



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 3



JIMENA ISABEL GODOY FAJARDO

Magistrada ponente

SL4382-2018

Radicación n.º 54743

Acta 35

Bogotá, D. C., diez (10) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

La Sala decide el recurso de casación interpuesto por **COOMEVA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S. A. EPS**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cartagena, el 28 de septiembre de 2011, en el proceso que en su contra instauró **LUZ JANETH MARÍN IDÁRRAGA**.

I. ANTECEDENTES

Luz Janeth Marín Idárraga, llamó a juicio a Coomeva Entidad Promotora de Salud S. A. EPS, con el objeto de que: se le declarara civilmente responsable del incumplimiento de las obligaciones de seguridad, garantía o cuidados debidos en la prestación de los servicios de salud, como beneficiaria del régimen contributivo de salud y como consecuencia, se le condenara al pago de los perjuicios morales equivalentes a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; 50 salarios mínimos a favor de su cónyuge y 25 salarios mínimos para cada una de sus hijos; 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de daños a la vida en relación; a la suma de \$316.465.771.00 por indemnización de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante y \$3.728.424.00 por daño emergente, la indexación de dichas sumas, los intereses legales y las costas del proceso.

Fundamentó sus peticiones en que el 15 de junio de 2007, previa autorización de la demandada ingresó a la Clínica Medihelp, para que se le practicara una cirugía de corrección de hernia discal L4-L5 central contenida, sin que los médicos que la intervinieron le informaran previamente, ni a sus familiares, que el tratamiento degeneraría en un trastorno más grave que aquél que padecía inicialmente, y terminó en una gran hernia discal L4-L5 centro lateral izquierda extruida, lo que le condujo a que 6 días después ingresara al Hospital Bocagrande con un cuadro clínico denominado Síndrome de Cola de Caballo y que luego de una resonancia magnética se le diagnosticó *«Gran hernia discal extruida migrada en sentido caudal de localización centro lateral izquierda, originaria del disco comprendido entre L4-*

L5”», que le fuera tratado el 23 de junio de 2007 mediante el procedimiento «*Hemilaminectomía L5 izquierda + Disectomía L5 S1*».

Refirió que un mes después de haberse sometido a las dos cirugías, persistieron las secuelas de la primera intervención quirúrgica y, según examen electrofisiológico, se le hallaron las conducciones nerviosas alteradas de manera secundaria, por el compromiso radicular proximal crónico, como consecuencia de esas dos cirugías.

Aseveró que el 19 de septiembre de 2007 se le practicó una resonancia magnética que arrojó «*Hernia discal extruida en L4-L5 de localización centro lateral izquierda parcialmente comprensiva sobre la raíz nerviosa ipsilateral*» y ante el fracaso de las cirugías anteriores, se negó a seguir tratamiento clínico con el médico Eduardo Montes Montes y decidió acudir a consulta privada con el doctor Luis Yarzagaray, quien le recomendó una nueva cirugía de L4-L5 con remoción de hernia discal, y le informó que la secuelas de la primera cirugía eran probablemente irreversibles, pero que sus dolores podían mejorar en un porcentaje significativo.

Manifestó que la demandada, el 12 de octubre de 2007, la remitió a consulta con neurocirujano, quien luego de estudiar los antecedentes clínicos, determinó tratamiento quirúrgico por persistencia sintomática de la caudal equina (cola de caballo) y hernia discal L5-S1 izquierda voluminosa, programando su cirugía para el 26 de noviembre del mismo

año, luego fue dada de alta el 28 del mismo mes, con mejoría sintomática.

Agregó que la Junta Regional de Calificación de invalidez en dictamen del 28 de octubre de 2008, le calificó una pérdida de la capacidad laboral del 52.09%.

La entidad promotora de servicios de salud convocada al juicio, al dar respuesta a la demanda, se opuso a las pretensiones. De los hechos aceptó: las patologías de la demandante y el tratamiento médico que se le suministró.

Propuso como excepción de mérito la que denominó inexistencia de la responsabilidad de Coomeva EPS, por actos de la IPS contratada para prestar por su cuenta y riesgo el servicio público de salud (f.º 189 a 203 cuaderno 1).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral Adjunto del Circuito de Cartagena, mediante fallo del 20 de agosto de 2010 (f.º 469 a 486 cuaderno 1), absolvió a la demandada de las pretensiones de la demanda e impuso condena en costas a cargo de la demandante.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, para resolver la impugnación de la demandante, profirió fallo el 28 de septiembre de 2011 (f.º 26 a 50 cuaderno de segunda instancia), en el que resolvió:

PRIMERO: REVOCAR EL NUMERAL 1º de la sentencia de fecha 20 de agosto de 2010, emanada del Juzgado Séptimo Laboral Del Circuito – Adjunto, en este proceso ordinario laboral de **LUZ JANETH MARIN IDARRAGA contra EMPRESA PROMOTORA DE SALUD COOMEVA EPS. S.A.**, para en su lugar **CONDENAR** a la **EMPRESA PROMOTORA DE SALUD COOMEVA EPS. S.A.**, a pagar a la señora **LUZ JANETH MARIN IDARRAGA**, los siguientes conceptos:

- a) Por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente la suma de **UN MILLÓN TRESCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS OCHENTA PESOS (\$1.352.480)**.
- b) Por concepto de perjuicios morales a la señora **LUZ JANETH MARIN IDARRAGA** la suma de (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, o sea la suma de **CINCUENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS SESENTA MIL PESOS (\$53.560.000)**.
- c) Por concepto de la vida en relación la suma de (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, o sea la suma de **CINCUENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS SESENTA MIL PESOS (\$53.560.000)**.
- d) Por concepto de perjuicios morales a sus menores hijos **JESSICA PAOLA Y MAIKEL HERNANDEZ MARIN**, a cada uno de ellos la suma de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, o sea la suma de **VEINTISÉIS MILLONES SETECIENTOS OCHENTA MIL PESOS (\$26.780.000)**, para cada uno de ellos.

SEGUNDO: REVOCAR, el numeral **SEGUNDO** de la sentencia apelada, para en su lugar **ABSOLVER** a la parte demandante de la condena en costas impuestas en primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de presente sentencia.

Sin costas en esta instancia.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal determinó que la controversia a dirimir era, establecer si la demandada estaba llamada a responder a la demandante,

por perjuicios materiales y morales, en razón a la pérdida de capacidad laboral del 52.09% que padece, pues ésta alega que su invalidez es consecuencia del daño ocasionado a raíz del procedimiento quirúrgico programado por su aseguradora médica.

El Juez Colegiado empezó su estudio, con la revisión de la evolución doctrinal del concepto de responsabilidad médica y precisó, que de acuerdo con el artículo 177 del CPC, a la actora le correspondía probar: la culpa de la entidad prestadora de servicios de salud, el daño y, la relación causal; mientras que la demandada debía demostrar que su actuar fue diligente, que acaeció un caso fortuito o fuerza mayor o, que existió culpa de la víctima.

El *ad quem* encontró acreditado, que: la demandante estaba afiliada a la EPS accionada, le practicaron una cirugía de corrección de hernia discal L4-L5 central contenida, tratamiento que se realizó mediante el procedimiento de «HEMILAMINECTOMÍA L4 IZQUIERDA», en la Clínica de Medihelp, por cuenta y riesgo de Coomeva; seis días después de la intervención, ingresó de urgencia al Hospital de Bocagrande con dolor de «*espaldad-baja, déficit motor en miembros inferiores, trastornos sensitivos y de esfínteres vesical y anorrectal y perdida sensitiva de la esfera sexual denominado COLA DE CABALLO*» y, una vez valorada, se dispuso una nueva cirugía.

Además de lo precedente, encontró que un mes después de ese procedimiento quirúrgico, se le practicó una

resonancia magnética de columna lumbosacra con contraste, cuyo resultado fue: “*Hernia Discal extruida en L4 - L5 de localización centro lateral izquierda parcialmente comprensiva sobre la raíz nerviosa ipsilateral*”. Que la demandante ante el fracaso de las dos cirugías referidas, se negó a continuar con la atención del médico que la venía tratando, y que después de una valoración con médico particular, que le recomendó una «re-operación», la EPS autorizó una nueva intervención, que le generó mejoría, habiendo sido evaluada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar y calificada con una pérdida de la capacidad laboral del 52.09%.

Se refirió a los tres elementos de la responsabilidad, contractual, extracontractual o la reglamentaria y señaló, en cuanto al daño, que se encontraba demostrado, con el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez (f.º 31 a 34), en el que se definió una pérdida de la capacidad laboral de origen común, del 52.09%, con fecha de estructuración 24 de agosto de 2008, por presentar discapacidad de 7.80%, minusvalía de 16.25% y, deficiencia de 28.04%.

Sobre la culpa, precisó que para su análisis, solo se cuenta con la historia clínica de la actora (f.º 35 a 113) y la declaración del doctor Luis Yarzagaray (f.º 438 a 440), acervo probatorio que, acredita que a la actora se le practicaron tres procedimientos quirúrgicos por hernia discal L4 - L5 y que después de la primera intervención presenta pérdida de control de los esfínteres, parestesia de los miembros

inferiores y disminución de la fuerza muscular y que la segunda resonancia magnética muestra una gran hernia discal extruida, lo que ocasionó que se realizara la segunda operación (f.º 50).

De lo precedente concluyó, que el primer y segundo procedimiento quirúrgico no aliviaron las dolencias de la actora y, por el contrario, su estado de salud empeoró al punto de ser necesaria una tercera intervención y que, pese a su leve mejoría, terminó con un daño en su humanidad, consistente en una incapacidad laboral y agregó, que no contaba con elementos probatorios de carácter médico científico que le permitan determinar si existió o no culpa en la práctica médica, a pesar de lo cual, consideró aplicable la teoría de la presunción de culpa médica fundamentándose en el art. 1604 del Código Civil, en cuanto establece que la regla de la prueba de la diligencia la debe aportar quien ha debido emplearla, y en este caso la demandada no desplegó actividad probatoria alguna que demostrara que sí actuó con la debida diligencia en las dos primeras intervenciones quirúrgicas, o que se presentó un caso fortuito a partir de la primera intervención.

Indicó que de acuerdo con esa valoración probatoria, la calidad de vida de la actora desmejoró después de las dos primeras cirugías y, que era razonable pensar que hubo error en los procedimientos quirúrgicos practicados sobre el mismo órgano. Refirió que la diligencia debida ha de ser la adecuada a la prestación de los servicios médicos requeridos, medida por la *lex artis ad hoc*, esto es, juzgada según

aspectos como los riesgos usuales, el estado del conocimiento y, los protocolos aconsejados por la buena práctica, los cuales, estimó, no aparecían probados, y que, ante la ausencia de prueba que acreditara que la demandada actuó con diligencia y cuidado o que el daño se produjo por fuerza mayor o caso fortuito, o que existió culpa de la víctima, concluyó que existió negligencia.

En punto a la relación causal en asuntos de responsabilidad médica por falla presunta del servicio, señaló que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha definido que puede acreditarse en el proceso, con prueba directa o indirecta, por lo tanto, que el juzgador debía analizar las especiales circunstancias del caso, para determinarla, bien con una prueba que así lo acreditara o a través de los indicios y que, la doctrina creó, en esta materia, la teoría de la *«pérdida de la oportunidad»*, según la cual, en caso de que fuese difícil confirmar la relación causal con una prueba directa, bastaba con que se demostrara que la falla del servicio le restó al paciente la oportunidad de sobrevivir o de curarse.

Con base en lo precedente, indicó que a la demandante le bastaba con acreditar que el procedimiento quirúrgico practicado le había restado oportunidades de mejorar su calidad de vida y, que el hecho de encontrarse sin ningún grado de incapacidad laboral antes de someterse a los tres procedimientos quirúrgicos, y resultar con una pérdida de capacidad del 52.09% con posterioridad a ellos, le permitía

tener por probado el nexo causal entre el procedimiento quirúrgico y el daño que padeció la actora.

Afirmó que de acuerdo con la historia clínica y el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, el daño causado en la salud de la actora era producto del procedimiento quirúrgico irregular practicado por los médicos adscritos a la EPS accionada, que se hubiera evitado de realizarse con la certeza y pericia con que se practicó la tercera intervención quirúrgica y, que esa presunción tomaba fuerza con la historia clínica en la que el médico urólogo Pedro Vélez el 31 de agosto de 2007, después de la segunda intervención, remitió a la actora certificando: *«paciente con historia de incontinencia urinaria pura, posterior a cirugía de columna, con parestesias en pelvis y miembros inferiores...»* (f.º 68 a 70), y con el dictamen del médico Martin Torres Zambrano (f.º 76 a 78), que registra: *«ESTUDIO NEUROFISIOLOGICO DE MMISS QUE EVIDENCIA COMPROMISO RADICULOPATICO 1.5 Y SI DE PREDOMINIO IZQUIERDO»*.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por ambas partes, concedido por el Tribunal, admitido por la Corte, sustentado por la demandada, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la recurrente que la Corte case la sentencia atacada y, en sede de instancia, confirme la de primer grado.

Con tal propósito formula un cargo por la causal primera de casación, que no fue replicado.

VI. CARGO ÚNICO

Se presenta así:

(...) por ser violatoria de las siguientes normas de tipo sustancial: Artículos 1, 2, 3, 4, 177, 178, 179 de la ley 100 de 1993; Art. 3 de la ley 1438 de 2011; Artículos 10, 13, 16, 17 de la ley 23 de 1981 y los Artículos 1603, 1604, 2341 y 2356 del C. Civil, además del artículo 61 del C. de P. Laboral, como consecuencia de errores manifiestos de hecho en que se incurrió, por falta de apreciación de una parte de la historia clínica, exámenes y notas de la misma y la apreciación errónea de otra parte.

Señala que fueron **apreciadas erróneamente** por el Tribunal las siguientes documentales: *i)* Tomografía axial computarizada de la columna lumbosacra del 7 de mayo de 2007 (f.º 35); *ii)* diagnóstico de ingreso, de egreso, descripción del procedimiento y nota del 15 de junio de 2007 (f.º 37); *iii)* La consulta en el hospital Bocagrande en el servicio de urgencias del día 21 de junio de 2007 página 38 (fs.º 42, 43 y 377); *iv)* Resonancia Magnética del 22 de junio de 2007 (f.º 65-407); *v)* Impresiones Clínicas y Técnicas Operatorias del 23 de junio de 2007 (f.º 64 – 404); *v)* Resultado de un electrodiagnóstico del 22 de agosto de 2007 realizado por el médico Martín Torres Zambrano (f.º 76 a 78); *vi)* Los exámenes y la revisión del día 31 de julio de 2007 por parte del urólogo Pedro Vélez (f.º 68 a 70); *vii)* Resonancia Magnética de Columna Lumbosacra del 19 de Septiembre de 2007 (f.º

79); *viii*) record operatorio del 26 de noviembre de 2007 (f.º 100 y 369) y, *ix*) Calificación de la Junta de Invalidez de Bolívar (f.º 31 a 34).

Aduce que el *ad quem* **no apreció las siguientes**: *i*) consulta de seguimiento en la Unidad de Prevención Clínica La Candelaria del 9 de abril de 2007 (f.º 75); *ii*) consulta de seguimiento en la Unidad de Prevención Clínica La Candelaria del 4 de junio de 2007 (f.º 74); *iii*) diagnóstico de ingreso, de egreso y resumen médico, para cirugía conforme la historia clínica de «*Edihelp*» del 16 de junio de 2007 (f.º 39); *iv*) «*Evolución Enfermería*» en la clínica «*Edihelp*» del 15 de junio de 2007 a las 21:30 y a las 22:00 (f.º 430); *v*) Historia Clínica anotada por Neurocirugía 21/06/07 Hospital Bocagrande página 40 (f.º 379); *vi*) Historia resumen final o epicrisis del 29 de junio de 2007 (f.º 376 pág. 37); *vii*) seguimiento pos operatorio posterior al 23 de junio de 2007 (f.º 53 a 63); *viii*) consulta de seguimiento, en la Unidad de Prevención Clínica La Candelaria del 9 de julio de 2007 (f.º 73); *viii*) consulta de seguimiento en la Unidad de Prevención Clínica La Candelaria del 27 de agosto de 2007 (f.º 71) y, *ix*) consulta de seguimiento en la Unidad de Prevención Clínica La Candelaria del 16 de noviembre de 2007 (f.º 204 y 205).

En la demostración, inicia por señalar que la sentencia de segundo grado advirtió que, al tratarse de un caso complejo desde el punto de vista científico, correspondía a la demandada demostrar que actuó con diligencia y cuidado o que existió una fuerza mayor o caso fortuito o culpa de la víctima y que ante la ausencia de prueba en tal sentido

concluyó que existió negligencia de su parte, debido a un evidente y manifiesto error de hecho por la falta de apreciación de parte de la historia clínica y errónea apreciación de otra parte de la misma.

Precisa que de la adecuada observación de la historia clínica de la actora, es posible concluir, de una parte, que los tres procedimientos quirúrgicos que se le practicaron, obedecieron a hernias distintas, en diferentes zonas, entre los territorios L4-L5, L5-S1, asociadas a discopatía por enfermedades degenerativas y la segunda y tercera cirugías no fueron producto de una lesión quirúrgica, una falla del servicio o culpa médica, de otra parte, evidenciar la adecuada atención brindada a la paciente.

De la primera cirugía indica, que en la tomografía axial computarizada de la columna lumbosacra del 7 de mayo de 2007 (f.º 35), se observa que la paciente presentaba, moderada hernia discal extruida en L4 - L5, de localización central bilateral con probable compresión de las raíces, sin que en este punto sea exacta la referencia que hace el Juez de la alzada, pues corresponde al diagnóstico de ingreso para cirugía del 16 de junio de 2007 (f.º 39), diferente al de egreso, que se consigna en los siguientes términos: «*Hemilaminectomía L4 izquierda + Microdiscectomía L4-L5 izquierda*», no habiendo observado la inexistencia complicaciones en dicha cirugía y por el contrario, que la historia clínica evidencia que fue intervenida el 15 de junio

de 2007 y, al día siguiente se le dio de alta por sus buenas condiciones.

Afirma que de la apreciación de las pruebas anteriores se puede concluir, que: *i)* el territorio exacto de la primera cirugía, fue el lado izquierdo L4 - L5; *ii)* no existió lesión quirúrgica; *iii)* no se presentaron complicaciones durante el procedimiento; *iv)* la hernia fue extraída en su totalidad; *v)* el pos operatorio tuvo una adecuada evolución y, *vi)* no presentó incontinencia urinaria.

En cuanto a la segunda cirugía, advierte que de acuerdo con la historia clínica del Nuevo Hospital Bocagrande, la demandante consultó en el servicio de urgencias el día 21 de junio de 2007 por presentar un cuadro clínico de 9 días de evolución consistente en no poder hacer deposiciones, que se asocia a dolor abdominal que aumentaba de intensidad, con vómitos y presentó pérdida de esfínter vesical, parestesia en miembros inferiores y disminución de fuerza muscular de los mismos (f.º 42, 43 y 377), siendo valorada, ese mismo día, por Neurocirugía, hecho que no fue observado correctamente por el juez de segunda instancia.

Afirma que lo anterior no fue observado adecuadamente por parte del fallador pues, no detalló que la paciente consultó por no poder hacer deposiciones, lo que presentaba antes de la primera cirugía ya referida; se le hace revisión por Neurocirugía ese mismo día, cuya opinión indica que parece no haber relación entre procedimiento quirúrgico y el cuadro que presentaba, sospechándose una lesión de cono

medular; luego de una resonancia magnética, se le diagnosticó «*Gran hernia discal extruida migrada en sentido caudal de localización centro lateral izquierda, originaria del disco comprendido entre L4 - L5*», lo que significa que se trataba de una hernia diferente a la que tenía cuando fue sometida a la primera cirugía y adicionalmente, destaca la resonancia que «*Hay signos de enfermedad discal degenerativa sobre el margen inferior del cuerpo vertebral L4*».

Aduce que la anterior nota del neurocirujano en la historia clínica, fue pasada por alto por el sentenciador de segunda instancia, que debió valorarla en armonía con la resonancia magnética del 22 de junio de 2007, y que no fue observada de manera objetiva viendo en ella lo que no era, y que de haberlo hecho correctamente, le habría permitido encontrar acreditado que: *i)* la paciente refería mejoría completa de dolor radicular y por 24 horas se tornaba asintomática sin déficit neurológico alguno, lo que confirma los buenos resultados de la primera cirugía; *ii)* los resultados del TAC, avalan que el primer procedimiento fue correcto al no revelar hematoma, lo que significa que no se halló tejidos, huesos o cualquier material que produjera daño en el nervio; *iii)* la hernia revelada en la resonancia magnética era diferente a la presentada en la tomografía axial computarizada de la columna lumbosacra del 7 de mayo de 2007; *iv)* la resonancia magnética avala el criterio del neurocirujano, de ausencia de relación entre la primera cirugía del 15 de junio de 2007 y el cuadro clínico de la paciente del 22 de junio de 2007 y *v)* la existencia de signos

de enfermedad discal degenerativa sobre el margen inferior del cuerpo vertebral L4 y, acredita la causalidad de la lesión neurológica de la cola de caballo tres días después del primer procedimiento quirúrgico.

Señala que tampoco fueron apreciados los exámenes y la revisión del día 31 de julio de 2007, que se practicaron a la demandante por el urólogo Pedro Vélez, quien le hace unas sugerencias (f.º 70), al igual que la consulta de seguimiento del 27 de agosto de 2007 (f.º 71), de las que se observa que la paciente no había iniciado aún el tratamiento ordenando por Urología, por lo que su mejoría evolucionó de manera correcta.

Para concluir señala que, con los conceptos médicos, los diferentes exámenes, la descripción de las intervenciones quirúrgicas y la historia clínica, se descarta una sección del paquete nervioso de cola de caballo que indique mal procedimiento quirúrgico o cualquier evidencia que pudiera demostrar una falla en la prestación del servicio médico, presentándose un comportamiento diligente, oportuno y adecuado tanto en la primera como en la segunda cirugía.

De la tercera cirugía, afirma que en la consulta de seguimiento del 16 de noviembre de 2007 en el Centro de atención Unidad de Prevención Clínica La Candelaria, (f.º 204 y 205), aparece descrito lo siguiente:

Enfermedad Actual

Paciente con antecedentes de Discectomía L4 — L5 izquierda en Clínica Medihelp el 15 de junio de 2007, con segunda discetomía (L5 — SI izquierda) en Hospital Bocagrande el 23 de junio de 2007 por presentar signo de compresión de cauda equina, los cuales no han cedido y ha requerido evaluación y tratamiento por Urología, actualmente con síntomas de 'descenso' uterino por el esfuerzo que realizaba para la micción. Por continuar con dolor radicular en miembro inferior izquierdo le fue realizada RNM de columna L-sacra contrastada (19/Sept./07): Hernia discal L5 — SI izquierda centro lateral izquierda.... Nota: la paciente presenta Vértebra transicional SI. Se solicitaron Rx. Dinámicas de columna L- sacra en las cuales descartan signos de inestabilidad lumbar, se advierten cambios POP en hemiláminas izquierdas de y L5, con disminución de altura de interespacio L5 —SI y Transicional - sacro. Amerita cirugía actualmente debido a la persistencia sintomática, y la compresión de cauda distal.

Se refiere a la resonancia magnética de columna lumbosacra, realizada el 19 de septiembre de 2007 (f.º 79), de la que destaca:

En L4 - L5 se observa hernia discal extruida de moderado tamaño de localización centro lateral izquierda, ligeramente migrada en sentido caudal con efecto compresivo sobre la raíz nerviosa ipsilateral.

El disco intervertebral de nivel mencionado, presenta disminución en su altura con pérdida de intensidad de señal y esclerosis de los márgenes articulares vertebrales por discopatía degenerativa asociada.

Luego de lo precedente, precisa que aquellas notas en la historia clínica no fueron apreciadas por el fallador, la resonancia magnética fue valorada erróneamente en la sentencia recurrida, y, que estas indican que hubo una disminución de la altura del espacio intervertebral L5 - SI con extrusión en sentido caudal de una nueva hernia entre L4 - L5, que sumado a la discopatía degenerativa asociada,

son pruebas irrefutables de que existió una situación inherente a la paciente que le produjo el daño nervioso.

En cuanto al nexo causal, afirma que la sentencia divaga entre varias teorías existentes, comienza con la falla presunta del servicio y sigue con la pérdida de oportunidad, para incurrir en el error de hecho enunciado, según el cual, era necesario para que se presentara el nexo causal, que la demandante acreditara que la primera cirugía le restó oportunidad de mejorar su calidad de vida, lo cual dio por demostrado sin existir prueba alguna, cuando las pruebas acreditan los buenos resultados de la primera cirugía, que le mejoró inmediatamente su calidad de vida, así se concluye de la nota del neurocirujano del 21 de junio de 2007, que pasó por alto el sentenciador de segunda instancia, en la que indica que la paciente *«Refiere mejoría completa de dolor radicular y por 24 horas se torna asintomática sin déficit neurológico alguno»*.

Agrega que el *ad quem* dio por establecido el nexo de causalidad a través de prueba inexistente, al considerar que la actora no tenía ningún tipo de incapacidad antes de las intervenciones quirúrgicas a que se sometió y, sí luego de ellas, a pesar de existir constancia probatoria de que seis meses antes del primer procedimiento presentaba un cuadro de dolor lumbar y una semana antes ya presentaba irradiación a miembros inferiores (f.º 75).

Afirma que el juez de la alzada concluyó, de acuerdo con la historia clínica y el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, que el daño causado en la salud de la accionante, fue producto del procedimiento quirúrgico irregular practicado por los médicos adscritos a la demandada, y que hubiera podido evitarse de haberse realizado con la certeza y pericia con que se realizó la tercera intervención quirúrgica, lo que evidencia error de hecho, pues la historia clínica no demuestra que el daño alegado haya sido producto de un acto quirúrgico irregular y, el dictamen de la Junta Regional de Calificación, lo único que acredita es la incapacidad de la demandante, pasando por alto el fallador que la tercera cirugía se produjo por causas diferentes.

VII. CONSIDERACIONES

Para empezar, y dado el asunto que se somete a estudio y decisión de la Sala, resulta pertinente recordar lo dicho por esta Sala de la Corte, en caso de similares contornos, en sentencia CSJ SL2049-2018:

Pues bien, a modo de introducción, conviene precisar que conforme el artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social, el principio de la sana crítica impera la evaluación de los medios probatorios que le corresponde realizar al juzgador y, en tal medida, cuando se recurre en casación una providencia por la vía indirecta de la causal primera –como en este caso–, el acierto de aquella se deriva de la debida aplicación de la norma sustancial que rige el caso y de la correspondencia de sus enunciados fácticos con los hechos probados en el proceso.

En esa dirección, le está permitido a la Sala corregir las

conclusiones probatorias equivocadas en que se fundamentó la sentencia de segunda instancia, siempre que el impugnante cumpla con la debida carga argumentativa, tendiente a demostrar que el sentenciador omitió cumplir los criterios de racionalidad que la ley le impone observar.

Así pues, las contradicciones en los argumentos demostrativos, la falta de concordancia con los hechos, los yerros deductivos, la falta de confirmación del contenido de las pruebas a partir de la aludida sana crítica y la improbabilidad de las conjeturas probatorias a la luz del análisis objetivo de los medios de convicción, constituirán el fundamento de la acusación que pretenda poner de presente la existencia de errores, con la calidad de manifiestos, en la elaboración de las conclusiones fácticas del Tribunal.

Ahora bien, el juez al tomar sus decisiones evalúa los elementos probatorios en diferentes momentos procesales: i) cuando verifica la necesidad de los mismos, así como los requisitos formales y legales que deben cumplir, los decreta y los incorpora al proceso; ii) cuando los valora individualmente y en conjunto, es decir, desentraña la información que ellos contienen, los aprecia materialmente, y iii) cuando fabrica la premisa fáctica que debe corresponder a los hechos en que se fundan las pretensiones, esto es, cuando el juzgador elabora las conclusiones que le servirán de fundamento para su decisión.

Precisamente, en ese segundo momento valorativo es cuando la ley le impone al juzgador la obligación de apreciar razonadamente los elementos de convicción «de acuerdo con las reglas de la sana crítica», como parámetro de evaluación racional de aquellos. Dicho postulado apunta a varios conceptos que lo integran -a los que estará sujeto el juez en su actividad valorativa conforme los hechos que interesen a cada proceso-, que se condensan en:

(i) Las reglas de la lógica: necesarias para elaborar argumentos probatorios de tipo deductivo, inductivo, o abductivo, como los axiomas -entendidos como aquellas proposiciones básicas que por resultar obvias se pueden afirmar sin demostración- y las reglas de inferencia -o principios lógicos que justifican la obtención de verdades a partir de otras verdades-.

(ii) Las máximas de la experiencia: que hacen referencia a las premisas obtenidas del conocimiento de la regularidad de los sucesos habituales; es decir, de lo que generalmente ocurre en un contexto determinado.

(iii) Los conceptos científicos afianzados: consistentes en las teorías, hipótesis o explicaciones formuladas por la comunidad científica o ilustrada sobre cierto tema y respaldadas por la evidencia de sus investigaciones o experimentos.

(iv) Los procedimientos, protocolos, guías y reglas admitidos por

los distintos ámbitos profesionales o técnicos.

Así pues, la sana crítica contribuye al juez a interpretar la información contenida en los medios de prueba legal y oportunamente allegados al proceso.

No obstante, la facultad de apreciar los medios de convicción según las reglas que integran tal principio, no sirve de excusa para que el juez dé la apariencia de racionalidad y juridicidad a sus intuiciones, posturas ideológicas, emociones o prejuicios y, en esa dirección, omitir la lógica que impone la ley para establecer la correspondencia que debe existir entre sus enunciados fácticos y la realidad que dio origen al litigio.

Dicho de otro modo, la elaboración de las hipótesis sobre los hechos en discusión deberá fundarse en reglas claras y concretas que le otorguen efectividad a la decisión del sentenciador, en cumplimiento de su obligación de motivar razonadamente las providencias conforme la garantía constitucional que les asiste a las partes.

Partiendo del anterior precedente, la Sala adelantará el análisis del único cargo presentado conforme al cual, la censura señala que el juez de la alzada afirmó como fundamento central de su decisión, que se trataba de un caso complejo desde el punto de vista científico, y que por lo tanto, la carga de la prueba correspondía a la demandada, quien no demostró que actuó con diligencia y cuidado, o que se hubiere presentado una situación de fuerza mayor o caso fortuito, o que existió culpa de la víctima, de lo que concluyó que existió negligencia de su parte.

Asevera que esa conclusión se dio como consecuencia de un error evidente y manifiesto de hecho, al no haber apreciado parte de la historia clínica de la demandante y de haber valorado erróneamente otra parte y de la cual, dice, es posible concluir que los tres procedimientos quirúrgicos, fueron por hernias distintas en zonas diferentes y asociadas

a discopatía por enfermedad degenerativa y, ninguna de las cirugías posteriores a la primera lo fueron como consecuencia de esta.

Se duele la recurrente de que la sentencia atacada no apreció adecuadamente la tomografía axial computarizada del 7 de mayo de 2007, ni los diagnósticos de ingreso y egreso de la demandante, respecto a la primera cirugía (f.º 35), y que de haber apreciado adecuadamente tales pruebas, habría concluido que el territorio exacto de la cirugía fue el lado izquierdo, sin que se hubiere presentado lesiones quirúrgicas ni complicaciones; que la hernia fue extraída en su totalidad y hubo una adecuada evolución de su post operatorio.

El Tribunal, al respecto señaló:

Que mediante tomografía axial computarizada de columna lumbosacra del 7 de mayo de 2007 la actora padece “Hernias Moderada Discal extruida localización central – bilateral L4 – L5, comprobable (sic) compresión de la raíz”. El 15 de Junio de 2007, el medico Eduardo Montes M. corrobora el diagnóstico y determina como plan de tratamiento la cirugía (folio 36) la cual se practicó ese mismo día a través del procedimiento denominado “Hemilaminectomía L4 izquierda + Microdiscectomía L4 – L5 izquierda” /folio 37). Cabe anotar que mientras con la tomografía axial computarizada de columna lumbosacra se diagnostica “Moderada Hernia Discal Extruida”, el diagnóstico pre operatorio establece: “Hernia Discla L4 – L5 izquierda central contenida” (folio 37).

Del texto anterior, resulta claro que el juez de segunda instancia, en efecto valoró la tomografía axial computarizada de columna lumbosacra, al igual que los diagnósticos de ingreso y egreso de la demandante en la primera cirugía y de su apreciación dedujo lo que tales medios probatorios, que

se acusan como erróneamente valorados, contienen y no extrajo nada distinto a lo que ellos consignan, que además coincide con la apreciación que de ellas hace la recurrente.

El ataque a la sentencia también se funda, en que la segunda cirugía practicada a la demandante, se dio como consecuencia de consulta en el servicio de urgencias del Nuevo Hospital Bocagrande el 21 de junio de 2007, donde por solicitud del neurólogo, al día siguiente se le ordenó una resonancia magnética de L1 – S1, quien previamente conceptuó, sospecha de lesión cono medular y advirtió, que no parecía haber relación entre el procedimiento quirúrgico practicado hacía ocho días y el cuadro clínico que presentaba en ese momento.

Al respecto dijo el Juez de segunda instancia:

[...] El 21 de Junio de 2007 la actora llega a urgencia médica por lo(s) siguientes síntomas: “Paciente con cuadro clínico de 9 días de evolución consistente en que no puede hacer deposiciones, cuadro que se asocia a dolor abdominal que ha aumentado de intensidad progresivamente, asociado a vómitos el día en No. 3, además se refiere que hace 8 días se le realizó corrección de Hernia Discal (no especifica qué nivel) y que presenta pérdida de esfínter vesical, parestesia en miembros inferiores y disminución de fuerza muscular en los mismos” (folio 42). A folio 65 reposa conclusión de resonancia magnética de columna lumbosacra de fecha 22 de junio de 2007 donde se concluye: “Gran Hernia Discal extruida en sentido caudal, de localización centro lateral izquierda originaria del disco comprendido entre L4 – L5”. Por ello el día 23 de junio de 2007 se le practicó un nuevo tratamiento quirúrgico denominado: “Hermilaminectomía L5 izquierda + Disectomía L5 – S1” (folio 50).

De lo anterior, se concluye que el Tribunal para edificar su decisión sí valoró la historia clínica de la demandante, remitida por el Hospital de Bocagrande, de la cual estableció,

que de acuerdo con la resonancia magnética, presentaba una hernia discal extruida, que comprometía L4 – L5, que dio lugar a un nuevo procedimiento quirúrgico denominado «*Hemilaminectomía L5 izquierda + disectomía L5 – S1*». El hecho de no haberse referido a la nota del neurocirujano, quien consideró que no había relación entre el procedimiento quirúrgico practicado ocho días antes con el cuadro clínico que en ese momento presentaba, no significa que la valoración de tales medios de convicción hubiere sido errada, como lo acusa la censura.

Respecto a la tercera cirugía, advierte el censor que las notas en la historia clínica, hechas en la consulta de seguimiento del 16 de noviembre de 2007 y no apreciadas por el juez de segundo grado, así como la resonancia magnética de la de columna lumbosacra practicada el 19 de septiembre de 2007, apreciada erróneamente, se extrae que hubo una disminución en la altura del espacio intervertebral L5 – S1 con extrusión en sentido caudal de una nueva hernia entre L4 – L5, sumada a una discopatía degenerativa asociada.

Dijo el Tribunal:

[...] A folio 79 reposa resonancia magnética de columna lumbosacra con contrate de fecha 27 de Setiembre de 2007, cuya conclusión es: “hernia discal extruida L4 – L5 de localización centro lateral izquierda parcialmente compresiva sobre la raíz nerviosa y Ipsilateral”. A folios 100 a 369 reposa documento denominado record operatorio con fecha 26 de noviembre de 2007, donde se deja constancia del procedimiento quirúrgico practicado

por el doctor Fernando Ponce a la actora denominado: Hemilaminectomía L5 izquierda + Foraminotomía S1 + fascotomía L5 y disectomía L5 – S1.

De la valoración que el *ad quem* hizo de tales pruebas, no se evidencie error alguno.

Ahora bien, luego de apreciar las pruebas que le permitieron establecer los diferentes procedimientos quirúrgicos practicados a la demandante, el Juez Colegiado encontró:

Sintetizando el acervo probatorio queda plenamente probado que la actora se le realizaron tres procedimientos quirúrgicos por hernia discal L4 – L5 en las siguientes fechas: el 15 de junio de 2007, el 23 de junio de 2007 y el 26 de noviembre de 2007, es decir los dos primeros en un lapso de ocho (8) días, mientras que el tercero a los cinco (5) meses del primer procedimiento. Que después de la primera intervención presenta pérdida de control de esfínteres, parestasia de los miembros inferiores y disminución de la fuerza muscular y que la segunda resonancia magnética muestra una gran hernia discal extruida. Ello ocasionó que se realizara una segunda operación (folio 50).

Y para fundar la conclusión de la existencia de responsabilidad de la accionada, expresó que por tratarse de un asunto complejo desde el punto de vista científico y, no contar con los elementos de carácter médico científicos que le permitieran determinar si existió o no culpa en la práctica médica, **estimó aplicable la teoría de la culpa consagrada en el inciso final del art. 1604 del CC, según la cual, la prueba de la diligencia la debe aportar, quien ha debido emplearla.**

De lo que viene de decirse y, siguiendo los cuatro postulados de valoración probatoria fijados por esta Corte en el precedente citado al inicio de las consideraciones, estima la Sala que no le asiste razón a la censura y, que la valoración probatoria desplegada por el Juez Colegiado, así como de la aceptación de su limitación de conocimientos medico científicos, que le permitieran determinar si existió o no culpa en la práctica médica, dan lugar a la existencia de criterios objetivos que soportan la decisión de apoyarse en la teoría de la culpa, consagrada en el artículo 1604 del CC y consecuente surge su conclusión de la ausencia de prueba de la diligencia que debió acreditar la demandada en el curso de las instancias, por ser ese el momento procesal oportuno y ella, la llamada tanto a emplearla, como a acreditarla, actividad que no desplegó.

Consistente, el análisis de las pruebas efectuado por el fallador de segunda instancia, quien como antes se dijo, extrajo exactamente su contenido, por lo que estima la Sala no erró en su valoración y, en todo caso, no lo sería de manera evidente, ostensible o protuberante.

Sobre el error de hecho como fundamento para este recurso extraordinario, la Sala de Casación Laboral ha enseñado, CSJ SL18578-2016:

Previamente al estudio de los medios de convicción del proceso que la entidad recurrente indica como mal apreciados, y atendida la vía por la cual se orienta el único cargo de su demanda, importa a

la Corte recordar que en virtud de lo dispuesto por el artículo 61 del Código Procesal Laboral, en los juicios del trabajo los jueces gozan de libertad para apreciar las pruebas, por lo que si bien el artículo 60 ibídem les impone la obligación de analizar todas las allegadas en tiempo, están facultados para darle preferencia a cualquiera de ellas sin sujeción a tarifa legal alguna, salvo cuando la ley exija determinada solemnidad ad substantiam actus, pues en tal caso “no se podrá admitir su prueba por otro medio”, tal y como expresamente lo establece la primera de las citadas normas.

Al respecto, resulta pertinente traer a colación lo afirmado en sentencia de 27 de abril de 1977, inédita, que fue ratificado por la Sala, entre otras, en sentencia de 5 de noviembre de 1998 (Radicación 11.111).

"El artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral les concede a los falladores de instancia la potestad de apreciar libremente las pruebas aducidas al juicio, para formar su convencimiento acerca de los hechos debatidos con base en aquellas que los persuadan mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso. Todo ello, claro está, sin dejar de lado los principios científicos relativos a la crítica de la prueba, las circunstancias relevantes del litigio y el examen de la conducta de las partes durante su desarrollo.

"Pueden, pues, los jueces de las instancias al evaluar las pruebas fundar su decisión en lo que resulte de algunas de ellas en forma prevalente o excluyente de lo que surja de otras, sin que el simple hecho de esa escogencia permita predicar en contra de lo resuelto así la existencia de errores por falta de apreciación probatoria y, menos aún, con la vehemencia necesaria para que esos errores tengan eficacia en el recurso extraordinario de casación como fuente del quebranto indirecto que conduzca a dejar sin efecto la decisión que así estuviera viciada.

"La eficiencia de tales errores en la evaluación probatoria para que lleven a la necesidad jurídica de casar un fallo no depende pues simplemente de que se le haya concedido mayor fuerza de persuasión a unas pruebas con respecto de otras sino de que, aun de las mismas pruebas acogidas por el sentenciador o de otras que no tuvo en cuenta, surja con evidencia incontrastable que la verdad real del proceso es radicalmente distinta de la que creyó establecer dicho sentenciador, con extravío en su criterio acerca del verdadero e inequívoco contenido de las pruebas que evaluó o dejó de analizar por defectuosa persuasión que sea configurante de lo que la ley llama el error de hecho".

Corresponde es a los juzgadores de instancia la facultad de establecer el supuesto de hecho al que debe aplicarse la ley, y de allí que el mentado artículo 61 del Código Procesal Laboral les haya otorgado la facultad de apreciar libremente las pruebas, lo que hace que resulte inmodificable la valoración probatoria del Tribunal mientras ella no lo lleve a decidir contra la evidencia de los hechos en la forma.

Por eso, dada la presunción de acierto y legalidad que ampara la sentencia acusada, la Corte, en tanto actúa como tribunal de casación, tiene el deber legal de considerar que el juez de segunda instancia, a quien, se repite, compete la función de establecer el supuesto fáctico al que debe aplicar la norma legal, cumplió con esa función y, por tanto, acertó en la determinación de los hechos relevantes del pleito, por no haber desvirtuado el recurrente esa presunción.

Así se ha dicho que el recurso de casación no es una tercera instancia en donde libremente puedan discutirse las pruebas del proceso y donde sea dable extenderse en consideraciones subjetivas sobre lo que indican las pruebas, pues el análisis de la Corte se limita a los medios de prueba calificados legalmente, y ello, siempre y cuando, de cuya observación por el juzgador de la alzada sea posible concluir un error manifiesto, protuberante u ostensible.

De ese modo, sólo en la medida en que se incurra por el juez de la segunda instancia en errores manifiestos de hecho que tengan trascendencia en su decisión es que resulta posible el quebrantamiento del fallo, yerro que, como lo asentara la Corte en sentencia de 11 de febrero de 1994 (Radicación 6.043), es aquel que “se presenta, según el caso, cuando el sentenciador hace decir al medio probatorio algo que ostensiblemente no indica o le niega la evidencia que tiene, o cuando deja de apreciarlo, y por cualquiera de esos medios da por demostrado un hecho sin estarlo, o no lo da por demostrado estándolo, con incidencia de ese yerro en la ley sustancial que de ese modo resulta infringida”.

Además de lo dicho hasta el momento, del estudio del material probatorio arrimado al proceso a la Sala no le es posible concluir, la debida diligencia de la accionada, como entidad promotora de salud encargada de ejercer el control sobre la calidad de la prestación del servicio, y quien *«tienen la obligación de establecer los procedimientos para controlar y evaluar sistemáticamente la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad de los servicios prestados por las instituciones prestadoras de servicios de salud»*.

Lo anterior se afirma, dado que aunque los procedimientos quirúrgicos practicados a la demandante pudieran haber sido los accesibles y pertinentes, estos no

estuvieron precedidos del suministro de la información adecuada, completa y oportuna a la paciente, sobre las eventuales o inminentes consecuencias, así como, de los riesgos ciertos a que se exponía, falta contraria al ordenamiento legal y a los protocolos medico científicos vigentes, conocidos como el deber de dar la información veraz que se habría traducido en la garantía del derecho de la paciente y presupuesto necesario para la suscripción del consentimiento informado, libre de toda duda o vicio, para la aceptación de los respectivos procedimientos.

Tal grave omisión, que fue alegada desde la demanda inicial, no fue desvirtuada en las instancias y por lo mismo, confirma la ausencia de la debida diligencia y cuidado exigibles a la entidad demandada como responsable de la prestación de un adecuado, oportuno, seguro y continuo servicio de salud.

Ahora bien, como el *ad quem* formó su acertado convencimiento en una presunción legal de culpa, aplicable al caso, y al no haber acreditado la convocada al juicio la oportuna y debida diligencia y cuidados en la atención del estado de salud de la demandante, el fundamento del fallo en contrario permanece incólume y por lo mismo, el cargo no encuentra prosperidad.

Sin costas en el recurso extraordinario, dado que no hubo réplica.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia dictada el 28 de septiembre de 2011 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **LUZ JANETH MARIN IDARRAGA** contra **COOMEVA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. EPS**. En sede de instancia, se **CONFIRMA** la decisión absolutoria de primera instancia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral Adjunto del Circuito de Cartagena el 20 de agosto de 2010.

Costas como quedó dicho.

Cópiese, notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ

JIMENA ISABEL GODOY FAJARDO

JORGE PRADA SÁNCHEZ