

Rama Judicial del Poder Público
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla
Sala Quinta Civil-Familia

Magistrada Sustanciadora:
GUIOMAR PORRAS DEL VECCHIO

Código. 08-001-31-03-014-2014-00465-01

Rad. Interno. **42619**

Barranquilla, once (11) de agosto de dos mil veinte (2020).

Discutido y aprobado en Sala, según acta n°. 051.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, procede la Sala a resolver el recurso de apelación formulado por el apoderado judicial de la Organización Clínica General del Norte SA y la llamada en garantía Alliansalud EPS SA, contra la Sentencia de fecha 12 de marzo de 2019, dictada por el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Barranquilla, en el proceso de Responsabilidad Civil seguido por Nicolás Alberto Name Miranda y Johanna Rosarly Fuentes Cortes en nombre propio y en representación de su hijo Nicolás Miguel Name Fuentes, así como por Miguel Humberto Fuentes García y Rosalba Cortes de Fuentes contra Organización Clínica General del Norte SA y AllianSalud EPS SA.

I. ANTECEDENTES

1.1. Los señores Nicolás Alberto Name Miranda y Johanna Rosarly Fuentes Cortes, en nombre propio y en representación de su hijo Nicolás Miguel Name Fuentes, y los señores Miguel Humberto Fuentes García y Rosalba Cortes de Fuentes, formularon demanda de Responsabilidad Civil, con el fin de que (i) se declare que la Organización Clínica General del Norte es civilmente responsable por los daños y perjuicios ocasionados al menor Nicolás Miguel Name Fuentes, con ocasión de la negligencia médica que originó como resultado la pérdida de la visión del citado niño, ii) se les condene en tal razón al pago de la indemnización que discrimina así:

- Por concepto de perjuicios materiales, traducidos en los traslados del menor, los honorarios profesionales y la incapacidad productiva del menor, la suma de mil millones de pesos (\$1.000.000.000.00).
- Por concepto de perjuicios morales, reflejados en el dolor sufrido por el niño, sus padres y abuelos, la suma de mil ochocientos millones de pesos (\$1.800.000.000.00).
- Por concepto de daño a la vida en relación, el equivalente a 600 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

1.2. Como fundamento fáctico de tales peticiones, señalaron: (i) que la señora Johanna Rosarly Fuentes Cortes se encontraba afiliada en calidad de cotizante a Aliansalud EPS, ii) que con ocasión de su estado de embarazo, que cursaba la semana 28, y ante la presentación de contracciones uterinas, ingresó a la Clínica General del Norte el día 9 de agosto de 2011, aproximadamente a las 7:20 a.m.; iii) que fue atendida por el ginecólogo de turno, quien al evidenciar una dilatación del cuello uterino de 8 centímetros, les informó acerca de la necesidad de trasladarla a sala de parto, iv) que en consecuencia, su hijo Nicolás Miguel Name Fuentes, nació el mismo 9 de agosto, a las 10:12 a.m. Sin embargo, ante las deficiencias respiratorias que presentó, tuvo que ser sometido a intubación en la Unidad de Cuidados Intensivos Neonatales, v) que el 12 de agosto de 2011, la señora Johana Fuentes, ingresó a la referida unidad a visitar a su hijo, encontrándolo frío, y al preguntar, le informaron sin más explicaciones y sin un examen previo, que el neonato tenía hipotermia, vi) que preocupada, se dirigió a su esposo, quien se dio cuenta de que la máquina tenía una temperatura diferente a la que presentaba el recién nacido, vii) que una vez reportaron este evento, se llamó al personal de mantenimiento, quien confirmó que la máquina estaba averiada, viii) que el día 17 de agosto de 2011, se le retiró al recién nacido el ventilador mecánico, trasladándolo a una incubadora, ix) que el día 27 de agosto de 2011, se encontró la incubadora apagada a la hora de visitas, y ante la queja de los padres, se les informó que el aparato se había apagado por recalentamiento, negándoseles un cambio de máquina por falta de disponibilidad

