar que existe un criterio jurídico de atribución del resultado dañoso a ese agente saboteador.

Entre ambas afirmaciones no existe ninguna diferencia radical, salvo la forma de presentarlas.

La falsa creencia en la sutil distinción tiene su origen en la creencia irreflexiva de que el daño tiene que ser "cierto".

El único daño "cierto" es el que se ha producido, consolidado y agotado en el pasado. Pero esa especie de daño hace mucho tiempo dejó de ser el único posible o, siquiera, el más importante. Todo daño pasado con secuelas hacia el futuro carece de la característica de la certeza. Con más razón, en los daños meramente probables (como el lucro cesante) tal propiedad se encuentra ausente. No hay ni puede haber ninguna situación referida al futuro contingente con el carácter de la certeza.

La indemnización integral de los perjuicios no consiste en regresar a la víctima al mismo estado en el que estaba en el momento inmediatamente anterior al sufrimiento del daño, pues no es posible volver al pasado. La reparación integral consiste en poner a la víctima en el estado más probable en que se hallaría (en el presente y en el futuro) de no haber sido por la ocurrencia del evento adverso.

Toda indemnización de un daño con relevancia jurídica lleva implícita una valoración de las oportunidades que tenía la víctima de obtener un beneficio o evitar un perjuicio. No hay ninguna "pérdida de oportunidad" que no pueda ser catalogada como una violación de los bienes jurídicos indemnizables mediante las categorías autónomas admitidas por nuestra jurisprudencia, tales como el daño emergente, el lucro cesante, la vida en relación o la violación de un bien protegido por la Constitución.

En ese orden, el médico que frustra las oportunidades de recuperar la salud de su paciente vulnera un bien protegido por el ordenamiento superior: la salud; pero no una "oportunidad en sí de recuperar la salud", pues no existe ningún criterio objetivo diferenciador de ambas situaciones. El abogado negligente que impide la oportunidad de presentar



un recurso o ganar un pleito no viola "una oportunidad", simplemente vulnera el derecho de su cliente a la defensa técnica. Y la persona que impide la asistencia a un concurso o competencia en el que se tenían grandes posibilidades de éxito o de obtención de una ventaja económica o satisfacción personal no disminuye la oportunidad de ganar el concurso o competición, tan sólo ocasiona un perjuicio patrimonial o moral a quien tenía altas probabilidades de ganar.

No existe, entonces, ninguna razón para considerar que la pérdida de una oportunidad es una categoría autónoma de daño indemnizable.

**b)** La segunda acepción de "pérdida de una oportunidad" no la entiende como un daño autónomo, sino como un "comodín" para sortear las dificultades originadas por la imposibilidad de demostrar el "nexo de causalidad" natural.

Ante la injusticia que supondría negar la indemnización cuando no es posible probar con "certeza" cuál fue la causa adecuada del resultado, la pérdida de una oportunidad opera como sucedáneo de la relación de causalidad. Es una ficción, una "presunción", un "como si", o un premio de consolación.

Tal manera de concebir la "pérdida de una oportunidad" no soluciona el problema de la atribución de responsabilidad cuando es materialmente imposible conocer la causa adecuada del daño, pues la indeterminación por pluricausalidad, pluriconsecuencialidad o acausalidad permanece igual. Frente a la incertidumbre sobre la relevancia de la conducta del agente en la producción del daño, decir que disminuyó o cercenó una posibilidad de la víctima es no decir nada en absoluto, es simplemente una arbitrariedad porque el criterio de atribución permanece desconocido.

A lo anterior se suma una inconsistencia insalvable: la "pérdida de una oportunidad" sólo se requiere cuando no hay manera de precisar el nexo causal; es decir que es un recurso conceptual incompatible y excluyente con los enfoques causales. Siempre que exista claridad intuitiva sobre la acción

que produjo un resultado lesivo, será innecesario acudir a la pérdida de una oportunidad.

