



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 1



ERNESTO FORERO VARGAS

Magistrado ponente

SL5211-2018

Radicación n.º 55005

Acta 42

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por la llamada en garantía **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM IPS** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 16 de noviembre de 2011, en el proceso ordinario laboral que instauró **ISRAEL SERNA MOGOLLÓN** y **MARY RAMÍREZ GARZÓN** contra **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR LTDA. - CAFAM COLSUBSIDIO «EPS FAMISANAR LTDA»** y **CLÍNICA DEL OCCIDENTE S.A.**, en

el que se llamó en garantía a la entidad recurrente y a **COLSEGUROS S.A.**

I. ANTECEDENTES

Mary Ramírez Garzón e Israel Serna Mogollón, en su condición de madre y padre del recién nacido Juan Camilo Serna Ramírez, llamaron a juicio a EPS Famisanar Ltda. y a la Clínica de Occidente S.A., con el fin de que se declare que entre el demandante y la accionada existió afiliación al sistema de seguridad social en salud como cotizante y la accionante Mary Ramírez como beneficiaria del mismo, en calidad de madre de Juan Camilo Serna Ramírez, y que la muerte del menor ocurrió por descuido, negligencia y falta de atención prioritaria por parte de los médicos adscritos a la demandada EPS Famisanar.

Que se condene a las convocadas a juicio al pago de la indemnización plena y ordinaria de perjuicios materiales y morales irrogados, de la siguiente manera: perjuicios materiales, integrado por daño emergente y lucro cesante causado por el deceso del recién nacido el día 16 de octubre de 2008, hasta cuando sean reconocidos por el valor que se determine en el proceso a través del dictamen pericial solicitado, suma que deberá actualizarse conforme al IPC.

Perjuicios morales de carácter objetivo y subjetivo, causados con ocasión del fallecimiento del infante y que ascienden a la suma de 500 SMLMV; indemnización futura

compuesta por los perjuicios patrimoniales futuros, puesto que el menor dejó de vivir un promedio de 77 años.

Igualmente, pidió que las sumas anteriores sean canceladas con la respectiva indexación, intereses moratorios y el reajuste, la aplicación de las facultades *ultra y extra petita*, y las costas del proceso.

Fundamentaron sus peticiones, básicamente, en que los demandantes procrearon al menor Juan Camilo, quien nació vivo el 13 de junio de 2008, que la actora se encontraba afiliada a la EPS Famisanar en calidad de beneficiaria de los servicios que como cotizante principal realizaba el accionante Israel Serna Mogollón.

Mencionaron que el 9 de octubre de 2008 la actora asistió con su hijo a la IPS Cafam a control de crecimiento y desarrollo, ingresando al consultorio de la médica Erika Landinez Ortiz, quien le manifestó que el pequeño se encontraba bien de salud y le ordenó un control para dentro de dos meses.

Añadieron que el menor presentaba síntomas de gripe, por lo que la accionante solicitó una cita prioritaria, que le fue agendada para el 11 de octubre de 2008 y atendida por el galeno Lino Enrique Peña, quien le formuló tres medicamentos, no le ordenó la vacuna del neumococo, y le expidió el certificado médico manifestando que el niño se encontraba bien de salud y que era apto para vivir en comunidad.

Relataron que por cuanto la criatura continuaba con dichas sintomatologías, el 14 de octubre del año mencionado acudieron al mismo centro de salud, donde le indicaron que se dirigiera a la IPS Cafam, donde fue asistida por la doctora Claudia Urbano, quien manifestó que el infante se encontraba en estado delicado y le ordenó terapia respiratoria la cual fue realizada por Ana María Saenz, quien le puso oxígeno y medicamentos, pero no se le realizó placa radiográfica de las vías respiratorias, diagnosticándosele una infección aguda no especificada en la vía respiratoria inferior.

Narraron que seguidamente, la misma médica ordenó la hospitalización por urgencias y le indicaron a la madre que le suministrara el medicamento Sulbutamol durante una hora en intervalos de 10 minutos, posteriormente le tomaron la oximetría y valoraron al niño, informándole a la actora que le daban salida puesto que el menor se encontraba bien.

Señalaron que el 16 de octubre del 2008 en horas de la mañana, la demandante acudió con su hijo a la Clínica de Occidente por cuanto se agravó, y que pese a que la demandada hizo lo que estuvo a su alcance no logró que el párvulo continuara con vida; la autopsia fue realizada en la misma Clínica, pero en el examen de patología no se observa el motivo concreto por el cual falleció. Sin embargo, en la opinión del doctor que lo atendió se evidencia que existió congestión a nivel pulmonar.

Expresaron que mediante derecho de petición la parte activa solicitó a la Clínica una explicación de la causa de la muerte de su hijo y requirió que se le hiciera entrega de la historia clínica, frente a lo cual la demandada emitió respuesta «*argumentando que la causa de la muerte del menor fue una (sic)*» y en relación a lo segundo inicialmente declararon que era de carácter reservado y confidencial, pero posteriormente le manifestaron que podía acercarse por ella.

Mencionaron que el 14 de febrero de 2009, la accionante denunció el hecho ante la Fiscalía General de la Nación, y, elevó queja ante la Defensoría del Pueblo-Regional Bogotá, a fin de que se investigara la falta en la calidad de atención suministrada al menor por parte de Famisanar E.P.S., sin obtener ningún resultado ya que la diligencia fue archivada.

Al dar respuesta a la demanda, la accionada Clínica de Occidente se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, dio por parcialmente cierto que el 16 de octubre de 2008 a las 4:45 de la mañana ingresó el menor por urgencias a las instalaciones de la Clínica, pero aclaró que para ese momento ya se encontraba muerto, pues entró sin signos vitales y con livideces, que pese a que se le realizó reanimación no lograron salvarle la vida; que en cuanto a la solicitud y la respuesta se atienen a las pruebas documentales de la demanda; que el fallecimiento del pequeño se conoció desde su llegada al Centro Hospitalario, por lo que se debía reportar al Instituto de Medicina Legal para establecer la causa de la muerte. Frente a los demás

supuestos fácticos indicó que no eran ciertos o no le constaban.

En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de los requisitos para que se presente la responsabilidad civil, inexistencia de relación causal entre el daño alegado y la conducta, y la culpa de la víctima; llamó en garantía a la compañía Aseguradora Colseguros Seguros S.A., puesto que entre la mencionada y la accionada suscribieron una póliza de Responsabilidad Civil correspondiente al n.º RCCH-196, la cual amparaba la eventual responsabilidad civil de la clínica, la que se encontraba vigente a la ocurrencia de los hechos.

Colseguros S.A. contestó la demanda y el llamamiento efectuado en forma separada y respecto de la primera, indicó que se atiene a lo que se demuestre en el proceso respecto a las pretensiones y, en cuanto a los hechos expresó que no le constaban.

Propuso las excepciones de inexistencia de relación de causalidad entre la asistencia clínica proporcionada y los perjuicios causados, ocurrencia de causa extraña y la genérica.

Y respecto del llamamiento en garantía, se opuso a que fuese condenada en costas y en agencias en derecho. En cuanto a los hechos, dio por cierto que se expidió la póliza de RC profesional clínicas y hospitales n.º RCCH-196; que demandaron a Famisanar y a la clínica argumentando daño

causado, consistente en la muerte del menor; que para la ocurrencia de los hechos la póliza anteriormente mencionada se encontraba vigente

En su defensa, propuso las excepciones perentorias de límites a la cobertura, aplicación del deducible pactado y la genérica.

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio EPS Famisanar Ltda., se opuso a las pretensiones, y frente a los hechos, dio por cierto que los demandantes son los padres del menor fallecido Juan Camilo, quien nació el 13 de junio de 2008; que la actora se encontraba afiliada a Famisanar en calidad de beneficiaria; que asistió con su hijo a la IPS Cafam a control de crecimiento y desarrollo, constatándose en la historia clínica normalidad en examen físico, peso y talla y citación a control en dos meses; que la autopsia fue realizada en el centro hospitalario, pero que no se entiende si el menor llegó sin vida a la clínica, en cuánto a los demás supuestos fácticos precisó que no eran ciertos o no le constaban.

Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de responsabilidad contractual, inexistencia de nexo causal, inexistencia de daño, ausencia de perjuicios, culpa exclusiva de la víctima, y la genérica; llamó en garantía a Caja de Compensación Familiar Cafam IPS, en razón a que celebraron un contrato de Prestación de Servicios de Salud en la modalidad de capitación n.º 860.013.570, el que se encontraba vigente para la fecha de los hechos sucedidos.

Como consecuencia de lo anterior, al dar respuesta a la demanda, la llamada en garantía Cafam IPS, indicó que se atiene a lo que se demuestre en el proceso respecto a la declaración de existencia de afiliación entre el demandante y Famisanar como cotizante y la actora como beneficiaria, frente a las demás pretensiones se opuso y, en cuanto a los hechos, dio por cierto que la accionante asistió con su hijo el día 9 de octubre de 2008 a la IPS Cafam a un control médico, en el que la médica le manifestó que el menor se encontraba bien de salud y ordenó un control posterior; en cuanto a los demás supuestos fácticos precisó que se negaban o no le constaban.

Coadyuvó las excepciones propuestas por la Clínica del Occidente, Famisanar y Colseguros, y, adicionalmente propuso las que denominó inexistencia de presupuestos de hecho y de derecho, ausencia de causa para el cobro de daños y perjuicios, ausencia de relación de causalidad, cobro de daños y perjuicios en forma exorbitante, inexistencia de una acción u omisión negligente, inexistencia de la responsabilidad, cumplimiento de la *lex artis* y la genérica.

En respuesta al llamamiento en garantía, se opuso a que fuese condenada a pagar las pretensiones formuladas por la demandante, en cuanto a los hechos, dio por cierto que celebraron un contrato de prestación de servicios 860.013.570, que los demandantes pretenden se declare responsable a Famisanar y la clínica demandada por negligencia médica, que el contrato se encontraba vigente

para la ocurrencia de los hechos; en cuanto a los demás supuestos fácticos, indicó que no eran hechos.

En su defensa, propuso las excepciones que denominó sujeción a las obligaciones pactadas entre las partes en el contrato de prestación de servicios de salud 860.013.570, inexistencia de la obligación, sentencia no vinculante y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo del 27 de octubre de 2011, absolvió a los demandados de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra; condenó en costas a los demandantes por la suma de \$200.000; y ordenó que se surtiera el grado jurisdiccional de consulta en caso de que no fuera recurrida.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante fallo del 16 de noviembre de 2011, al conocer del recurso de apelación interpuesto por el señor Israel Serna Mogollón y la señora Mary Ramírez Garzón, revocó la sentencia del *a quo* y condenó solidariamente a las demandadas Famisanar Ltda. EPS e IPS Cafam Colsubsidio, al pago de la indemnización de perjuicios morales por responsabilidad médica equivalente a 122 smlmv a cada uno de los demandantes y absolvió a las

entidades accionadas de las restantes pretensiones incoadas en su contra, sin imponer costas en la instancia.

El Tribunal, luego sustentar las razones por las cuales consideró que tenía competencia, como las sentencias CSJ SL, 19 feb. 2007, rad. 29519 y Sl, 22 en. 2008, rad. 30621, y como son controversial del sistema de seguridad social, que están asignadas en la Ley 712 de 2001, abordó el estudio del conflicto sometido a su consideración.

En lo que rigurosamente interesa al recurso extraordinario, el Tribunal centró el problema jurídico en determinar si a los actores les asiste o no el derecho al reconocimiento y pago de la indemnización plena y ordinaria de perjuicios materiales y morales, tanto objetivados como subjetivados, irrogados por el fallecimiento de su menor hijo, ocasionados por las deficiencias, negligencias y omisiones cometidas en la prestación del servicio médico prestado.

La Sala, una vez analizó el acervo probatorio, precisó que las obligaciones médicas generalmente son de resultado a efectos de la responsabilidad médica pretendida, que sobre ellos recae la carga probatoria relacionada con la debida diligencia en cuanto a las etapas del diagnóstico y del tratamiento, a fin de clarificar el deber asistencial que incumbe a los médicos relacionados con las dos fases antes mencionadas, respecto a lo cual procedió a citar fragmentos de la sentencia CSJ SC, 26 nov. 2010, rad. 1999-8667.

Señaló que tanto la Sala Civil como la Laboral de esta Corporación, como el Consejo de Estado, han acudido a la

carga dinámica de la prueba, sin obviar la culpa médica presuntiva, dado que, si se acude a los servicios médicos para mejorar su estado de salud y en su lugar obtiene agravamiento o padecimiento de nuevas dolencias, resultaría presumible la culpa médica, sobre el particular trajo a colación apartados de la sentencia CSJ SL, 22 en. 2008, rad. 30621.

También precisó que la exigencia probatoria resulta excesiva a la parte actora en tanto se trata de conocimientos médicos específicos, razón por la cual se hace necesario acudir a la carga dinámica de la prueba en consideración a la equidad como uno de los criterios auxiliares de la administración de justicia, previsto en el artículo 230 constitucional y que para demostrar el nexo de causalidad entre el daño y la intervención médica, resulta idóneo el examen de expertos, pero que en determinados casos también es posible llegar a la certeza sobre la existencia de dicha relación a través de indicios.

De las pruebas allegadas, la Sala concluyó que la actora acudió a los servicios médicos en las fechas 9, 11, 14 y 16 de octubre de 2008 a través de consultas externas y por urgencias, en razón a que el menor presentaba tos y fiebre; por otro lado, evidenció contradicción de ordenes médicas, puesto que en la cita del 11 de octubre le dictaminaron y medicaron por la enfermedad de reflujo gastroesofágico, tal como se corroboraba con la documental obrante a folio 70 y 71; mientras que por la cita prioritaria del 14 de octubre se determinó bronquiolitis aguda vista a folio 74; y que aunque

en la atención del 14 de octubre el médico le ordenó la remisión por hospitalización, realizándose la terapia respiratoria al infante, motivo por el que le dieron salida una hora después, folio 74 y anverso; y ese mismo día ingresó nuevamente a las 7:30 pm por urgencias, por bronquiolitis aguda y le dieron de alta como se desprende de la documental a folio 76 y anverso.

Así mismo, dijo el *ad quem*, se tiene demostrado el actuar diligente de la demandante, dado que pese a que en tres órdenes médicas ordenaron control del infante en un mes, ella acudió dentro de los 2 y 3 días siguientes a la última cita, en la cual le ordenaron revisión a las 48 horas, ella llegó a urgencias pasadas 31 horas; y finalmente aseveró que la muerte del menor acaeció por bronconeumonía confluyente bilateral, conforme se acredita a folios 320 a 324, es decir, como consecuencia de la enfermedad por la que acudió al servicio médico en reiteradas ocasiones.

Consideró que la muerte por la enfermedad comentada, se produjo directamente de la actuación médica, pues pese al dictamen tardío de bronquiolitis aguda, se desatendió la orden de hospitalización para prevenir su agravamiento; también contempló que no hubo tratamiento concordante con cada una de las actuaciones médicas, toda vez que se presentan contradicciones en el dictamen de la enfermedad como en el tratamiento y la falta de negligencia de la madre, puesto que desatendió las estrictas órdenes médicas acudiendo en tiempos menores a los señalados para la atención oportuna.

De otro modo indicó que acoge el dictamen pericial en razón a que las objeciones no exponen errores graves que hubieren podido ser determinantes en la conclusión del perito, toda vez que el exceso de información no deriva error y para la validez del mismo no se requiere que sea rendido por especialista en alguna rama de la medicina; visto lo anterior dijo que el *a quo* debió decretar de oficio un nuevo dictamen con distintos peritos, en lugar de haber aceptado sin más la objeción, por lo que procedió a citar el concepto emitido por el perito obrante a folios 342 a 352, en el que se evidencian las falencias en el tratamiento médico impartido por la IPS Cafam.

Iteró que el dictamen informa de una prestación del servicio médico deficiente que facilitó el deterioro de la salud del menor, quien falleció producto de tal enfermedad, que en la primera consulta no se detectaron síntomas de infección viral ya instaurada y en agravamiento, ni en los 2 días siguientes, y menos aún se ordenaron los paraclínicos pertinentes para corroborar el diagnóstico (f.º342 a 352); que estas son pruebas suficientes para concluir la responsabilidad médica, pues se presentó el respectivo nexo causal entre el daño y el acto u omisión médica; y adicionalmente que la IPS Cafam y EPS Famisanar desconocieron el adecuado servicio médico en las etapas de diagnóstico y tratamiento en tratándose de derechos fundamentales de un niño, los cuales prevalecen sobre los demás. Al respecto, trajo a colación fragmentos de la sentencia CC-T 170 de 2010.

Dijo que se tiene acreditado el daño producido por causa de la deficiente atención médica anterior, que aunque en algún momento el paciente presentó mejoría con las nebulizaciones, no es suficiente para concluir el correcto manejo del diagnóstico y tratamiento, y señala que ante el incumplimiento de las entidades de prestar el servicio de salud con calidad, estas deberán hacerse responsables de los daños que pueda padecer alguno de sus afiliados o beneficiarios por negligencia o descuido causado en la prestación del servicio. Acto seguido citó apartes de la sentencia CSJ SC, 26 nov. 2010, rad. 1999-8667-01, en la que se hace referencia a la responsabilidad médica de las instituciones, entidades y profesionales de la medicina.

La Sala luego de definir la presencia del daño, la causa médica y el nexo causal entre estas, concluyó que las entidades deben responder solidariamente sobre los perjuicios ocasionados a los demandantes con el fallecimiento de su hijo, toda vez que hacen parte del sistema de seguridad en salud y por disposición legal deben prestar esos servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios legales

También consideró que no encuentra probanza que permita inferir los elementos de responsabilidad de la Clínica de Occidente, ya que esta brindó la atención requerida realizando el proceso de reanimación que finalmente resultó fallido, pero sin que se hubiere vislumbrado negligencia en la

misma, por lo que el *ad quem* resolvió no estudiar las pretensiones formuladas por la Clínica de Occidente respecto de la llamada en garantía Colseguros.

De otra parte, precisó que los accionantes no expusieron cuáles fueron los perjuicios materiales causados, cuantía y mucho menos las pruebas de los gastos en los que incurrieron con el deceso de la criatura; esto en cuanto al daño emergente y en lo que respecta al lucro cesante, manifestó que no hay lugar al pago de estos por unos hipotéticos ingresos del menor, por tener carácter eventual, a menos de que se acreditara con certeza la obtención futura de esos ingresos, situación que no se presenta en el caso de estudio y máxime porque el infante falleció de 4 meses, trayendo a colación la sentencia CE, 10 ag. 2001, exp. 12555 y la CE, 18 feb. 2010, rad. 1998-08834.

Explicó que en cuanto los demandantes demostraron el primer grado de parentesco con el menor, el sentenciador infirió que la afectación moral y la reclamación de los perjuicios morales advienen a razón de la muerte del infante y de la relación de padres-hijo que tenían con la víctima, por lo cual estimó la indemnización en la suma de 122 SMLMV para cada uno de los actores.

También consideró que no es dable emitir pronunciamiento frente a la responsabilidad de la llamada en garantía Colseguros, toda vez que la Clínica Occidente no resultó condenada.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Fue interpuesto por las accionada EPS Famisanar Ltda., y la llamada en garantía Caja de Compensación Familiar Cafam IPS, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte. Sin embargo, posteriormente EPS Famisanar Ltda. desistió del recurso extraordinario de casación y mediante auto obrante a folio 15 la Sala lo admitió.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

*La finalidad que se busca con la presentación de esta demanda de Casación es procurar el cabal cumplimiento y justa aplicación de la ley sustancial y procedimental en este caso concreto, por lo que solicito, que la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, **CASE** la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala de Decisión Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Honorable Magistrado Sustanciador Dr. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS de fecha dieciséis (16) de noviembre de dos mil once (2010) (sic), la cual revocó el fallo proferido el veintisiete (27) de octubre de dos mil once (2011) por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, por medio del cual condenó a la EPS FAMISANAR LTDA y a la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR CAFAM al pago de perjuicios morales en la suma de CIENTO VEINTIDOS SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES para ISRAEL SERNA MOGOLLON y MARY RAMIREZ GARZON, para que proceda a revocarlo y en su lugar, deje en firme, esto es corrobore el fallo de primera instancia de fecha veintisiete (27) de octubre de dos mil once (2011) por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, exonerando a la EPS FAMISANAR LTDA y CLINICA DE OCCIDENTE y condenando en costas a ISRAEL SERNA MOGOLLON y MARY RAMIREZ GARZON*

Con tal propósito formula tres cargos por la causal primera de casación, que en rigor no fueron replicados, sino que la EPS Famisanar Ltda efectuaron algunas consideraciones sobre el origen del conflicto y coadyuvó la existencia de la acusación endilgada.

VI. CARGO PRIMERO

Se enjuicia la sentencia del *ad quem*:

[...] por violación directa de la Ley Sustancial, esto es del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 712 de 2001, en concordancia con los artículos 1º y 3º del Código Sustantivo del Trabajo; 2.341 del Código Civil; 241 del Código de Procedimiento Civil, en remisión que hacen los artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo y 145 del Código Procesal del Trabajo, irregularidad que se produce como consecuencia de errores de derecho y de hecho, por la equivocada apreciación de unas pruebas y la falta de apreciación de otras.

Señaló que dicha transgresión se «*produce como consecuencia de errores de derecho*» y por «*darle efectos de responsabilidad laboral a la solicitud de responsabilidad civil solicitada en el poder y escrito de demanda inicial*».

Indicó que las «**EVIDENCIAS DEL ERROR DE HECHO**» en la aplicación indebida del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 712 de 2001, en concordancia con los artículos 1º y 3º del CST, estaba en que se condenó al pago de perjuicios morales derivados de responsabilidad de contenido laboral y no civil, y en el *petitum* de la demanda se solicitó la condena a título de responsabilidad civil.

Luego como demostración de lo endilgado, la censura manifestó que el «*error de derecho impetrado*» estuvo cuando el Tribunal dijo que era: «*competente para conocer del presente asunto de conformidad con las precisiones trazadas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia*», al tratarse de controversias relacionadas con el sistema de seguridad social integral enlistadas en las competencias asignadas por la Ley 712 de 2001, y que en el poder para iniciar esta acción, como en la demanda inaugural del proceso, se hacía referencia a que la responsabilidad que se

invoca es de naturaleza civil.

VII. RÉPLICA

Más que una oposición, EPS Famisanar Ltda en forma conjunta para los tres cargos, coadyuvó el recurso formulado, al considerar que le asiste razón a la demandada recurrente al haberse incurrido en los yerros que relacionó, al no tener en consideración integralmente el material probatorio allegado al proceso y estimar solo el dictamen pericial, que además no era admisible técnicamente por contener errores conceptuales, soslayando el interrogatorio de la madre del menor y otras pruebas importantes, como el testimonio de la señora Luz Emilse Ramirez, hermana de la demandante.

Señaló que Famisanar prestó los servicios médicos requeridos sin barrera u obstáculo alguno, prestando por parte del personal médico el manejo oportuno y adecuado para la sintomatología que presentaba el menor al momento de las consultas, por lo que no incurrió en responsabilidad civil contractual o extracontractual, al no existir relación de causalidad entre la conducta desplegada por EPS Famisanar y el presunto daño sufrido por el menor Juan Camilo Serna Rodríguez, puesto que siempre actuó con el debido cuidado que le impone la ley.

VIII. CONSIDERACIONES

La acusación presenta varias falencias de orden técnico, v. gr. invocar la «*violación directa por aplicación indebida*» de

las normas denunciadas, pero referir la comisión de un error de hecho, que como se sabe debe ser formulados por la senda indirecta o de los hechos; referir en la demostración del cargo un «*error de derecho*», a pesar de haberse aludido a uno de hecho y estar encauzada la acusación por la vía jurídica; no haber elaborado adecuadamente la proposición jurídica, a pesar de su morigeración legal y jurisprudencial, en tanto que no mencionó al menos una norma sustancial de alcance nacional que hubiera sido o debió ser aplicada por el *ad quem* en la sentencia gravada; así como su precaria demostración.

Adicionalmente, de lo que en realidad se duele la censura, es que el Tribunal hubiera asumido competencia para conocer de un asunto en el que se debatió la responsabilidad civil de las demandadas, pues no otra cosa se puede entender cuando se dijo por la recurrente: «*tanto en el poder suscrito por ISRAEL SERNA MOGOLLON y MARY RAMIREZ GARZON a favor del togado que los representó a los largo del proceso, como en el escrito mismo de la demanda laboral se hace referencia a la responsabilidad que se invoca es de naturaleza civil*» y además se invocó en la proposición jurídica el numeral 4 del artículo 2º de la Ley 712 de 2001, sobre factores de competencia general de la jurisdicción ordinaria laboral y de la seguridad social.

De todos modos, de cara a la entrada en vigencia de la Ley 1564 de 2012 «*Código General del Proceso*», inciso 2 numeral 8 del artículo 625, que dispuso la remisión de los procesos que actualmente tramiten los jueces laborales por responsabilidad médica, a los jueces civiles competentes,

salvo los que correspondan a la jurisdicción contenciosa administrativa, como quiera que el recurso de casación en este asunto se concedió el 25 de enero de 2012 (f.º 425 y 426), esto es, antes de la entrada en vigencia del CGP que lo fue el 12 de julio de 2012, se mantiene la competencia de la jurisdicción del trabajo para resolver esta contienda, tal como se adoctrinó en proveído AL 2702 – 2014, rad. 60376.

Es por lo anterior, que el cargo se desestima.

IX. CARGO SEGUNDO

Se le endilga al *ad quem* la «violación indirecta por error de hecho del artículo 2.341 del Código Civil, por remisión que hacen los artículos 19 del Código Sustantivo del Trabajo y 145 del Código Procesal del Trabajo», transgresión que se dio a consecuencia de «no tener en cuenta algunos hechos debida y adecuadamente probados y darle alcances de hechos probados a situaciones no probadas».

Como yerros fácticos en los que habría incurrido la segunda instancia, se listaron los siguientes:

- *La diligencia, prudencia y pericia con que se brindó la atención al menor JUAN CAMILO SERNA RAMIREZ, durante cada una de las oportunidades en que la madre del mismo le llevó para su atención.*
- *En la última atención médica por parte de la IPS CAFAM se le dio de alta por encontrarse en buen estado de salud porque se le aplicaron los medicamentos necesarios para la mejoría del bebe tanto así que se noto (sic) que estaba afebril*
- *La señora MARY RAMIREZ GARZON cuando llevó al menor a la Clínica de Occidente éste ya había fallecido, sin saberse que sucedió las treinta (30) horas anteriores, lapso en el cual la salud del menor dependió del cuidado de su progenitora,*

ya que no estuvo al cuidado de la IPS CAFAM.

La censura en el acápite que denominó «*EVIDENCIAS DEL ERROR DE HECHO*» señaló que hubo «*violación directa*» y para demostrar su embate, recordó que las consideraciones del Tribunal que ponían en evidencia el yerro endilgado estaba en haber señalado que:

[...] no implica que la parte actora se exima de la carga de la prueba relacionada con el daño por el cual reclama y de que este se produjo a causa de la actuación u omisión médica (nexo causal) y la falla en el servicio, conforme lo dispone el art. 177 del C.P.C. ello no conlleva a desconocer que en el presente asunto la exigencia probatoria resulta excesiva a la parte actora en tanto se trata de conocimientos médicos específicos, razón por la cual hace necesario acudir a la carga dinámica de la prueba en consideración de la equidad como uno de los criterios auxiliares de la administración judicial previsto en el art, 230 de la Constitución política.

Y que no había tal exigencia probatoria excesiva y adicionalmente si se trataba de conocimientos médicos, le correspondía a la parte actora probarlos.

X. RÉPLICA

Por haberse planteado en forma conjunta y referido ya para el primer cargo, se omite referencia adicional a la allí expresada.

XI. CONSIDERACIONES

Tal como aconteció con el primer cargo, éste contiene deficiencias técnicas cuya envergadura impiden a la Sala adentrarse en el estudio de fondo de la acusación, a pesar de la flexibilización del recurso extraordinario.

Ciertamente, aunque el ataque está dirigido por la senda fáctica, en tanto se relacionaron varios errores de hecho, a pesar de que la censura al tratar de evidenciarlos en aparte pertinente refiera que hubo «*violación directa*», así como porque se alude a situaciones fácticas que están, según la recurrente debidamente acreditadas; lo cierto es que en forma inapropiada termina a través del contenido de la demostración del cargo, desarrollando toda una argumentación de orden jurídico, al detenerse en el estudio de la carga de la prueba que tenía la parte actora y su desmedida exigencia, bajo el supuesto que en el proceso debe aplicarse la carga dinámica de la prueba, lo que involucra argumentos de puro derecho.

Asunto como el esbozado tiene un tinte de índole jurídica, que no podía formularse por un cargo enderezado por lo fáctico, sin mezclar tales argumentaciones con las de hecho propias de la vía indirecta escogida; además que tenerse orientado el ataque por la senda de los hechos tampoco se identificaron los medios de persuasión que fueron objeto de una errada valoración o que no fueron observados y desde luego, en qué consistió la equivocación y cual la incidencia de ella en la sentencia enjuiciada.

Además, los tres yerros fácticos no son tales, por cuanto son meras apreciaciones subjetivas de la parte recurrente.

Por lo anterior, el cargo se desestima.

XII. CARGO TERCERO

Se acusa al Tribunal de haber transgredido en forma «*directa por aplicación indebida*», el artículo 241 del CPC, por remisión que hacen los artículos 19 del CST y 145 del CPTSS. «*La irregularidad se presenta por aplicación incompleta de la norma mencionada*».

Afirmó la recurrente que la infracción del artículo 241 del CPC, se presentó por cuanto se valoró «*el experticio sin tener en cuenta los criterios de precisión, calidad de los fundamentos y demás elementos probatorios que obran en el proceso*», como el de no tener en cuenta que en la audiencia de fecha 11 de octubre de 2011, el juez de conocimiento señaló que no se tenía por recibo el cuestionario que presentó el demandante, pero la experticia se basó casi en su totalidad en ese cuestionario, «*que no era admisible por el despacho*»; haberse indicado en el experticio que el perito examinó una paciente, cuando se trataba de un paciente; el no haber tenido el perito en ningún momento tuvo acceso físico al paciente; señalar que la Clínica de Occidente se encuentra en la ciudad de Cali, cuando se trata de un centro hospitalario de la ciudad de Bogotá y otras más sobre la prueba pericial y de no haberse aceptado la objeción al mismo; por lo que se profirió una sentencia que no corresponde a la realidad fáctica y jurídica de este conflicto.

XIII. RÉPLICA

Como se anunció en el primer cargo, fue común para

los tres y por ello, no se hace referencia a la misma en este cargo.

XIV. CONSIDERACIONES

El mismo designio que tuvieron las dos primeras acusaciones debe darse para este cargo, por cuanto también presenta deslices de orden técnico que afecta su estudio y prosperidad.

En efecto, basta poner en evidencia que toda la sustentación del cargo enrostrado al *ad quem* la soportó la recurrente en la prueba pericial arrimada la expediente y sobre la cual efectuó varias observaciones que fueron en precedencia individualizadas, olvidando que, en asuntos de casación del trabajo, cuando se quiere confutar conclusiones fáctico – probatorias, se deben respetar varias circunstancias para que pueda quedar debidamente estructurado un cargo por esta senda, v. gr. que se hayan cometido errores protuberantes, que estos sean relevantes y que además recaigan en aquellos medios de convicción que el artículo 7º de la Ley 16 de 1969 denomina como calificados, esto es, el documento auténtico, la inspección ocular y la confesión judicial, pues de lo contrario, no es posible enderezar una acusación con otras pruebas que no sean las referidas.

Es por lo anterior, que como todo el ataque está fincado en el dictamen pericial y esta prueba no es una de las aptas en casación del trabajo, la Corte no puede abordar su estudio.

No esta demás señalar que las observaciones que plasmó la censura en torno a la prueba pericial enjuiciada, se han debido formular en las instancias, siendo no solo inoportuno, sino inviable, por lo ya expresado, formularas en el estadio casacional, máxime si este medio de prueba no es apto en casación del trabajo para enderezar ataques tendientes a quebrar la legalidad de una sentencia acusada de violentar la ley. A propósito de lo anterior, la Corte en la sentencia CSJ SL, 18 may. 2005, rad. 24017, en donde puntualizó:

Para socavar la sentencia del ad quem, el recurrente propone un cargo por la vía indirecta en el que endilga al Tribunal la comisión de varios errores de hecho derivados básicamente de la apreciación equivocada del dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander (folios 153 a 155) y de su aclaración visible a folios 161 y 162.

Es sabido que, en virtud de la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, el legislador puede limitar los medios probatorios capaces de generar dislates fácticos atacables por intermedio de aquel mecanismo de impugnación. En el ámbito laboral tal demarcación se produjo a través del artículo 7º del artículo 23 de la Ley 16 de 1968, modificado por el artículo 7 de la Ley 16 de 1969, que consagró “El error de hecho será motivo de casación laboral solamente cuando provenga de falta de apreciación o apreciación errónea de un documento auténtico, de una confesión judicial, o de una inspección ocular...” Quiere decir lo anterior, sin que sea necesario ahondar demasiado en el asunto, que no es posible estructurar un cargo en casación a partir de errores derivados de la pretermisión o distorsión de pruebas diferentes a las expresamente previstas en la norma transcrita, por ejemplo en los indicios, el dictamen pericial o la declaración de testigos, entre otras, porque estos medios de convicción no son idóneos para ese propósito, aunque se ha aceptado su acusación, pero eso sí siempre que previamente se demuestre el error con prueba calificada y en aquellos casos en que el fallo recurrido se apoya también en alguna de aquellas probanzas.

Por las razones vertidas, el cargo se desestima.

Sin costas en el recurso extraordinario, en tanto no fue replicada en rigor la demanda extraordinaria, como se explicó en el acápite pertinente.

XV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **NO CASA** la sentencia proferida el 16 de noviembre de 2011, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario adelantado por **ISRAEL SERNA MOGOLLÓN** y **MARY RAMÍREZ GARZÓN** contra **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR LTDA. - CAFAM COLSUBSIDIO «EPS FAMISANAR LTDA»** y **CLÍNICA DEL OCCIDENTE S.A.** así como las llamadas en garantía **IPS CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM** y **COLSEGUROS S.A.**

Costas como se indicó en la parte motiva de la sentencia.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO

DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA

ERNESTO FORERO VARGAS