x) que el día 28 de agosto de 2011, los padres del Nicolás Miguel encontraron, una vez ingresaron a la unidad neonatal a visitarlo, que la puerta de la incubadora estaba pegada con cinta de papel, recibiendo como explicación que se encontraba dañada xi) que efectuaron el cambio de incubadora pero se denotaba despreocupación del personal del cuerpo médico y asistencial, xii) que el día 9 de septiembre de 2011 el niño fue revisado por la doctora Beatriz Donado, oftalmóloga pediatra adscrita a FOCA, a pesar de que a esta última no se le solicitó por parte de la clínica, la práctica del examen, xiii) que la mencionada especialista le indicó a la madre del neonato que debía indagar por los resultados de la revisión oftalmológica. Sin embargo, el personal asistencial nunca brindó esa información, por lo que los padres no pudieron enterarse de los hallazgos realizados por la profesional de la salud, xiv) que la orden de salida fue dada el 19 de septiembre de 2011, indicándoseles a los padres que debían revisar la epicrisis para atender las recomendaciones ahí consignadas, sin que en ellas se plasmara nada referente a control por oftalmología xiv) que el neonato fue revisado por el pediatra en control por su medicina prepagada, quien los remitió a la Clínica Oftalmológica del Caribe, xv) que una vez allí los atendió la misma oftalmóloga, Beatriz Donado, quien les indicó que al revisarlo en la Clínica General del Norte había dado la orden de control en 8 días, y acto seguido les informó que el niño tenía un desprendimiento de retina de ambos ojos, xv) que ante ese diagnóstico, el menor fue intervenido quirúrgicamente de urgencia por el retinólogo Carlos Esteban Vélez y remitido a la UCI de la Clínica General del Norte por un periodo de 24 horas, xvi) que los intentos fueron fallidos, encontrándose a la fecha con ceguera y estrabismo en el ojo izquierdo por el estado avanzado de retinopatía, con ocasión de la negligencia de la Clínica General del Norte, que luego de los errores descritos, omitió informar a los padres del niño sobre el obligatorio control por oftalmología ordenado por la Dra. Beatriz Donado Acosta.

1.3. La demanda fue admitida por proveído de agosto 11 de 2014, ordenándose el traslado a los demandados, quienes notificados, contestaron la demanda en el siguiente sentido:

1.3.1. La Organización Clínica General del Norte, negó el nexo de causalidad entre la atención brindada y la ceguera. Expuso que el niño nació con un estado de salud delicado con ocasión de su prematurez, y que la ceguera fue ocasionada por el incumplimiento de las recomendaciones dadas y el descuido de los padres, habida cuenta que transcurrieron 45 días entre el egreso y la revisión por oftalmología. Así mismo, formuló excepciones de mérito que denominó “Inexistencia del obligatorio nexo de causalidad entre las complicaciones de tipo oftalmológico que sufrió el pacientes Nicolás Miguel Name Fuentes y los servicios médicos hospitalarios que fueron prestados por la IPS Clínica General del Norte y muchos menos entre tales servicios y el daño que sufrió el paciente como consecuencia de las complicaciones que se le presentaron, producto del grave incumplimiento de las órdenes médicas.”, “Inexistencia de los elementos estructurales de la responsabilidad médica denominados falta de oportunidad, pertinencia, racionalidad o impericia, falta de diligencia y/o imprudencia.”, “Culpa de los funcionarios y/o médicos de la EPS Aliansalud y de los señores Nicolás Name Miranda y Johana Fuentes Cortes como padres del menor Nicolás Miguel Name Fuentes, por incumplimiento de las recomendaciones médicas”, “Total inexistencia del obligatorio vinculo contractual entre la Dra. Rosa Donado quien fue la oftalmóloga que atendió al paciente Nicolás Miguel Name Fuentes el día nueve (9) de septiembre del dos mil once (2011) en la UCI Neonatal, lo cual genera imposibilidad de imputarle responsabilidad a Organización Clínica General del Norte SA en del evento de que se prueba demostrar que la citada Oftalmóloga incurrió en culpa médica al no cumplir con la obligación que le imponía al principio de garante y que la culpa fue el nexo causal del daño que sufrió el paciente, ya que la Dra. Rosa Donado prestó sus servicios como medica contratada directamente por Fundación Oftalmológica del Caribe Foca.

De otra parte, llamó en garantía a Mapfre Seguros Generales de Colombia SA.

1.3.2. AllianSalud EPS SA, contestó la demanda de manera extemporánea, lo que motivó el rechazo de la defensa.

1.3.3. La llamada en garantía, Mapfre Seguros Generales de Colombia SA se opuso a la convocatoria formulando contra el llamado las excepciones de “Prescripción del contrato de seguro”, “Inexistencia de la obligación de pagar o reembolsar al flamante la Organización Clínica General del Norte SA”, “Aplicabilidad del deducible pactado en la póliza de responsabilidad civil No. 1001310000875”, “Límite del valor asegurado pactado en la póliza de responsabilidad civil No. 1001310000875”, “Terminación del contrato de seguro y pérdida del derecho a la indemnización a favor del asegurado”, “Excepción Genérica”.

En relación a la demanda, se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de “Ausencia de culpa y cumplimiento del acto médico”, “Inexistencia de la obligación de indemnizar por parte de la Organización Clínica General del Norte”, “Inexistencia del nexo causal”, “Indebida tasación de perjuicios”, y “Excepción Genérica”.

1.4. Previo agotamiento del periodo probatorio, y mediante sentencia dictada el 12 de marzo de 2019, el juez de conocimiento resolvió declarar no probadas las excepciones de mérito invocadas por la demandada Organización Clínica General del Norte SA, así como la excepción de “indebida tasación de perjuicios” formulada por la llamada en garantía. De otra parte, declaró probada la excepción de prescripción del contrato de seguro, que formuló Mapfre Seguros de Colombia SA frente al llamamiento.