Una vez se ha demostrado que la pérdida de una oportunidad no es un daño autónomo, ni un sucedáneo de la relación causal en los casos de indeterminación o incertidumbre causal, ni mucho menos un método de reparto de responsabilidad proporcional con base en criterios estadísticos, sólo queda concebirla como una técnica probatoria para atribuir responsabilidad bajo criterios de probabilidad lógica.<sup>9</sup>

**c) La pérdida de una oportunidad como técnica probatoria.**

Tanto en la sustentación de la sentencia de casación como en la motivación del fallo sustitutivo se explicó que cuando es materialmente imposible determinar la “causa adecuada” de un daño (no por negligencia probatoria de la parte que tiene esa carga, sino por imposibilidad real), la atribución del resultado lesivo a un agente como suyo debe hacerse con base en criterios jurídicos mediante una inferencia abductiva o probabilística.

Se trata de correlacionar una acción u omisión con un resultado jurídicamente desaprobado cuando se tiene el deber legal y la posibilidad material de evitar la consecuencia lesiva.

Esa correlación se hace mediante inferencias indiciarias, abductivas o de probabilidad lógica.

De ese modo es posible concluir, dentro del ámbito de lo probable, que si la experiencia muestra que una persona que tiene el deber jurídico de evitar un daño incumple ese deber habiendo tenido la posibilidad de impedir la consecuencia lesiva, entonces hay razones jurídicas para atribuirle ese resultado como suyo, aunque no haya intervenido físicamente

---

<sup>9</sup> Marina GASCÓN ABELLÁN. La oportunidad perdida. Responsabilidad, causalidad, probabilidad. Revista Responsabilidad Civil y del Estado N.º 30. IARCE. Medellín, febrero de 2012, pp 111 y ss

en su producción o aunque la preponderancia de su participación no se haya podido determinar con certeza.

El cercenamiento de la posibilidad de evitar un perjuicio o de no haber obtenido un beneficio es, en suma, la elaboración de una correlación lógica entre la conducta del demandado y la lesión que sufre la víctima cuando los vínculos causales son sensorialmente imperceptibles o indeterminables.

La "pérdida de una oportunidad" es, de esa forma, un método de valoración probatoria sin ningún misterio; no es ninguna novedad, pues siempre ha estado disponible: es un indicio. Nada más y nada menos.

### **5. Análisis de las excepciones.**

Las excepciones referidas a la ausencia de prueba de los elementos estructurales de la responsabilidad civil se negarán, toda vez que los mismos quedaron demostrados, como se explicó con anterioridad.

La excepción de *«extralimitación de la pretensión indemnizatoria»* se resolverá al momento de hacer la respectiva liquidación de la indemnización.

### **6. Liquidación de perjuicios.**

#### **6.1. Perjuicios patrimoniales.**

Esta clase de perjuicios se concreta en el equilibrio económico que ha sido alterado por la ocurrencia del hecho lesivo; ya sea porque la víctima sufre una mengua en su fortuna o bien por quedar frustrados los beneficios legítimos que habría percibido si hubiera permanecido indemne.

**a) Daño emergente.**

Esta especie de daño no se reclamó en la demanda ni se robó en el proceso. En consecuencia, no hay lugar a hacer ninguna declaración o condena al respecto.

**b) Lucro cesante.**

En lo que respecta al lucro cesante futuro por la privación de los beneficios económicos que la menor habría recibido en su edad adulta como contraprestación de una actividad económica lícita de no ser por el grave daño que sufrió, se ordenará el pago de una renta periódica vitalicia correspondiente a un salario mínimo mensual, tal como lo ha establecido esta Corte en un caso de similares connotaciones fácticas.<sup>10</sup>

Lo anterior se justifica por el estado psicofísico de la menor, quien padece de ceguera total en ambos ojos, retardo mental severo, hemiplejía espástica (parálisis de un lado del cuerpo), trastorno mixto del desarrollo con síntomas autistas, entre otras secuelas graves e irreversibles que la hacen absolutamente incapaz de valerse por sí misma; por lo que no podrá recibir una educación básica formal ni podrá desempeñarse en el mercado laboral, debiendo depender siempre de sus padres o tutores.

Para indemnizar este detrimento patrimonial futuro se tomará como base el salario mínimo mensual legal vigente, pues ante la imposibilidad material de establecer otro parámetro, ha de adoptarse el estipendio que reconoce la ley para solventar los gastos básicos de una persona en nuestro medio.

Esta suma habrá de pagarse desde cuando la menor cumpla la mayoría de edad (18 años) por el resto de su vida, es decir a partir del 12 de febrero de 2022 en rentas periódicas mensuales, para cuya garantía la entidad demandada consutuirá un patrimonio autónomo, cuenta fiduciaria o póliza

<sup>10</sup> SC9103 del 28 de junio de 2017. Radicación nº 11001-31-03-039-2011-00108-01.

que se encargará de pagar la renta periódica en la cuenta bancaria que señalen los padres de María Alejandra Sanabria Mojica.

## **6.2. Perjuicios extrapatrimoniales.**

Se ha reconocido por nuestra jurisprudencia como especies de perjuicio no patrimonial –además del daño moral– el daño a la vida de relación y la lesión a bienes jurídicos de especial protección constitucional o convencional.<sup>11</sup>

La característica fundamental de esta clase de daños es que son económicamente inestimables, pues no corresponden a costos o gastos sufragados, ni a beneficios pecuniarios legitimamente esperados, aunque sí tienen un valor afectivo para su titular.

Por ello –ha recalcado nuestra jurisprudencia– *el daño a la integridad psicofísica de la persona no puede confundirse con los gastos correspondientes a la atención en salud que debe recibir un paciente para la recuperación o mantenimiento de su vitalidad, pues estos últimos corresponden a un servicio que tiene un costo; mientras que la salud como bien superior no tiene precio sino valor, y la medida de compensación o satisfacción que se otorga es siempre simbólica (sea monetaria o de cualquier otra índole).*<sup>12</sup>

La tasación de los daños no patrimoniales está dada por el criterio de razonabilidad del juez, pues esta noción intelectual le permite determinar en cada caso concreto si la medida simbólica compensatoria es equitativa, suficiente, necesaria y adecuada para consolar a la víctima por la pérdida de sus bienes inmateriales e inestimables en dinero, como son su integridad psicofísica, su honra y buen nombre, su dignidad, su proyecto de vida, o sus sentimientos o afectos.

<sup>11</sup> SC de 8 de diciembre de 2013. Ref.: 2002-00099-01, reiterada en SC10297 de 5 de agosto de 2014, SC13925 de 30 de septiembre de 2016, SC9193 del 28 de junio de 2017.

<sup>12</sup> SC9193 del 28 de junio de 2017. Radicación n.º 11001-31-03-039-2011-00108-01.

**a) Daño moral:**

Teniendo en cuenta la gravedad de las lesiones permanentes e irreparables que ha sufrido la menor como secuela de la deficiente atención del servicio de salud, lo cual ha generado en su núcleo familiar gran dolor, angustia, aflicción, preocupación y desasosiego en grado sumo, se tasarán los perjuicios morales en la suma de sesenta millones (\$60'000.000) para la víctima directa de este daño; lo mismo (\$60'000.000) para cada uno de sus padres; y treinta millones (\$30'000.000) para cada uno de los hermanos de la menor.

**b) Daño a la salud, a las condiciones de existencia o a la vida en relación.**

Este rubro se concede únicamente a la víctima directa del menoscabo a la integridad psicofísica como medida simbólica o de compensación por la pérdida del bien superior a la salud, que le impedirá tener una vida en condiciones normales.

Por cuanto las secuelas permanentes e irreversibles que sufrió la menor alteraron sus condiciones de existencia y su integridad psicofísica, de manera que no podrá disfrutar de la felicidad propia de los primeros años de infancia, ni mucho menos podrá realizar las actividades lúdicas y formativas que acostumbra hacer un niño que goza de buena salud, este rubro se tasará en la suma de setenta millones de pesos (\$70'000.000).