En relación a las pretensiones de la demanda, declaró civil y extracontractualmente responsables a las entidades Organización Clínica General del Norte y Alliansalud EPS SA por el daño ocasionado al niño Nicolás Name Fuentes con ocasión de la negligencia médica. En consecuencia, condenó al pago de perjuicios morales por la suma de noventa y tres millones setecientos cuarenta y nueve mil cuarenta pesos (\$93.749.040.00) a favor de todos los demandantes, y al pago de setenta millones de pesos a favor del niño, a título de daño a la vida en relación.

1.6. Inconformes con la decisión, los apoderados judiciales de los demandados formularon recurso de apelación, que les fue concedido en el efecto suspensivo.

Allegado el expediente, se admitió la alzada y posteriormente se corrió el traslado conforme los lineamientos del Decreto Legislativo 806 de 2020 emanado del Ministerio de Justicia y del Derecho, en la que los apoderados judiciales expusieron las razones para sustentar sus alegatos.

La apoderada de la Organización Clínica General del Norte SA adujo en los reparos concretos y en la sustentación que de ellos realizó, que la parte demandante no había logrado demostrar la actuación culposa ni el obligatorio nexo causal, endilgando responsabilidad a la oftalmóloga que había omitido la realización del examen de control, a la EPS y a los padres, que según expuso, siempre estuvieron informados de la salud y los requerimientos del bebé, y a pesar de eso tardaron en realizar los trámites ante la EPS de manera posterior al egreso.

Expresó que en contraste, se había probado que las actuaciones de la clínica siempre estuvieron ajustadas a la *lex artis*, que sus profesionales adscritos contaban con la idoneidad para adelantar su labor y salvaguardaron la vida del neonato con la aplicación de sus conocimientos, y que los resultados fueron simplemente una complicación propia del estado de prematuridad del niño, desconociéndose el momento exacto en que se desarrolló la patología.

Por último, atacó la declaratoria de prescripción frente a la acción contra la aseguradora, alegando que el término extintivo inició con la presentación de la demanda.

Por su parte, la apoderada de AllianSalud EPS reprodujo en segunda instancia, el escrito de apelación presentado ante el a-quo. Inició sus alegatos expresando que las pretensiones de la demanda no se dirigían contra su

prohijada, y continuó arguyendo que no existía en el informativo registro de negativas en la autorización del servicio ni de autorizaciones tardías, que pudieran comprometer la responsabilidad de la entidad promotora de Salud. Al respecto resaltó que la EPS no tuvo conocimiento de solicitud de interconsulta del menor por el servicio de oftalmología durante su estancia en clínica, en tanto ello hacía parte integral del servicio prestado por la IPS y autorizado por la promotora. Agregó, entre otros argumentos, que la Clínica General del Norte había omitido seguir con los protocolos establecidos para este tipo de casos, al tiempo que endilgó “dejadez” a los padres del niño, por no mostrar interés en que el control se realizara 8 días después de la primera revisión oftalmológica. En atención a la alegada falta de culpa, atacó entonces la solidaridad declarada por el juez.

La parte no apelante – actora – alegó de conclusión, solicitando la confirmación de la sentencia apelada; tras señalar que existió la omisión médica al no haber efectuado el seguimiento adecuado y requerido por un paciente vulnerable, omitiendo la recomendación médica especializada, consistente en una nueva valoración dentro de los ocho días siguientes al haberle dado de alta al niño.

Surtida pues íntegramente esta instancia, se hallan cumplidos los presupuestos procesales en razón que por la naturaleza del asunto, la vecindad de las partes, etc, tanto el Juzgado de primera instancia como esta Sala son competentes para conocer y decidir el proceso.

Las partes se encuentran en capacidad de actuar, la demanda reúne los requisitos de fondo y de forma, y no se evidencian irregularidades con aptitud de viciar lo actuado.

No obstante, en ejercicio del control de legalidad regentado en el artículo 132 del C.G.P., es necesario retomar un tópico de talante procesal que aunque no ignorado en primera instancia, no fue resuelto de manera correcta.

Se trata de la extemporaneidad de la contestación de la demanda por parte de la Clínica General del Norte, pues aunque por la apoderada de la parte actora, se puso de presente el otorgamiento de poder en fecha muy anterior a la presentación del documento defensivo, lo que dio lugar a la solicitud de declaración de extemporaneidad, el juez A quo ignoró esa circunstancia y contabilizó el término de traslado de manera impropia desde la diligencia de notificación por aviso.

Nótese al respecto que la primera comunicación para diligencia de notificación personal, fue recibida por la Organización Clínica General del Norte el día 24 de noviembre de 2014, y aunque la comunicación de notificación por aviso fue recibida el 14 de agosto de 2015, no es menos cierto que el poder para contestar el libelo invocatorio había sido otorgado de tiempo atrás.

Ello daba lugar, sin hesitación, a aplicar el artículo 301 del C.G.P., en la medida en que, mediante documento presentado ante depositario de la fe pública, se realizó una manifestación acerca del conocimiento del proceso.

En efecto, a folios 111-112 del cuaderno principal, reposa el mandato de que se habla, otorgado por la vocera de la institución hospitalaria el 8 de abril de 2015 ante la Notaría Quinta de Barranquilla, en cuyo encabezado, se pueden observar los datos del presente proceso, como su naturaleza, radicación y partes.

En ese orden de ideas, no resultaba acorde a la norma ritual, en especial a la lealtad procesal en ella contenida como principio, que se permitiera el conteo del término de traslado desde el día siguiente de la notificación por aviso, al resultar evidente que la demandada conocía del proceso con 4 meses de anterioridad.

En ese orden de ideas, así debió disponerlo el juez A quo, aplicando además los efectos procesales contenidos en el artículo 97 del C.G.P.

De allí que esta Sala no pueda tener en cuenta, al momento de desatar la alzada, las excepciones formuladas por el apoderado judicial de la Organización Clínica General del Norte SA, ni en general, las herramientas de defensa utilizada por este sujeto procesal en el escrito de contestación.

Dicho esto, se procede a decidir el recurso de apelación previas las siguientes

II. CONSIDERACIONES

2.1. Luego de extenderse en la lectura de la definición y causas generadoras de la patología sufrida por el niño Nicolás Miguel Name Fuentes, denominada Retinopatía de la Prematuridad, el juez A quo se adentró en los protocolos para su detección y corrección, y cotejando aquellos, con los elementos materiales de convicción, determinó que la Clínica General del Norte los había incumplido de manera culposa, al no realizar, antes del egreso del niño, el examen oftalmológico ordenado por la profesional Beatriz Donado Acosta, que conforme su aserto, hubiera permitido un diagnóstico temprano y evitado su ceguera.

Expresó que esa omisión en el seguimiento periódico a la vascularización de la retina del infante, imputable de manera exclusiva a la citada Clínica General del Norte, amén de los niveles de saturación de oxígeno aplicados al menor en su estancia en la UCIN, que superaron los recomendados, fue la causa determinante de la ceguera del niño, refiriéndose a la pérdida de oportunidad solo a título de dicho de paso.

Siguiendo ese hilo de pensamiento, desdibujó la responsabilidad de la Clínica Oftalmológica del Caribe o de los padres del menor, en la medida en que, según su dicho, la IPS demandada era la única obligada a solicitar y garantizar la práctica del examen, aunado que de las recomendaciones de salida, no se podía extraer el seguimiento por el servicio de oftalmología que la condición el niño

requería, de suerte que no le era exigible a los padres el despliegue de una conducta calificada.

En segundo lugar, consideró prescrita la acción elevada a la aseguradora, declarando probada la excepción que en tal sentido había formulado la llamada en garantía.

2.2. Dicho esto se precisa, que los reparos formulados contra la sentencia estimatoria, tienden, por parte de la Organización Clínica General del Norte SA, a refutar la causalidad entre el daño y el actuar de los profesionales vinculados a la institución, así como la prescripción declarada frente a la acción ejercida contra el llamado en garantía, Mapfre Seguros SA y por parte de Allianz Salud, a atacar la solidaridad entre dicha IPS demandada y la entidad promotora contratante. Arguyó esta última, en relación a la solidaridad, que su obligación se limitaba a autorizar la prestación del servicio de salud, sin que le fuera imputable la omisión de un examen cuyo aval nunca le fue solicitado, ni por la Clínica, ni por los padres del menor.

2.3. Empiécese entonces con la inconformidad esbozada por la Clínica demandada respecto a la causa entre el daño y los referidos actos científicos.

Dos de los argumentos capitales que arguyó la clínica, fueron, de un lado, que la obligación de realizar el examen de control a la retina se encontraba en cabeza de la misma oftalmóloga que hizo el hallazgo de retina inmadura y tortuosidad vascular, Dra. Beatriz Donado Acosta, y de otro lado, que no era posible establecerse si al momento de salir de la institución hospitalaria, el niño contaba con diagnóstico diferente, de suerte que no se sabía si su ceguera tenía relación con la falta de práctica del control.

2.3.1. Aterrizando al informativo se precisa que fueron hechos demostrados que la señora Johana Rosarly Fuentes Cortes, ingresó a la Clínica General del Norte el día 9 de agosto de 2011, en estado de embarazo y fase activa de trabajo de parto y que en esa misma fecha nació por parto vaginal y a las 28

semanas de gestación, el niño Nicolás Miguel Name Fuentes, con un peso de 1.270 grs, una talla de 38 cms y franca dificultad respiratoria.

Que debido a su estado de prematurez y con base en los protocolos establecidos, se hacía necesario realizar un examen oftalmológico especializado para determinar el estado de su retina. Que en efecto, conforme se evidencia en historia clínica, el primer análisis fue efectuado por la oftalmóloga Beatriz Donado Acosta, con ocasión del contrato suscrito entre la Organización Clínica General del Norte S. A., y la Clínica Oftalmológica del Caribe SAS., quien al examen encontró una retina inmadura y una leve tortuosidad vascular, que ameritaba un control en 8 días, dato que se corrobora con el certificado expedido por la Clínica Oftalmológica del Caribe SAS. obrante a folio 93.

Que el 19 de septiembre se dio autorización de egreso sin haber sometido al niño Nicolás Name Fuentes al seguimiento ordenado.

Que el 4 de noviembre de 2011, por consulta externa en la Clínica Oftalmológica del Caribe se diagnosticó en su ojo derecho una retinopatía de la prematuridad Tipo I y en el ojo izquierdo un desprendimiento total de retina, sin que el procedimiento quirúrgico realizado en el ojo derecho hubiere dado resultados positivos, en tanto el diagnóstico definitivo arrojó retinopatía de la prematuridad estadio V en ambos ojos, con desprendimiento total de retina, confirmado por ecografía, sin posibilidad de curación.

2.3.2. De allí que el primer interrogante a responder, resulte el de, quién era la persona obligada a asegurarse de que el examen de control ordenado, en efecto se practicara.

2.3.2.1. Al respecto, lo primero que se extraña en el informativo, en especial en la historia clínica, es una orden médica o documento de otro talante, que determine quién ordenó el examen y cuál fue cual su motivación, lo que respalda la declaración de la madre del menor, quien adujo que la oftalmóloga pediatra

Beatriz Donado Acosta se encontraba el día del examen en la Clínica General del Norte, para evaluar a un neonato candidato a cirugía, sin conocer de solicitud para examinar a Nicolás Name, y que fue ante el comentario de la señora Johana Fuentes, acerca de la estancia de su hijo en UCIN, que la especialista procedió a hacer el control, sin que el personal asistencial de la clínica le hubiera dado información sobre los resultados del mismo.

Y es que, se repite, no hay otro registro en la historia clínica que dé cuenta del seguimiento oftalmológico. Ni siquiera hay documento que acredite la orden del servicio por parte de alguno de los médicos tratantes, ni de la solicitud elevada a la Clínica Oftalmológica del Caribe para que realizara la primera valoración.

El único hallazgo relacionado con la salud ocular del niño, en la historia clínica, es el observado a folio 168, donde se indica la realización por microbiología de un cultivo de secreción ocular solicitado por medicina general con ocasión del diagnóstico de sepsis, con resultados negativos según se observa en epicrisis de salida del 19 de septiembre de 2011.

Aparte de tal documento, no hay nada que permita entrever que hubo siquiera una solicitud para el primer servicio.

Ello da lugar a concluir que para el primer examen ni siquiera medió orden médica, lo que reafirma la conducta omisiva de la institución. No obstante, como en efecto el examen sí fue realizado, al margen de si le precedía orden médica y/o solicitud de realización, los efectos prácticos de esa aparente primera omisión no contemplaron un daño.

Tampoco reposa el contrato de prestación de servicios suscrito entre la Clínica Oftalmológica del Caribe SAS. y la Organización Clínica General del Norte SA para atender a pacientes en el área de oftalmología, de manera que se desconocen las obligaciones derivadas del mismo.

Este documento resultaba relevante, y a criterio de la Sala, de obligatorio allegamiento por parte de la entidad demandada, que concentró parte de sus argumentos en imputar negligencia a la oftalmóloga adscrita a la Clínica Oftalmológica del Caribe, sin siquiera allegar prueba sumaria que demostrara la obligación de aquella, de cumplir con tal menester.

Recuérdese que la atención integral de los pacientes atendidos por la Clínica General del Norte, era responsabilidad de esta última, adquirida con ocasión del contrato celebrado con las EPSs, entre las que se incluía Alliansalud, y que al no contar con el servicio de oftalmología que estaba incluido en esa integralidad, se vio obligada a prestarlo a través de un tercero, como lo fue en este caso la Clínica Oftalmológica del Caribe. En ese orden de ideas, para desplazar la culpa a este último, máxime en un proceso de responsabilidad, debía necesariamente demostrar que conforme el negocio celebrado, le correspondía a ese tercero toda la carga del seguimiento del paciente.

Y ello no ocurrió, lo que conlleva a presumir, que, tal como lo expresó la médica oftalmóloga tratante del niño Nicolás Name, la encargada de garantizar el seguimiento de la salud visual del paciente, lo era la institución hospitalaria, descartándose la alegada culpa de tercero.

2.3.2.2. Continuando con la revisión del informativo, se avizoró además un presupuesto de hecho de suyo relevante, que no fue advertido.

Nótese que las valoraciones médicas que se realizaron el día 9 de septiembre de 2011, se encuentran en la página 24 de la historia clínica, visible tanto a folio 60 como a folio 287 vuelta del cuaderno principal, continuando la secuencia de los días subsiguientes, así: en la página 25 se registra la evolución médica de los días septiembre 10, septiembre 11 y septiembre 12 de 2011; en la página 26 se registra la evolución del 13 de septiembre de 2011 y a su vez en la página 27, se reporta la evolución del día 14 de septiembre de 2011, y justo en esta página, se encuentra la valoración intrahospitalaria de la oftalmóloga Beatriz

Donado Acosta, quien se registra como adscrita a COFCA (Clínica Oftalmológica del Caribe) y FOCA (Fundación Oftalmológica del Caribe).

Lo anterior daría lugar a pensar que la fecha plasmada por la oftalmóloga como la de realización del primer examen, fue producto de un lapsus, pues no habría otra razón que justificara que la anotación de un examen realizado aparentemente el día 9 de septiembre, se encontrara en la evolución médica del 14 del mismo mes, máxime cuando el resto de la historia clínica guardó perfecta secuencia cronológica.

Ello tendría consecuencias importantes, entre las que se encuentra, que el término de los 8 días para la realización del control, se venció una vez el neonato fue dado de alta, pues si el examen se realizó el 14 de septiembre de 2011, como señala la lógica, los 8 días se vencían el 22 del mismo mes, cuando el niño se encontraba bajo custodia de sus padres.

En otras palabras, indicaría que la Clínica General del Norte SA no se encontraba vinculada de manera directa a la realización del control.

Sin embargo, la madre del menor afirmó en su declaración, de manera categórica, que recordaba la fecha del examen porque había sido realizado al niño el día en que cumplió un mes de edad, y la realidad es que, todos los declarantes, entre los que se encuentran las partes y la especialista que lo realizó, hablan de la fecha 9 de septiembre de 2011 como la de efectiva práctica del primer control a la retina, de suerte que esta Sala deba concluir que los hallazgos de la historia clínica hayan obedecido en efecto a un error en la manuscipción de los documentos, que podría basarse en que la responsable de la nota, no tenía el manejo de la historia, al no ser funcionaria de la institución hospitalaria.

2.3.2.3. Lo expuesto hasta el momento, permite entonces llegar a la conclusión, que la Clínica General del Norte, obligada a garantizar la práctica del control oftalmológico, deshonoró tal deber, pues a pesar de haberse emitido una

orden intrahospitalaria de un examen, dio salida al menor sin cerciorarse de su práctica.

2.3.3. Pero además de eso, obvió la obligación de informar a sus padres, amén de a la EPS, al momento del egreso, sobre los hallazgos del primer examen que ameritaban un especial seguimiento, resaltándose que no hay un elemento de convicción que permita hacer un juicio de exigibilidad a los progenitores, quedando toda la carga de información en cabeza de la institución médica.

Rememórese que conforme el acervo, que coincide con la declaración de parte, los padres del niño no conocieron los resultados del examen, ni ninguna otra información relacionada con el bienestar oftalmológico de su hijo que los obligara a actuar de determinada manera al momento de egresar de la clínica.

Al respecto se observa que en el plan de manejo dado al momento de alta, no se registraron signos de alarma en relación a las novedades encontradas por la oftalmóloga, que pudieran brindar a los padres información específica sobre los controles a que el niño debía ser sometido de manera obligatoria.

Es plausible afirmar entonces, que la lectura de tales recomendaciones generales, no demandaba de los padres un actuar calificado, en tanto la inscripción en el programa de crecimiento y desarrollo y la cita por consulta externa, resultaban programas rutinarios y comunes a todos los recién nacidos, ni menos se les hacía exigible conocer los pormenores de la historia clínica, que en muchos de sus apartes, resultaba ilegible.

Agréguese, que en ninguno de los ítems de la epicrisis del egreso, se hizo siquiera alusión tangencial a la retina inmadura encontrada en examen, haciéndose referencia exclusiva al síndrome de dificultad respiratoria del recién nacido, y a la evolución satisfactoria que hacía posible el alta, lo que da fuerza a la versión de la madre en relación a que el examen no fue ni ordenado, ni tenido en cuenta por el personal asistencial de la clínica demandada.

El actuar culposo de la clínica se amplía entonces a un tema de información, en el que, generalmente, se producen los errores del sistema de salud.

Invóquese al respecto, lo expuesto por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en tal sentido en decisión SC13925-2016:

*“Los cortocircuitos en la comunicación durante el proceso de atención pueden presentarse en los pases o remisiones del paciente de un profesional a otro; cuando se imparten órdenes; cuando se transfiere responsabilidad entre efectores; cuando se prescriben las fórmulas médicas; **cuando el paciente es dado de alta; cuando se dan indicaciones a sus familiares (o se omiten) sobre los cuidados y tratamientos que han de realizarse en el hogar; etc.**, en cuyos casos es posible que el profesional brinde al paciente una atención inmediata adecuada para su dolencia y, sin embargo, ocasione errores de comunicación que repercuten en eventos adversos por quebrantar las normas y estándares sobre el correcto manejo de la información. “*

Es decir, que puede afirmarse que la omisión en la realización del examen del prematuro custodiado por el personal vinculado a la Clínica General del Norte, puede imputarse a esta institución, porque además de no realizarlo de manera directa, no alertó a los padres al momento de la salida, incidiendo en la falta de detección temprana de la enfermedad.

2.3.4. Sin embargo, para la Sala no existe un acervo probatorio que pueda llevar a afirmar de manera categórica, como lo hizo el juez de primera instancia, que esa omisión haya sido la causa de la ceguera del niño Nicolás Miguel Fuentes, en tanto ni del dictamen allegado ni de las declaraciones de especialistas puede desprenderse tal relación de causalidad.

Así pues que la omisión de la institución médica en la realización del examen de control que había sido ordenado por la Oftalmóloga Beatriz Donado,

no puede rotularse, como expuso el juez A quo, como la causa determinante y exclusiva de la referida pérdida de la visión.

Para llegar a esa conclusión, este juez plural tuvo en cuenta el experticio rendido por el oftalmólogo Fabio Ramírez Arbeláez, que en la sexta página, obrante al reverso del folio 456 bien indica *“se evidencia una pérdida de oportunidad por falta de seguimiento oportuno en cuando a la evolución oftalmológica se refiere; no es posible confirmar, y tampoco negar, que de haberse hecho el seguimiento, se hubiese podido conservar una visión funcional, pero sí se hubiese ofrecido la oportunidad; hay que aclarar que la ROP es una enfermedad multifactorial en la cual la prematuridad e inmadurez de los tejidos juega un factor determinante y que aún no está bien establecida la fisiopatología de la enfermedad, su evolución y pronóstico.”*

Así mismo, en la declaración que rindió en audiencia, expuso en igual sentido *“Un manejo adecuado y oportuno le puede dar la oportunidad de conservar algo de visión. Esa parte es muy difícil de cuantificar porque no hay datos que permitan decir que si hubiere recibido un control adecuado se hubiera evitado tal cosa.”*

De la misma manera, la oftalmóloga Beatriz Donado Acosta, también afirmó en la declaración rendida, que no se podía conocer si al momento del egreso de la Clínica había desarrollado la enfermedad, así como tampoco podía afirmarse en qué momento había requerido tratamiento, o si es ese hubiera servido. En sus palabras, no era posible determinar el pronóstico, de haber sido atendido a tiempo.

En concepto de la citada especialista, la necesidad de los controles seguidos radicaba precisamente en que la retina termina su proceso de vascularización a la semana 45, de manera que la retinopatía podía iniciarse en el interregno.

De allí que las afirmaciones contundentes del juez respecto a la inescindibilidad de la falta de realización del examen intrahospitalario y la ceguera del niño, no puedan compartirse en esta instancia.

Se itera, ni siquiera existe manera de aseverar más allá de la duda, que de haberse realizado el examen el día 17 de septiembre de 2019, se hubieren realizado hallazgos contundentes, habida cuenta que conforme los especialistas en oftalmología, faltaban varias semanas para que culminara el proceso de vascularización de la retina.

Además es de precisarse, que por del juez se imputó al personal médico de la clínica un hecho culposo adicional, sin un sustento científico suficiente.

En efecto, el titular del despacho de origen expuso que la saturación del oxígeno del 100% a que había sido sometido el neonato en su estancia en la Unidad de Cuidados Intensivos, había evidenciado que la clínica se desligó de las recomendaciones, que decían que debía mantenerse entre el 86% y el 94% de saturación, así como aseveró que el paciente no se encontraba en riesgo de muerte alto que justificara tal saturación, y que por tanto se había arriesgado innecesariamente la retina.

Ello sin tener en cuenta que aquellas sugerencias, esbozadas por el perito según literatura, no constituían una camisa de fuerza ni para el neonatólogo ni para los pediatras intensivistas que trataron al niño, máxime cuando quedó sentado que la visión cedía el paso a la vida.

En ese orden de ideas, al margen de las citadas recomendaciones, no era de resorte del juez afirmar, en primer lugar, que no se debía suministrar el oxígeno en tal porcentaje de saturación, ni mucho menos concluir que las condiciones del neonato no ameritaban tal conducta, pues ello no se desprendía del experticio.

El criterio de los médicos tratantes en relación al porcentaje de saturación de oxígeno, no debió ser entonces objeto de reproche, porque no se conocieron los motivos que conllevaron a los galenos a tal determinación, de tal suerte que juzgador no pueda hacer juicios de valor sobre actuaciones científicas.

Además, téngase en cuenta que a contrario de lo expuesto por el juez, no todas las saturaciones de oxígeno se encontraron en el 100%, presupuesto de hecho corroborable en la historia clínica.

Lo que sí quedó demostrado, fue el ingreso de Nicolás Name Fuentes a la Unidad de Cuidados Intensivos Neonatales de la Clínica General del Norte por diagnóstico de prematurez, síndrome de membrana hialina y síndrome de dificultad respiratoria, de manera que debe presumirse la idoneidad del tratamiento ante estas condiciones, máxime cuando en el informativo no reposa experticio de un homólogo, en tanto quienes atendieron las condiciones de urgencia vital del menor, fueron pediatras subespecialistas en neonatología e intensivismo, mientras que el perito era un especialista en oftalmología.

En ese orden de ideas, determinada que no hay un nexo de causalidad directo entre la omisión de la información por la cual se imputa culpa a la demandada, con la ceguera del menor, se concluye que el perjuicio se produjo a título de pérdida de chance, en tanto, se itera, no quedó demostrado que la ceguera del neonato hubiere obedecido exclusivamente a la falta de diagnóstico temprano de la retinopatía de la prematuridad.

2.4. La figura de la pérdida de oportunidad, en el campo de la responsabilidad civil, reposa en la certeza que pudiera llegar a predicarse respecto de la idoneidad o aptitud de la situación para obtener una ventaja o evitar una desventaja, como en el caso concreto resultaba la detección y tratamiento temprano de la retinopatía de la prematuridad, aunque exista incertidumbre, óigase bien, en cuanto a la relación directa de la omisión con el daño.

Con todo, lo cierto es esta ha sido catalogada por la doctrina y la jurisprudencia, como una categoría autónoma de daño, que en consecuencia debe ser solicitada de manera independiente y expresa, a fin que pueda discutirse en el decurso procesal, su relación de causalidad con la culpa alegada.

Y en el caso bajo examen, los demandantes no rogaron una condena por tal concepto, y en ese orden de ideas las entidades que conforman la parte demandada, no tuvieron la oportunidad de controvertir su causación.

Ello quiere decir, que el hecho de no ser discutida en primera instancia, la relación causal entre la culpa y el daño por pérdida de chance o pérdida de oportunidad, cerró las puertas para que una condena por tal concepto fuera ordenada en este o aquel estadio, a voces del principio de congruencia consagrado en el artículo 281 del C.G.P, conforme al cual, *“no podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en demanda ni por causa diferente a la invocada en esta”*

De allí que pueda concluirse, que a efectos de salvaguardar el derecho constitucional a la defensa en que se funda ese principio de congruencia, la Sala no pueda emitir condena relacionada con tal rubro.

A propósito, en caso de similares circunstancias, en que se alegó la pérdida de oportunidad en sede de casación, se expresó así la Corte Suprema de Justicia:

“Por tanto, si la suma que se reclama por pérdida de una oportunidad, se situara dentro de los linderos de un género distinto y subsecuentemente como una categoría nueva de daño, o dentro del marco del perjuicio subsidiario, o inclusive, cual lo planteó el censor, como especie del lucro cesante futuro, sencillamente el punto no fue sometido a debate en el decurso de la actuación procesal apropiada. Tal como se reiteró en los varios precedentes que se reprodujeron, la pérdida de oportunidad debe ser alagada y probada luego de su debida contradicción dentro de las instancias, por consiguiente resulta patente que su discusión no es

admisible en casación, toda vez que, como ya se dijo, entrañaría la introducción de cuestiones novedosas que aparejarían la vulneración del derecho de defensa.”¹

De todo lo expuesto debe entonces concluirse, que está desvirtuada la relación de causalidad directa entre la culpa y el daño alegado, consistente en la pérdida de la visión del niño Nicolás Miguel Name Fuentes, y de otro lado está vedada para la Sala la declaración de una responsabilidad basada en la relación causal entre la culpa de la institución hospitalaria y la pérdida de la oportunidad, en razón a que este daño autónomo no fue alegado ni discutido.

De allí que se imponga la denegatoria de las pretensiones de la demanda, sin que se haga necesario abordar, por sustracción de material, los restantes reparos concretos, relativos a la prescripción del contrato de seguro y a la solidaridad de la EPS respecto de las actuaciones de su co-contratante.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en Sala Quinta Civil-Familia de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de Ley,

RESUELVE:

Primero. Revocar la sentencia apelada, de fecha de fecha marzo 12 de 2019, dictada por el Juzgado 14° Civil del Circuito de Barranquilla, en el proceso de Responsabilidad Civil seguido por Nicolás Alberto Name Miranda y Johanna Rosarly Fuentes Cortes en nombre propio y en representación de su hijo

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Decisión SC10261-2014. Ref: Expediente No 11001 31 03 003 1998 07770 01

Nicolás Miguel Name Fuentes, así como por Miguel Humberto Fuentes García y Rosalba Cortes de Fuentes contra Organización Clínica General del Norte.

Segundo. Denegar las pretensiones de la demanda.

Tercero. Costas de ambas instancias a cargo de la parte demandante, en virtud de lo dispuesto por el numeral 4to del artículo 365 del C.G.P. Por la secretaría del A quo, inclúyase en la liquidación la suma de un salario mínimo, a título de agencias en derecho de segunda instancia.

Cuarto. Ejecutoriada la presente decisión, y hasta que se den las condiciones para su remisión física, vuelva el expediente al juzgado de origen, de manera digital. Anótese su salida.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

- Aprobado en sala virtual -

GUIOMAR PORRAS DEL VECCHIO

Magistrada Sustanciadora

- Aprobado en sala virtual -

SONIA ESTHER RODRÍGUEZ NORIEGA

Magistrada

- Aprobado en sala virtual -

VIVIAN VICTORIA SALTARÍN JIMÉNEZ

Magistrada