6. La sentencia del juez de primera instancia, por tanto, se confirmará parcialmente en lo que respecta a la declaración de responsabilidad civil de la entidad demandada, y se modificará en lo pertinente a la tasación de las indemnizaciones para incrementarlas de la manera que se describió en el acápite correspondiente de esta motivación.

## **7. Los llamados en garantía.**

Salud Total E.P.S. llamó en garantía al médico Manuel del Cristo Iriarte Uerós y a Diacorsa (Sucursal Instituto del Corazón de Ibagué), ente que, a su turno, llamó en garantía a la Aseguradora Colseguros.

Como fundamento del llamamiento a Diacorsa adujo la existencia de un contrato para la prestación de servicios de salud, en virtud del cual dicho ente suministró a la paciente los servicios de ginecología, le practicó la cesárea, le hizo exámenes diagnósticos, brindó atención de enfermería, así como cuidados neonatales e intermedios durante los primeros días de vida de María Alejandra Sanabria, y se comprometió a garantizar la calidad de su servicio y asumir la responsabilidad por el mismo.

Esa relación contractual quedó debidamente probada en el proceso, así como la prestación del servicio negligente por parte de la llamada en garantía. De ahí la prosperidad del llamamiento, que permite atribuir responsabilidad solidaria a Diacorsa en virtud de lo establecido en el artículo 2344 del Código Civil.

En lo que respecta a la Aseguradora Colseguros (ahora Allianz Seguros S.A.), está llamada responder civilmente en virtud de la relación contractual que la une con el Instituto del Corazón de Ibagué, hasta el monto amparado en las Pólizas de Responsabilidad Civil N° 1200000521 y N°1200000658, con vigencia entre el 12 de febrero de 2003 y el 12 de febrero de 2004, la primera, y el 28 de abril de 2004 y el 28 de abril de 2005, la segunda; menos el deducible que en ellas se pactó. [Folio 137, cuaderno llamamiento]

La Aseguradora formuló la excepción de prescripción porque la demanda se presentó con posterioridad a los tres años contados desde la ocurrencia del hecho lesivo.

Frente a tal argumento, es preciso memorar que esta Corte, a partir de la sentencia de 30 de junio de 1962 (G.J. t,

XC(C), ratificada en fallos posteriores, adoptó la doctrina según la cual la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas es directa, cualquiera que sea la posición de sus agentes productores del daño dentro de la organización.<sup>13</sup>

El fundamento jurídico de esta postura fue explicado en fallos recientes, en los que se reiteró que *«la responsabilidad de las personas jurídicas es directa y tiene su fundamento normativo en el artículo 2341 del Código Civil, tal como lo ha afirmado la jurisprudencia de esta Corte desde mediados del siglo pasado»*.<sup>14</sup>

En consecuencia, al incurrir la persona moral demandada en responsabilidad directa, la prescripción que regula esta acción es la decenal consagrada en el artículo 2536 del Código Civil. La excepción de prescripción extintiva, por tanto, está condenada al fracaso.

Con relación al médico Manuel del Cristo Iriarte Ucrós, se demostró que únicamente practicó la cesárea a la embarazada, sin que se tenga conocimiento de su intervención posterior en los hechos negligentes que incidieron en los daños cuya indemnización reclama. Ante la completa falta de prueba de su responsabilidad profesional, se mantendrá la absolución que declaró el juez *a quo*.

La sentencia del juez de primera instancia, por tanto, se confirmará parcialmente en lo que respecta a la declaración de responsabilidad civil de la entidad demandada, y se modificará para declarar la responsabilidad de las llamadas en garantía Diacorsa y Aseguradora Colseguros.

De igual modo, se modificará lo pertinente a la tasación de las indemnizaciones para incrementarlas de la manera que se describió en el acápite correspondiente de esta motivación.

<sup>13</sup> SC del 17 de abril de 1975 y SC del 28 de octubre de 1975.

<sup>14</sup> SC13630 del 7 de octubre de 2015, rad. 2009-00042-01; SC13925 del 24 de agosto de 2016, rad. 2005-00174-01; SC9193 del 23 de junio de 2017, rad. 2011-00108-01.



Ante la prosperidad del recurso de apelación formulado por la parte demandante, se condenará en costas de ambas instancias a la parte vencida, tal como lo dispone el numeral cuarto del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil; las cuales se tasarán por la Secretaría, incluyendo como agencias en derecho de la segunda instancia la suma de dieciocho millones quinientos mil pesos (\$18'500.000) correspondientes al 5% del monto de las pretensiones reconocidas en la sentencia.

### III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y actuando como tribunal de segunda instancia,

#### RESUELVE:

**Primero.** Confirmar la sentencia de primera instancia en lo que respecta a la declaración de responsabilidad civil de la entidad demandada Salud Total E.P.S. por los perjuicios ocasionados a la menor María Alejandra Sanabria Mojica, derivados de la deficiente prestación del servicio de salud que le brindó.

**Segundo.** Declarar que los llamados en garantía Diacorsa y Aseguradora Colseguros son responsables solidarios. Diacorsa por la totalidad de los daños ocasionados; la Aseguradora hasta el monto de \$100.000.000 amparado en la póliza menos el deducible del 10% que pactaron las partes, es decir hasta la suma de \$90'000.000.

**Tercero.** Absolver de toda responsabilidad civil al llamado en garantía Manuel del Cristo Iriarte Ucrós.

**Cuarto.** Condenar a la demandada Salud Total E.P.S. y a las llamadas en garantía Diacorsa y Allianz Seguros S.A. (antes Aseguradora Colseguros) a pagar a los demandantes las siguientes sumas de dinero:

- A María Alejandra Sanabria Mojica:

a) Daño moral: \$ 60'000.000

b) Daño a la salud: \$ 70'000.000

c) Lucro cesante futuro:

Un renta periódica mensual por valor de un salario mínimo legal vigente a la fecha de su pago, desde el 12 de febrero de 2022 y durante toda la vida de María Alejandra Sanabria Mojica; el cual será consignado dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que señalen sus padres o tutores. Para garantizar el pago de esta renta periódica la demandada constituirá un patrimonio autónomo, cuenta fiduciaria, póliza o caución.

- A Martha Patricia Mojica y Danilo Ernesto Sanabria Tavera la suma de \$ 60'000.000 para cada uno, por concepto de daño moral.

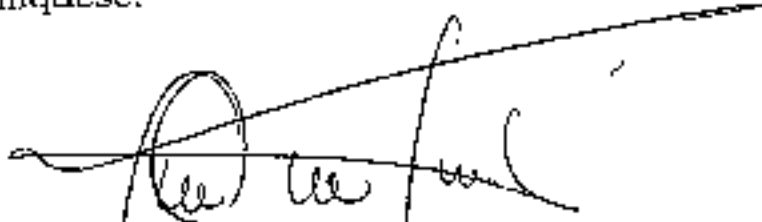
- A Iván Yesid Pérez Mojica, Jineth Danicla Casallas Mojica, Paula Andrea Sanabria Gutiérrez y Brayan Camilo Sanabria Gutiérrez, la suma de \$ 30'000.000 a cada uno, por concepto de daño moral,

**Quinto.** Condenar a Salud Total E.P.S. y a Diacorsa a pagar las costas de ambas instancias. Las de primera, deberán ser liquidadas por el juzgado de conocimiento. Las de segunda instancia se liquidarán por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$ 18'500.000.

Sin costas en casación, ante la prosperidad del recurso extraordinario.

En su oportunidad, devuélvase el expediente al despacho judicial de origen.

Notifíquese.



**LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA**  
(Presidente de la Sala)  
*Delero ivoto*



**ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO**




**AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO**

**LUIS ALONSO RICO PUERTA**



**ARIEL SALAZAR RAMÍREZ**



**OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE**