S-2022
Proceso: Ordinario
Demandantes: Lina Marcela Carvajal Ossa y otros
Demandada: Coomeva EPS S.A. y otros.
Radicado: 05001 31 03 **003 2007 00040** 01
Asunto: Revoca sentencia impugnada

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
-SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL-

Medellín, veintiséis (26) de octubre del dos mil veintidós (2022).

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia de fecha 07 de junio de 2016, mediante la cual el Juzgado Décimo Octavo Civil del Circuito de Medellín dirimió la controversia en el proceso Verbal con pretensión declarativa de Responsabilidad Civil Médica, promovida por Lina Marcela Carvajal Ossa, Jorge de Jesús Martínez Martínez y Olga Lucía Ángel Martínez, en contra de la entidad Coomeva EPS S.A. y la Unidad Básica de Atención (UBA) Coomeva Hospital Manuel Uribe Ángel. Labor jurisdiccional que se acomete en el siguiente orden.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones. El día 30 de enero del 2007, los citados actores, por intermedio de apoderado judicial, demandaron a la entidad Coomeva EPS S.A. y la UBA Coomeva Hospital Manuel Uribe Ángel, para que, a través del proceso declarativo con trámite verbal, se declarara a los demandados civil y solidariamente responsables de los perjuicios a ellos ocasionados, a causa de la *deficiente atención médica* brindada y el *retardo para conseguir oportunamente la ambulancia para traslado a un hospital de mayor nivel*, debiendo ser condenados, según la demanda, a pagar la suma de **$647.126.188** por perjuicios materiales y el equivalente a 1.000 smlmv para cada uno de sus familiares, por los perjuicios extra-patrimoniales allí detallados.

1. Fundamentos Fácticos. Los hechos fundantes de sus pretensiones se sintetizan de la siguiente manera:

1.1. Que el 13 de febrero de 2006 el señor Martínez Ángel había llegado por sus propios medios a la UBA Coomeva Hospital Manuel Uribe Ángel, quejándose de un dolor en la parte inferior del pie derecho que fue tratado con medicación. Sin

embargo, por persistir el dolor regresó a la entidad al día siguiente donde fue remitido a hospitalización en la E.S.E Hospital Manuel Uribe Ángel de Envigado desde donde se decidiría el restante plan de tratamiento.

1.2. Que el 18 de febrero de 2006 el paciente fue trasladado a cirugía a eso de las 6.30 horas de la mañana, toda vez que le iba a ser corregida una hernia discal en la columna que le fue diagnosticada. Situación última sin ningún compromiso para su vida, pero que se complicó por la excesiva pérdida de sangre.

1.3. A propósito de ello, el equipo médico decidió dejar al señor Martínez conectado a ventilador mecánico mientras se materializaba su remisión a la Clínica CES, la que fue retardada, según los dichos de la demanda, desde las 10: 00 AM hasta las 5:00 PM de ese 18 de febrero y en cuya espera sólo le fue realizada una oclusión del tronco tibio perineo a nivel de su bifurcación y de la arteria tibial anterior, tibial posterior y peronea a efectos de taponar la circulación sanguínea y evitar un desangramiento total.

1.4. Después de su efectivo traslado, una vez realizado su ingreso en la Clínica CES el paciente fue recibido con sufrimiento de shock hipovolémico por sangrado abdominal, causado a raíz de una lesión en los vasos iliacos, lo que a fin de cuentas lo llevó a la muerte, luego de tres días a su recepción en la Clínica.

1.5. Aluden los demandantes que hubo fallas médicas, pues la historia clínica refiere que el 18 de febrero de 2006 entre las 16:20 y las 16:58 horas se habían practicado una serie de exámenes, cuando en realidad el paciente había sido remitido antes de esa hora según el propio historial. Además, faltaría haber realizado un examen de coagulopatía previo a la cirugía y, finalmente, el paciente estuvo desde las 10:00 AM esperando un traslado porque la Clínica donde fue intervenido sólo tenía servicios nivel II.

1.6. Narran que el señor Jorge Hernán Martínez Ángel se desempeñaba como diseñador gráfico en la empresa Excavar S.A. con un salario mensual de $603.700,00, pero al mismo tiempo desarrollaba una actividad independiente que le generaba un ingreso promedio adicional de $500.000,00 para un total mensual de $1.103.700,00, dinero que utilizaba en el sostenimiento de su hogar, habitado en compañía de la demandante Lina Marcela Carvajal Ossa.

1.7. Los aquí demandantes acusan sufrimiento moral y consideran que dicho daño se dio por negligencia e imprudencia de los accionados, los cuales generaron un daño inmaterial, en la modalidad de perjuicio moral, pero, además, aducen que se generó un daño material, en la modalidad de lucro cesante y daño emergente, en la cuantía atrás relacionada.

2. Actuación procesal. El Juzgado Tercero Civil del Circuito de Medellín admitió la demanda mediante auto del 10 de abril de 2007. Los demandados fueron notificados debidamente y, dentro del término del traslado, contestaron la demanda en los siguientes términos:

2.1. La UBA Coomeva Hospital Manuel Uribe Ángel llegó al proceso manifestando que no era cierto el ingreso del señor Martínez Ángel el 14 de febrero de 2007 a la UBA, como tampoco resultaba certero afirmar que desde allí se hubiera dado su remisión hacia la E.S.E Manuel Uribe Ángel. Así, simplemente convino en oponerse a las pretensiones por considerar que no concurrían los presupuestos de la responsabilidad y que realmente quien había estado a cargo de la intervención había sido la E.S.E Hospital Manuel Uribe Ángel.

Seguidamente, formuló las siguientes excepciones de mérito: **i)** Inexistencia de nexo causal; **ii)** falta de legitimación material en la causa por pasiva.

2.2. **Coomeva EPS S.A.** Adujo que la enfermedad sufrida por el causante que consistía en una hernia de núcleo pulposo extruida, sí representaba un peligro para su salud, pues no sólo las enfermedades ruinosas o degenerativas suponen tal riesgo. Además, en todo caso su intervención fue llevada a cabo por un neurocirujano titulado del que no puede predicarse negligencia alguna.

Con respecto a la propia cirugía, manifestó la EPS que se debió a la intervención de una hernia de disco lumbar L5-S1 cuyos riesgos fueron claramente puestos en conocimiento del paciente en cuanto a posibles infecciones de la herida, sangrado, hemorragia o hematomas, retención aguda de la orina, cicatrices, colección de líquido en la herida e incluso la muerte, por lo que es el propio paciente el que decide sobre la realización de su práctica.

Destacó, que el galeno Boris Pabón dejó reflejada en las notas de la historia clínica su pericia y diligencia al aplicar el adecuado tratamiento y ordenar la

respectiva remisión, la que finalmente se logró el 18 de febrero de 2006 a las 17:30 horas, donde fue sometido a intervención posterior, como se observa desde la propia historia clínica allí diligenciada, por lo que lo afirmado en la demanda no era la verdad sobre lo ocurrido.

Por ahí mismo, se opuso a la prosperidad de las pretensiones por encontrarlas infundadas y, blandió en su favor las siguientes excepciones perentorias: **i)** Ausencia de responsabilidad por parte de Coomeva EPS; **ii)** inexistencia de nexo causal; **iii)** inexistencia de daño; **iv)** inexistencia de responsabilidad por parte de Coomeva EPS S.A; **v)** tasación excesiva del perjuicio; **vi)** temeridad y mala fe; **vii)** inexistencia de responsabilidad extracontractual; **viii)** hecho o culpa exclusiva de un tercero; **ix)** cobro de lo no debido; **x)** inepta demanda; **xi)** indebida acumulación de pretensiones; **xii)** falta de legitimación en la causa por pasiva; **xiii)** la genérica.

2.3. Llamamientos en garantía. Integrado el contradictorio, se presentaron diversos llamamientos en garantía.

2.3.1. Coomeva llamó en garantía al Hospital Manuel Uribe Ángel. La llamante manifestó que la E.S.E. se obligó asumir sin solidaridad alguna con Coomeva la responsabilidad derivada de sus actos médicos. Situación última suficiente para llamarle en garantía y condenarle al reembolso cuando resultare procedente.

La llamada en garantía –por su parte-, dio respuesta tanto a la demanda como al llamamiento, para dejar claro que se atenía a lo probado en cuanto a la filiación de los demandantes, pero negó rotundamente la acusación sobre la impericia médica predicada en la demanda respecto de médico especialista de las calidades del cirujano Boris Pabón.

Así mismo, afirmó que no le constaba directamente la forma en la cual se había presentado el señor Martínez a la UBA Coomeva, como tampoco lo relativo a los hechos en los que se consignaron informaciones inconsistentes sobre apartados de la historia clínica del paciente, sobre quien aceptó la práctica de una cirugía de hernia discal, misma que, como cualquier intervención quirúrgica, representa peligros para la salud y la vida de quien se somete a ella.

Ahora, con respecto al tiempo de remisión, lo consideró como carga de la prueba en cabeza de la parte actora, al tiempo que le exigió la prueba que demuestre la falta de diligencia con la que afirma actuó tanto el equipo médico como el administrativo de la llamada en garantía en la atención del enfermo. Pero, asunto diferente es que la EPS es la responsable de los demás trámites para conseguir la remisión.

Así las cosas, aceptó que en efecto se había realizado la remisión del señor Martínez hasta al CES, en cuyo traslado se empleó una ambulancia medicalizada. Queda entonces planteado que todo lo realizado en la citada institución deberá analizarse bajo las notas de la historia clínica allí plasmadas. Por lo demás, lo narrado en la demanda a modo de conclusiones médicas, según afirmó la entidad llamada en garantía, devenía en un simple ejercicio de conjeturas sin fuerza probatoria alguna.

Finalmente, contestó la demanda principal, para alegar que existía un consentimiento informado debidamente diligenciado por el propio paciente y, en segunda medida, el protocolo de necropsia allegado con la demanda debía entenderse como básica prueba documental que por sí sola no constituye elemento determinante en la causalidad médica, máxime cuando no fue ordenada por ninguna autoridad.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso en su modalidad de mérito las siguientes excepciones: **i)** inexistencia de la obligación de indemnizar; **ii)** caducidad; **iii)** tasación excesiva de perjuicios. Sobre el llamamiento en garantía la entidad afirmó que Coomeva le remitía cada año una oferta mercantil y para ella resultaba un contrato de simple adhesión. Además, dejó claro que en la demanda se imputaba la responsabilidad a la UBA Coomeva como persona jurídica absolutamente distinta y con su propia personería jurídica.

Por ello, sin proponer excepciones de mérito en cuanto al llamamiento en garantía, adelantó trámite de excepciones previas por considerar que concurría una clara falta de jurisdicción si se atendía a su naturaleza de persona jurídica pública.

2.3.2. El Hospital Manuel Uribe Ángel llamó en garantía a la Previsora S.A. Compañía de Seguros (cfr. C 2do llamamiento). La llamante sostuvo que

existyía un contrato de seguros cuyo número de referencia era el 1002554 -vigente que para la época de los hechos narrados en la demanda-, razón suficiente para que la aseguradora fuera compelida al pago en el evento en que la entidad resultara encontrada civilmente responsable.

Vinculada entonces la Compañía citada en garantía, allegó escrito donde puso de presente que aceptaba la suscripción del contrato de seguro, sin que de ahí pueda derivarse una responsabilidad de su parte, pues es absolutamente claro que el contrato de seguro contiene unas condiciones generales y particulares que se erigían en el marco general de la relación y bajo cuyo texto deben analizarse las pretensiones.

Atendiendo entonces a lo expuesto, se propusieron como excepciones de mérito las que fueron rotuladas como **i)** inexistencia de la obligación de indemnizar; **ii)** suma asegurada para el amparo de responsabilidad civil profesional para instituciones médicas; **iii)** Deducible pactado para el amparo básico de responsabilidad civil extracontractual; **iv)** disponibilidad de la suma asegurada.

Todo ello resumible en que, como primera medida, era imposible condenar a reembolso alguno, si se tenía en cuenta que el reclamo no había sido presentado ante la aseguradora dentro de la vigencia de la póliza, aunque existía en todo caso una suma límite asegurada y finalmente el deducible era de forzoso pago en caso de una eventual responsabilidad civil profesional.

En cuanto a la demanda propuso las siguientes excepciones de fondo: **i)** ausencia de hechos que fundamenten las pretensiones de la demanda o "*no existe causa petendi frente a mi representada"* (cfr. fl. 36 2do llamamiento), **ii)** cumplimiento de las obligaciones contractuales y extracontractuales; **iii)** inexistencia de responsabilidad civil, **iv)** falta de nexo causal; **v)** la obligación de los servicios de salud es de medio mas no de resultados e, **vi)** indebida y exagerada tasación de los perjuicios.

2.3.3. Llamado en garantía de la ESE Manuel Uribe Angel al Doctor Boris Pabón Guerrero (cfr. 3er llamamiento). La ESE llamó en garantía al médico tratante en su calidad de profesional médico, quien en efecto intervino quirúrgicamente al señor Martínez, por lo que estimó que debía ser llamado al pago en caso de una eventual condena en contra de la E.S.E. atendiendo al

contrato de prestación de servicio existente entre los sujetos trabados en la relación de garantía.

El doctor Pabón Guerrero, a través de apoderado judicial, contestó tanto la demanda como el llamamiento en garantía (cfr. fls. 43-52 3er llamamiento), por lo que al asumir su defensa sostiene que toda cirugía conlleva riesgos inherentes como la muerte, en los que se debe resaltar la importancia de preexistencias médicas, como la radiculopatía del señor Jorge Hernán Martínez, la que a la postre lo llevó a someterse a una cirugía perfectamente ejecutada.

Además, sobre la cirugía, acotó el galeno que la misma se había practicado bajo los dictados de la ciencia y la literatura médica, pudiéndose ver como extraño en ella que la pequeña complicación se debía a la obesidad del paciente, a pesar de la cual fue posible ejecutarla con éxito y de ahí se siguió el manejo que continuó por cuenta del médico cirujano de turno en la E.S.E Manuel Uribe Ángel, en donde con ayuda del llamado en garantía -sin corresponderle legalmente hacerlo-, se logró su remisión al CES.

Por lo demás, era claro que los riesgos generales y particulares de la cirugía habían sido completamente informados al paciente, debiendo ellos tomarse como parte de un sangrado intrabdominal -pacíficamente aceptado como connatural al procedimiento practicado-, mismo que en todo caso resultó de imposible evitación, a contrario sensu de las conjeturas carentes de prueba que la parte actora lanzó en su contra.

En uso de los antepuestos argumentos se elevaron las excepciones de mérito rotuladas como **i)** Ausencia de culpa; **ii)** inexistencia del nexo causal y, **iii)** tasación excesiva del perjuicio. Conecta dichas excepciones con el hecho de que el médico sólo podía ser condenado si de su parte mediaba culpa aunada a los demás elementos de causalidad que necesariamente deben servir de unión con el daño.

3. De La sentencia de primera instancia. Fenecido el trámite del proceso previsto en el C. de P. C., incluido el decreto de pruebas, el juzgado Décimo Octavo Civil del Circuito, a donde fue a parar el proceso en virtud de las de las medidas de descongestión implementadas por C. S. de la J., dictó sentencia el pasado 07 de junio de 2016, en la que declaró no probadas las excepciones

planteadas por las sociedades demandadas. En consecuencia, halló responsable a la parte demandada EPS Coomeva S.A., por los perjuicios causados a los demandantes, no sin antes declarar la falta de legitimación de la Unidad Básica de Atención Coomeva Hospital Manuel Uribe Ángel.

En efecto, luego de referirse a los presupuestos que integran los elementos de la responsabilidad civil médica y las razones por las cuales la naturaleza de la entidad pública de la ESE no alteraba la competencia de la justicia ordinaria, concretamente, por aplicación del principio de la *perpetuatio jurisdictionis.* La funcionaria de primer grado encontró inicialmente que el contexto temporal dentro del cual se dice que se generaron los perjuicios irrogados a los demandantes, excluían la atención brindada al paciente por la UBA, entidad que, en enero 22 de 2006 atendió al paciente por un dolor en una de sus piernas. Advirtió entonces que las demás atenciones médicas le fueron brindadas en la ESE Hospital Manuel Uribe Ángel, descartando la participación de aquella entidad demandada, en la atención brindada al paciente motivo de la presente demanda.

Centró su estudio en la responsabilidad de la EPS Coomeva, punto en el cual, la funcionaria, refiriéndose al retardo en el traslado del paciente a un centro hospitalario de tercer nivel indicó que: *"…Queda entonces con ello para el Despacho un sinsabor cuando se analiza la historia clínica del paciente y puede corroborarse que en ese 18 de febrero la anestesia fue aplicada a las 7:40 AM, la cirugía comenzó a las 8:00 AM y finalizó a eso de las 12:00 M (sic) y, si la demandada era tan consciente de las necesidades de su paciente, suministrándole supuestamente el tratamiento adecuado para su padecimiento, sobrevive la cuestión sobre la demora para facilitar la tratativa realmente necesaria: su remisión a una institución con capacidad para atenderlo en términos de mayor complejidad…"*.

A lo anterior, sumó la funcionaria que: *"…si bien la sola falla en el traslado no alcanza para atribuir responsabilidad a la EPS, se convence el Despacho de que su condena obedece a ello y a la propia conducta del equipo médico dentro del acto quirúrgico propiamente dicho, pues claramente no puede la entidad exonerarse simplemente alegando que la operación la llevó a cabo un médico que prestaba sus servicios y no ella directamente porque eso atiende a simples razones lógicas tendientes a que las personas naturales son las ejecutoras de su objeto social…"*

Acorde a ello, partió la funcionaria supuestamente por compartir las conclusiones forenses que revelan una sección parcial de la arteria y vena iliaca derecha,

aludiendo a que el experto indicó que *"…el riesgo inherente en las cirugías como la aquí practicada fluctúa entre "0.1% y el 0.01 dependiendo de las diferentes series publicadas" (ibíd), y claro, eso se entiende porque en el comportamiento humano no puede hablarse de un cero o cien por ciento absoluto, pero tampoco puede caerse en el argumento falaz según el cual el universo es infinito y en determinado momento todo puede suceder…"*

En este contexto, se refirió al consentimiento informado, al protocolo de necropsia y al dictamen pericial, prueba técnica frente a la cual señaló inicialmente que *"…si bien el consentimiento informado que signó el propio fallecido se advirtió como riesgo general el de la "muerte (…) rara pero posible" y posteriormente como simplemente muerte" escrito en el campo de riesgo específico a mano alzada, lo cierto es que la causa de la responsabilidad civil no es la falta o inexactitud del consentimiento, pues la regla de excepción entra en operación ante riesgos injustificados y entre ellos están claramente el aumento de la posibilidad de un deceso por indebido uso de los instrumentos, una pobre técnica quirúrgica, deficiente maquinaria de apoyos, entre otros…"*

Seguidamente indicó: "…*no necesariamente se trata de un actuar intencionalmente dirigido a seccionar las venas del paciente, y así lo interpretó el médico forense cuando no identificó la pobre técnica médica como exclusiva causa de una sección de las arterias, pero claramente diferenció i) el procedimiento quirúrgico para corregir las hernias discales como la padecida por el fallecido; y ii) la mortalidad en esos casos aumentado en otro tanto por eventuales laceraciones. En otras palabras, una cosa es una corrección de hernia discal en condiciones normales en la que en términos de 0.1 a 0.001% puede verse comprometida la vena iliaca, y otra bien diferente es una intervención del mismo tipo cuando se causan laceraciones, fístulas o pseudoaneurismas.*

Frente a la prueba pericial anotó*: "…El peritaje rendido es ilustrativo para ello cuando al preguntarse sobre la causa de la lesión respondió el experto que "basado en las notas de historia clínica, no me queda clara la razón para que ocurriera la lesión en estos vasos durante la cirugía de la hernia discal (…) en ocasiones es complejo descubrir el sangrado de estos vasos durante la cirugía de hernia discal, pues el campo quirúrgico es muy reducido" (cfr. fl. 86 C pruebas conjuntas). En ese escenario, el único motivo que puede explicar que la vena iliaca del paciente hubiere aparecido seccionada es el propio acto quirúrgico llevado a cabo en la E.S.E Hospital Manuel Uribe Ángel por el neurocirujano Boris Pabón Guerrero.*

Para de ahí concluir que *"…se trataba de un paciente con unas condiciones relativamente normales de salud, salvo la hernia que lo aquejaba y motivó su intervención quirúrgica, pasaba además por una edad que desde la experiencia no enseña mayores problemas de salud connaturales a ella, excepto claro está los que sobrevinieren en la condición de ser humano que en todo caso no encontraron prueba fehaciente. Finalizando el raciocinio con que el tipo de lesión que le causó el shock hipovolémico fue secundario a una lesión producida en el acto médico cuya evolución no tuvo mayor tiempo que el necesario para desencadenar la muerte…"*

De este modo, pasó entonces la funcionaria a estudiar la prueba de los perjuicios y su monto, así, los perjuicios morales los halló acreditados en virtud del parentesco de los demandantes con el paciente fallecido, en tanto que, los perjuicios materiales como el lucro cesante y el daño emergente, optó por reconocerlo a favor de la codemandante Lina Marcela Carvajal Ossa, en virtud de la relación marital de ayuda mutua y esfuerzo común que la unía con el fallecido.

Consecuencialmente, optó por dilucidar las relaciones de los llamamientos en garantía, en donde inicialmente adujo que *"…como la E.S.E Hospital Manuel Uribe Ángel no propuso excepción alguna en contra del llamamiento en garantía, encontrándose la acreditación de los presupuestos de la pretensión de reembolso, no queda camino más que declarar su prosperidad…",* por consiguiente, se adentró al estudio del llamamiento en garantía que aquella entidad hospitalaria había realizado a la Previsora Compañía de Seguros S.A., de este modo, al encarar el estudio del clausulado para efectos de la reclamación que data de enero 30 de 2007, encontró ausencia de cobertura y de renovación de la póliza que amparara la responsabilidad civil de la ESE, señalando que el *"…llamante en garantía no probó que se hubiera firmado un anexo adicional para pactar un plazo adicional de cobertura…",* para de ahí concluir *"…que según la base reclamación no existe obligación de reembolso en cabeza de La Previsora S.A, máxime cuando no hay prueba sobre futuras renovaciones en cuya vigencia pueda encuadrarse la presente reclamación…"*

Finalmente, halló también próspero el llamamiento que la ESE Hospital Manuel Uribe Ángel le realizó al Dr. Boris Pabón Guerrero, en virtud a que la intervención quirúrgica que este galeno realizó fue coadyuvante causal del daño reclamado, conforme se había establecido al estudiar el dictamen pericial y el informe de necropsia que se allegó al plenario.

4. Del recurso de apelación. La sociedad codemandada Coomeva EPS y los llamados en garantía ESE Hospital Pablo Tobón Uribe y el Dr. Boris Leonardo Pabón Guerrero, impugnaron la sentencia. Así, concedido el recurso de apelación en primera instancia, el mismo fue admitido por la Sala Unitaria del Tribunal, seguidamente, se otorgó el término de rigor para la sustentación, el cual descorrieron las partes de la manera como pasa a compendiarse.

4.1. La inconformidad de Coomeva EPS radicó principalmente en que, la conducta del médico no es directa de la EPS, en la medida que esta debe contratar con una IPS y profesionales idóneos y autorizados para funcionar en el sistema, agregando que, a la postre, no logró probarse que hubiere existido falta de cuidado en los médicos tratantes y tampoco deficiencia en el servicio que requería de acuerdo a la condición que se iba presentando, pues siempre estuvo estabilizado y la remisión fue inmediata una vez se conoció la necesidad de la misma.

Que, no hay claridad en cuanto la funcionaria señala que desde las 12 del medio día -hora en la que terminó la cirugía y según la señora jueza-, se hubiese requerido el traslado del paciente, cuando hay prueba para determinar que la solicitud de remisión se recibió desde las 5 de la tarde e inmediatamente fue autorizada. Que la remisión tiene un protocolo de referencia y contra referencia por cumplir, como es conseguir sitio para traslado, la aceptación del mismo en la institución idónea, la estabilización del paciente, la ambulancia medicalizada, etc.

Que, en todo caso, no existe prueba de que el profesional que atendió al paciente rompiera o incumpliera con los protocolos de la *lex artis* utilizando maniobras de tipo culposo -como lo enuncia la funcionaria-, para cuya acreditación que logre el quiebre de la sentencia, solicita al Tribunal el estudio armonioso del material probatorio obrante en el proceso.

4.2. Por su parte, la ESE Hospital Manuel Uribe Ángel reitero su inconformidad frente a la falta de jurisdicción la cual correspondía a la Contenciosa Administrativa y sostiene como alegación la caducidad de la acción en su favor, dada su naturaleza jurídica de ser una entidad de derecho público, entidad descentralizada del orden municipal. Por lo demás, agregó que, al no haberse

declarado la responsabilidad de la EPS derivada de la atención quirúrgica practicada al paciente, no existía obligación de reembolso a su cargo.

Indicó, que la atención médica por la ESE para la atención del paciente Jorge Hernán Martínez Ángel se cumplió dentro del marco de la prudencia, diligencia y cuidado suficientes. Que la sección de vasos sanguíneos son riesgos inherentes a cualquier cirugía y puede presentarse incluso por las condiciones del paciente y que, de todas maneras no existe prueba de la causalidad entre la conducta desplegada por los médicos y el daño producido, reiterando que sin culpa no puede existir responsabilidad médica, para el efecto, hizo alusión al dictamen pericial y al protocolo de necropsia donde estima el censor, reposa la prueba que se procedió conforme lo ordenan los protocolos de la *lex artis*.

Recordó, por último, que conforme el régimen de responsabilidad médica, correspondía a la parte accionante la carga de probar los elementos de la misma, adicionalmente, indicó que no es ajeno a la práctica médica que un procedimiento registre complicaciones o hechos que desborden la capacidad instalada o habilitada en una IPS, requiriéndose la remisión intrahospitalaria y con ello el cumplimiento de protocolos de referencia y contra referencia.

4.3. El Dr. Boris Leonardo Pabón, por su parte, reiteró la necesidad de estudiar el elemento culpa en el acto quirúrgico, la cual de forma equivocada se subsumió en el nexo de causalidad, por lo que alude entonces a que no debe confundirse la causalidad material con la existencia de una causalidad jurídica que permita conectar una conducta culposa del galeno con el daño reclamado.

Reiteró que el dictamen pericial y el informe de necropsia da cuenta que la que sección parcial de la arteria y vena iliaca derecha son riesgos inherentes a la cirugía, aunque de rara ocurrencia. Que la sentencia de primera instancia desconoce sin ningún sustento científico la obesidad del paciente que hizo técnicamente más complejo el acto quirúrgico.

Que la funcionaria reconoce la responsabilidad de Coomeva EPS por la tardía remisión del paciente, pero extrañamente deja de valorar esa circunstancia como elemento determinante del deceso del señor Jorge Hernán Martínez, desconociendo además que los médicos ordenaron la remisión -como era lo

indicado- y que, de ahí en adelante se deben surtir trámites administrativos que le son ajenos.

Finalizó señalando que se incurrió en una serie de errores en la liquidación de los perjuicios, entre otros, las fechas y nombres de quienes van a recibir la indemnización, aunado a que el lucro cesante futuro se debe liquidar por la expectativa de vida y en este caso no existe prueba para determinar la expectativa de vida de la señora Lina Carvajal.

Con fundamento en lo anterior, solicitaron los apelantes revocar la sentencia de primera instancia y condenar en costas a la parte demandante.

Pasa ahora el Tribunal a resolver de fondo el recurso contra la sentencia, para lo cual hace un recuento breve sobre los lineamientos necesarios para que se configure la responsabilidad demandada, para así poder concluir si la figura está presente o no en el caso bajo cuerda.

II. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales. Cumplidos como se encuentran los presupuestos procesales y, atendido a que la apelación fue interpuesta en tiempo, así como que el recurso fue bien concedido y admitido, se estima que la Sala ha adquirido competencia para despachar el presente asunto en segunda instancia.

1.1. Sobre la falta de jurisdicción y la caducidad en su favor alegadas por la ESE Hospital Manuel Uribe Ángel. Por técnica del fallo, delanteramente se abordará el punto concerniente a la falta de jurisdicción alegada por el Hospital llamado en garantía. Recordemos entonces que el título VI capítulo III del C. de P. C. vigente para el momento de la presentación de la demanda regulaba el llamamiento en garantía y la denuncia del pleito, que para el trámite del primero se ajustarán a las reglas que establezcan los artículos 55 y 56 del Estatuto Procedimental Civil.

Varias condiciones se derivan del mentado artículo para que proceda el llamamiento en garantía, entre ellas tenemos, que se expongan los hechos en que se apoya la citación del tercero y los fundamentos de derecho que sustenten la actuación, los cuales tienen por finalidad establecer los extremos y elementos

de la relación sustancial que se solicita sea definida por el juez, y de otro lado, ofrecer un fundamento fáctico y jurídico mínimo del derecho legal o contractual en que se apoya el llamamiento en garantía que se formula, en orden a que el uso de ese instrumento procesal sea serio, razonado y responsable y, al propio tiempo, se garantice el derecho de defensa de la persona que sea citada en tal condición al proceso, es por ello que, desde hace tiempo se ha sostenido que quien solicita el llamamiento en garantía debe cumplir con la carga procesal de acompañar prueba siquiera sumaria del **derecho legal o contractual** que le permitiría pedir al llamado la indemnización del perjuicio que llegara a sufrir.[1]

Frente a estos últimos requisitos, se tiene dicho por doctrina y jurisprudencia, que el punto que debe analizar el juez para resolver la procedencia del llamamiento, es el de la existencia del interés jurídico económico de fuente **legal o contractual**, sin que estos se excluyan, por el contrario, bien podrían concurrir entre unas mismas partes, como sería el caso en que el llamante fundara su llamado en la causación de un daño por quien cita**, fuente legal** de obligación según el artículo 2341 del C. Civil, y a la vez acreditara la existencia de un contrato donde medie una posición de garante en una obligación desplegada en razón de sus funciones, fuente contractual (Art. 1494 del C. Civil). Lo importante, en cualquiera de los dos casos, es la identificación de la fuente que habilita el llamado, y la prueba sumaria en la que se respalda la citación.

En el *sub lite,* de la revisión de la documentación adosada junto con el escrito genitor de la *litis,* se tiene que el Dr. Boris Pabón Guerrero presta sus servicios profesionales en la EPS Coomeva y en el Hospital llamado en garantía y es justamente quien atendió al señor Jorge Hernán Martínez Ángel, y en esta circunstancia es que se sustenta el llamamiento en garantía realizado por Coomeva EPS, aunque a la par se presenta la existencia del contrato comercial para la venta de servicios de salud que una a la llamante y a la llamada, cuyos términos obran a folios 5 y 23 del cuaderno del primer llamamiento en garantía, razón por la cual no se admite discusión sobre la existencia legal y contractual que soporta el llamamiento.

[1] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp 25000-23-26-000-2001-0931-01(22643)

Ahora, se destaca cómo el juzgado de conocimiento fue contundente y preciso en explicar con argumentos que al presente caso cabía aplicar los artículos 194, 195 y 197 de la ley 100 de 1993, siendo contundente el artículo 195.6 que en materia contractual se regirá por el derecho privado, al tiempo que el decreto 1876 de 1994 –aclarado por el decreto 1621 de 1995-, dejó claro que no sólo debían las ESE contratar bajo normas de derecho privado, sino que también lo harían *"sujetándose a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas sobre la materia"* (art. 16 ibid.).

Pero fue más allá el juzgado en sus argumentos, pues se acogió al amparo del artículo 21 del entonces vigente CPC que reza: *"La competencia no variará por la intervención sobreviniente de personas que rengan fueron especial o porque éstas dejaren de ser parte en el proceso, salvo cuando se trate de agentes diplomáticos acreditados ante el Gobierno Nacional".*

Como el tema ha suscitado mucha polémica es por lo que no sobra advertir que para la época en que se presentó la demanda (30 de enero del 2007), no existía mucha controversia en cuanto que frente a la responsabilidad médica estaba muy claro que si una de las demandadas directas era una entidad de derecho público la competencia era de la jurisdicción contenciosa y cuando las demandadas directas eran entidades privadas la competencia era de la justicia ordinaria en la especialidad civil; sin embargo, con el advenimiento y vigencia de la ley 712 del 2001, se dispuso que las controversias del sistema de seguridad social en salud que se presentaran entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan, estarían a cargo de la jurisdicción ordinaria laboral, sin hacer excepción alguna.

Sin embargo, la norma generó mucha controversia en materia de competencia jurisdiccional para conocer de las demandas por responsabilidad médica, puesto que hasta ese momento era pacífico que dicha competencia correspondía a la jurisdicción administrativa cuando estaba involucrada una entidad pública, pero si era un asunto que enfrentaba a particulares, lo conocía la jurisdicción civil.

Pero vino la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia a crear su línea jurisprudencial a través de 5 precedentes desde el año 2007 a 2010, para asumir que de acuerdo con la citada ley, la competencia de la jurisdicción ordinaria en

su especialidad laboral también comprendía las obligaciones derivadas de la responsabilidad médica contractual y extracontractual civil y del Estado, haciendo una única salvedad y eran las derivadas del servicio de salud prestado a quienes no estuvieran afiliados o vinculados al sistema, cuya competencia era de la jurisdicción administrativa.

Pero de inmediato no se hizo esperar la réplica de la jurisdicción contenciosa, siendo así como el Consejo de Estado a través de las Sentencias del 19 de septiembre de 2007, y 24 de abril del 2008 –entre otras-, señaló que ***"los temas de responsabilidad extracontractual derivada de la prestación de servicios médicos en entidades públicas competían a la jurisdicción contencioso administrativa y no a la laboral"***. La misma discusión se presentó entre las salas Laboral y Civil de la CSJ, definiendo esta última, que era ella a quien le correspondía, en forma privativa, exclusiva y excluyente conocer de dichos asuntos con excepción de los atribuidos a la jurisdicción administrativa y la jurisdicción laboral en materia de seguridad social integral, en cuanto al régimen económico prestacional y asistencial.

Como puede verse, se tenían tres posiciones diferentes sobre la competencia de la responsabilidad médica, tema de interés porque no se olvide que ante la jurisdicción administrativa el término de caducidad de la acción es de dos años.

Afortunadamente la discusión fue resuelta por Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso) en su artículo 625 numeral 8, al definir que la competencia de los jueces para conocer de los asuntos respecto de los cuales ya se hubiere presentado la demanda, no se alteraba *(pertetuatio jurisdictionis),* salvo los procesos de responsabilidad médica que para dicha fecha se tramitaban ante los jueces laborales, debiendo ser remitidos a jueces civiles, en el estado en que se encontraran. Dicha disposición fue demandada ante la Corte Constitucional, órgano que recientemente en Sentencia C-756/13 definió su exequibilidad, explicando que *"la modificación de competencia para conocer de los procesos de responsabilidad médica en curso, pretende resolver una incertidumbre en torno al ramo de la justicia ordinaria que tenía a su cargo atribución de resolver los procesos por responsabilidad médica que no fueran de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, provocada de una parte, por la legislación procesal, pero también, por un conflicto entre la justicia laboral y la civil respecto de esa cuestión."*

Hasta aquí ha quedado claro que en la actualidad la competencia para conocer de la responsabilidad civil médica contra entidades privadas es de la justicia

ordinaria en su especialidad civil, mientras que dicha competencia la tiene la jurisdicción contenciosa administratriva cuando existe al menos como demandado una entidad de derecho público y así lo dejó ver la misma Corte Constitucional en reciente decisión tomada en auto 646/21 del 8 de septiembre, del cual se cita lo siguiente:

"26. Regla de decisión. El siguiente cuadro sintetiza las reglas de decisión aplicables a los conflictos de jurisdicciones que se suscitan entre, de un lado, la jurisdicción ordinaria, en su especialidad civil y, de otro, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en relación con demandas de responsabilidad médica.

Competencia para conocer demandas de responsabilidad médica
I. Premisa general. La competencia para conocer procesos de responsabilidad médica debe determinarse a partir de dos criterios o factores: (i) el criterio orgánico de competencia y (ii) el factor de conexidad o fuero de atracción. *II. Factores o criterios para determinar la competencia en casos de responsabilidad médica.* *1. El criterio orgánico. En virtud del criterio orgánico:* *(i) La competencia para conocer los procesos de responsabilidad médica será de la jurisdicción ordinaria, en su especialidad civil, si la entidad demandada es privada.* *(ii) La competencia para conocer los procesos de responsabilidad médica será de la jurisdicción de lo contencioso administrativo si la entidad demandada es pública, independientemente de la relación entre la entidad prestadora del servicio de salud y sus afiliados o beneficiarios[48].* *(iii) El criterio orgánico es insuficiente para determinar la jurisdicción competente para conocer demandas de responsabilidad médica en las que se demanda de forma simultánea a entidades públicas y privadas. En estos casos es necesario acudir al factor de conexidad o fuero de atracción.* *2. El fuero de atracción.* *(i) Definición. El fuero de atracción es un fenómeno procesal en virtud del cual la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo se extiende a personas de derecho privado cuando estas son demandadas de forma concomitante con entidades públicas.* *(ii) Aplicación del fuero de atracción. El fuero de atracción no opera de forma automática. El Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura han establecido algunos criterios orientadores para su aplicación, es decir, para determinar si la jurisdicción de lo contencioso administrativo debe asumir o no el conocimiento de la controversia en estos casos. Al respecto, han señalado que los jueces deben verificar que:* *a) Los hechos y la causa que fundamentan la eventual responsabilidad de los sujetos de derecho privado y las entidades estatales son los mismos.* *b) Los hechos, las pretensiones y las pruebas que obran en el expediente permiten inferir razonablemente que existe una probabilidad "mínimamente seria" de que las entidades estatales serán condenadas.* *c) El demandante haya planteado fundamentos fácticos y jurídicos para imputar el daño antijurídico a la entidad estatal. En este sentido, deben existir suficientes elementos de juicio que permitan concluir, por lo menos prima facie, que las acciones u omisiones de la entidad estatal demandada fueron, al menos, "concausa eficiente del daño".*

III. CASO CONCRETO

27. La Sala Plena considera que la jurisdicción ordinaria civil es la competente para conocer el caso que suscita el conflicto sub examine. Esto es así, por tres razones.

28. Primero, en el caso bajo estudio las entidades responsables de prestar los servicios de salud al señor González Mayorga eran IPS y EPS privadas. La Sala Plena advierte que los

hechos planteados extensamente en la demanda dan cuenta de que el accionante busca demostrar que el señor Jaime González Mayorga presuntamente adquirió una infección nosocomial o intrahospitalaria en las IPS demandadas[49] −que tienen naturaleza privada− y a las cuales acudió con fundamento en la cobertura de servicios de la EPS −entidad que también es privada− a la cual estaba afiliado. De este modo, es prima facie razonable concluir que, de acuerdo con lo afirmado por el accionante, el daño alegado podría haberse derivado de las acciones y omisiones de las referidas entidades privadas.

29. Segundo, la imputación de responsabilidad por omisión a las entidades públicas demandadas se sustenta de forma exclusiva en las funciones de inspección, vigilancia y control[50] que estas tienen respecto de las IPS privadas en las que fue atendido el señor González Mayorga (imputación jurídica). La simple imputación jurídica no es suficiente para que opere el fuero de atracción, dado que se reitera, deben existir fundamentos fácticos que también sustenten la eventual responsabilidad de la entidad estatal demandada.

32. Tercero, una revisión preliminar de las pruebas que obran en el expediente no permite concluir, siquiera prima facie, que las entidades públicas concurrieron de forma eficiente en la causación del daño. Por el contrario, pese a la enunciación genérica de la presunta omisión de las entidades públicas de ejercer sus funciones de inspección, vigilancia y control, un análisis inicial del hecho dañino y el nexo causal permiten concluir que, en principio, no existe una probabilidad mínimamente seria de que las entidades públicas sean condenadas.

Pero si no bastara el anterior argumento, resulta claro que para la época de la presentación de la demanda no había controversia en cuanto si se reclamaba una responsabilidad civil médica a una entidad privada (EPS, IPS o ARL), el juez competente era únicamente el juez civil y solamente cuando siquiera alguna de las demandadas directas era una entidad de derecho público la competencia era de la jurisdicción contenciosa administrativa, En consecuencia, si solamente fueron demandadas en su momento dos entidades de naturaleza privada como lo son COOMEVA EPS Y LA UBA COOMEVA MANUEL URIBE ÁNGEL, mientras que el Hospital Uribe Ángel solamente vino a ser vinculado como tercero a través del llamamiento en garantía, entonces, bajo ese entendido la competencia también era del juez civil, sin que la vinculación como tercero del Hospital Manuel Uribe Ángel hubiera tenido la posibilidad de modificar la competencia, como lo disponía el artículo 21 del CPC vigente para esa época.

Y, si en gracia de discusión se sostuviera una posición contraria, de todas maneras, el juez civil seguiría conservando la competencia por aplicación del principio de la **“perpetuatio jurisdictionis”,** como bien lo explicó el juzgado de conocimiento, con apoyo en varias citas jurisprudenciales del Consejo Superior de la judicatura –Sala disciplinaria- (f. 499 vto.). En conclusión y, así las cosas, estuvo bien resuelta la inquietud sobre una supuesta falta de jurisdicción y por eso el tribunal tiene competencia para asumir el estudio de fondo del asunto y sin que pueda ser atendida la aplicación de la caducidad en favor de la llamada en garantía ESE Hospital Manuel Uribe Ángel, misma que solamente cabe ser aplicada en la jurisdicción contenciosa porque es en tales estatutos que está

contemplada, sin que pueda extrapolarse para su aplicación a un asunto meramente civil.

2. Antes de resolver el recurso, veamos algunas consideraciones acerca del instituto jurídico en cuestión.

3. De la responsabilidad civil médica. En términos generales, para que se configure una responsabilidad civil, en su modalidad de contractual o extracontractual, aparte de la prueba del contrato para la primera, deben reunirse tres requisitos esenciales para ambas, como son: el daño antijurídico, el hecho culposo y el nexo de causalidad.

Dichos elementos no son ajenos a la responsabilidad médica, sino que, por el contrario, requieren concurrir, para que tenga cabida la obligación de indemnizar, junto con el contrato de salud, en los casos en que haya mediado uno, surgiendo para el personal médico, el deber de poner al servicio de su paciente-contratante, todos sus conocimientos científicos y las técnicas para restablecer su salud, dentro de lo cual se comprende el utilizar los equipos e instrumentos adecuados para un correcto diagnóstico y posterior tratamiento de la enfermedad, elaborar correcta y pormenorizadamente la historia clínica, todas las cuales, son obligaciones de la naturaleza del contrato que no requiere cláusula escrita.

Para estos efectos, hemos de aclarar entonces que, en la prestación del servicio médico ofrecido por el SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (SGSS) intervienen, entre otros:

3.1. Las EPS *"son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el título III de la presente Ley."*

Según el artículo 178 de la ley 100 de 1993, específicamente están obligadas a: ***3. Organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus***

familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional (…) 6. Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.

Además, según el artículo 156 ib. a: *e) Las Entidades Promotoras de Salud tendrán a cargo la afiliación de los usuarios y la administración de la prestación de los servicios de las Instituciones Prestadoras. Ellas están en la obligación de suministrar, dentro de los límites establecidos en el numeral 5 del artículo 180, a cualquier persona que desee afiliarse y pague la cotización o tenga el subsidio correspondiente, el Plan Obligatorio de Salud, en los términos que reglamente el gobierno*.

Todas las EPS tienen la obligación de contar -como parte de la red asistencial-, con una red de prestadores de servicios debidamente acreditada, propia o contratada, pública o privada, que garantice las atenciones en salud. Los ciudadanos pueden acoger libremente la EPS que deseen y los servicios de salud serán prestados por una IPS.

En lo tocante con la responsabilidad directa de las EPS, cabe citar la casación del 22 de julio de 2010, en cuanto precisó que:

> *"En tratándose **de la responsabilidad directa** de las referidas instituciones, con ocasión del cumplimiento del acto médico en sentido estricto, es necesario puntualizar que ellas se verán comprometidas cuando lo ejecutan mediante sus órganos, dependientes, subordinados o, en general, mediando la intervención de médicos que, dada la naturaleza jurídica de la relación que los vincule, las comprometa. En ese orden de ideas, los centros clínicos u hospitalarios incurrirán en responsabilidad en tanto y cuanto se demuestre que los profesionales a ellas vinculados incurrieron en culpa en el diagnóstico, en el tratamiento o en la intervención quirúrgica. Por supuesto que, si bien el pacto de prestación del servicio médico puede generar diversas obligaciones a cargo del profesional que lo asume, y que atendiendo a la naturaleza de éstas dependerá, igualmente, su responsabilidad, no es menos cierto que, en tratándose de la ejecución del acto médico propiamente dicho, deberá indemnizar, en línea de principio y dejando a salvo algunas excepciones, los perjuicios que ocasione mediando culpa, en particular la llamada culpa profesional, o dolo, cuya carga probatoria asume el demandante, sin que sea admisible un principio general encaminado a establecer de manera absoluta una presunción de culpa de los facultativos (sentencias de 5 de marzo de 1940, 12 de septiembre de 1985, 30 de enero de 2001, entre otras).".*

Dichas consideraciones quedaron igualmente plantadas en el pronunciamiento que hizo la Corte Suprema de Justicia[2] en reciente sentencia, donde realizó un

[2] CSJ el 30 de septiembre del 2016, M. P. Ariel Salazar, -radicado SC13925-2016-

juicioso análisis de la responsabilidad sistémica de las personas jurídicas, para concluir que, en los casos de responsabilidad médica, las EPS responden como si la falla del servicio médico hubiera sido obra suya. Destáquese de aquella providencia lo siguiente:

> *"Se ha afirmado líneas arriba que la atribución de un daño a un sujeto como obra suya va más allá del concepto de causalidad física y se inserta en un contexto de imputación en virtud de la identificación de los deberes de acción que el ordenamiento impone a las personas.*
> *Uno de esos deberes es el que la Ley 100 de 1993 les asigna a las empresas promotoras de salud, cuya «función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados (…)». (Art. 177)*
>
> *Además de las funciones señaladas en esa y en otras disposiciones, las EPS tienen como principal misión organizar y garantizar la atención de calidad del servicio de salud de los usuarios, por lo que los daños que éstos sufran con ocasión de la prestación de ese servicio les son imputables a aquéllas como suyos, independientemente del posterior juicio de reproche culpabilístico que llegue a realizar el juez y en el que se definirá finalmente su responsabilidad civil.*
> *Luego de quedar probado en un proceso que el daño sufrido por el paciente se originó en los servicios prestados por la EPS a la que se encuentra afiliado, es posible atribuir tal perjuicio a la empresa promotora de salud como obra suya, debiendo responder patrimonialmente si confluyen en su cuenta los demás elementos de la responsabilidad civil."*

Por lo tanto, las EPS son responsables por cualquier incumplimiento de su deber de garantizar la calidad y eficiencia de los servicios de salud, sin que importe para ello si lo prestan directamente o por intermedio de Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) que hacen parte de su red de servicios o de profesionales de la medicina vinculados a estas. En consecuencia, si la deficiente prestación del servicio de salud causa daño al paciente o a sus familiares, la EPS está obligada a indemnizarlo

3.2. Siguiendo esa misma línea, encontramos que las **IPS** son las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, (hospitales, clínicas, centros de salud, consultorios, laboratorios, etc.), contratadas por la EPS o de su grupo. El usuario puede escoger la IPS de su elección, dentro de la lista que le ofrece la EPS. También puede suceder que una IPS que no le pertenece, ni con la cual tenga contrato previo la EPS, le presta el servicio de salud al afiliado a la EPS.

3.3. Por su parte, **El médico** que es la persona natural que tiene como profesión la medicina y presta un servicio, obvio, profesional dirigido a mantener y recuperar

la salud humana mediante el estudio, el diagnóstico y el tratamiento de la enfermedad o lesión del paciente.

4. Alcance y aplicación de la carga dinámica de la prueba. Se ha discutido doctrinariamente, si el contrato de prestación de servicios médicos genera obligaciones de medio o de resultado, para concluir que el médico no puede garantizar a ciencia cierta un resultado, por lo que es el paciente quien corre con la carga de la prueba para demostrar esa relación de causalidad entre el acto culposo del médico y el resultado dañoso. Pero de antes la jurisprudencia y ahora el art. 167 del CGP, han permitido y justificado que en algunos casos de compleja demostración de la responsabilidad galénica, pueda el juez relevar a la víctima de tan difícil y a veces imposible tarea probatoria, el estimar que el paciente en muchas circunstancias puede estar ajeno a lo que pasa en el interior de un quirófano, ora por su estado de inconsciencia, ora por su estado cultural para comprender un procedimiento de alto contenido científico, etcétera, invirtiendo así la carga de la prueba que queda en cabeza de la entidad hospitalaria o del médico demandado, no obstante, **no puede confundirse la carga dinámica de la prueba con la inversión de la carga de la prueba**, cosas bien distintas, como que en aquella situación ha de prevenírsele al demandado que pruebe él, sin que eso implique una inversión de la carga de la prueba que conlleve a una presunción de culpa al final del periodo probatorio, como adoptando la premisa de que como al demandante le fue imposible probar la culpa y por el otro lado tampoco se demostró una culpa, entonces, debe presumirse que existió culpa de parte de la institución prestadora de salud o del médico tratante, posición jurídica que no solamente violaría el derecho de defensa y el debido proceso, sino que desconocería que, *"por antonomasia"*, la práctica de la medicina conlleva riesgos imponderables en cualquiera de sus etapas de ejecución.

Esas razones permiten acoger entonces la teoría de la carga dinámica de la prueba, lo que significa que corresponde aportarla a quien esté en mejores condiciones de hacerlo; por lo que en algunos casos viene a ser el médico quien se halle en mejores condiciones de probar, por ejemplo, que en el acto médico actuó con diligencia, cuidado, pericia, con la aplicación de las técnicas científicas adecuadas del momento y que informó debidamente al paciente de los pormenores y riesgos previstos o que no le pudo hacer o dar la información adecuada, pues, sería el mismo galeno quien asume el deber de hacer todos los

registros del acto medical en la historia clínica, incluidas las evaluaciones y diagnósticos de antes, durante y después del acto médico realizado.

A este propósito, bien puede afirmarse que el consentimiento informado es un presupuesto y elemento de la *lex artis*, *"…que en términos generales, lo que se persigue con la ejecución del débito informativo, es que el médico sabedor del desconocimiento técnico-científico por parte de su paciente - in actuos o in futurum-, le suministre oportuna y fidedigna información que objetivamente, le permita identificar o elucidar una serie de aspectos para él cruciales y decisivos y, de paso, así sea de alguna manera, paliar la desigualdad existente en lo que a ilustración técnica y científica concierne, todo con fundamento en el acrisolado concepto de la buena fe*"[3] para que el paciente, advertido de los pormenores del procedimiento médico y sus probables secuelas, voluntariamente se someta al mismo.

Empero, como ya lo ha advertido la jurisprudencia, no puede llegarse al extremo de exigir que se consignen en el «*consentimiento informado*» situaciones extraordinarias que, a pesar de ser previsibles, tengan un margen muy bajo de probabilidad que ocurran. La Corte en SC de 17 de noviembre de 2011, rad. 1999-00533-01, reiterada en sentencia **SC9721-2015,** precisó al respecto que

> *El médico, en efecto, "no expondrá al paciente a riesgos injustificados", suministrará información razonable, clara, adecuada, suficiente o comprensible al paciente acerca de los tratamientos médicos y quirúrgicos "que puedan afectarlo física o síquicamente" (art. 15, Ley 23 de 1981), la utilidad del sugerido, otras alternativas o su ausencia, el "riesgo previsto" por reacciones adversas, inmediatas o tardías hasta el cual va su responsabilidad (artículos 16, Ley 23 de 1981 y 10, Decreto 3380 de 1981), deber que cumple "con el aviso que en forma prudente, haga a su paciente o a sus familiares o allegados, con respecto a los efectos adversos que, en su concepto, dentro del campo de la práctica médica, pueden llegar a producirse como consecuencia del tratamiento o procedimiento médico" (artículo 10, Decreto 3380 de 1981) y dejará constancia "en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto o de la imposibilidad de hacerla" (artículo 12, Decreto 3380 de 1981).*
>
> *(…)*
>
> *Para la Sala, la omisión de la obligación de informar y obtener el consentimiento informado, hace responsable al médico, y por consiguiente, a las instituciones prestadoras del servicio de salud, obligadas legalmente a verificar su estricta observancia, no sólo del quebranto a los derechos fundamentales del libre desarrollo de la personalidad, dignidad y libertad, sino de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales causados a la persona en su vida, salud e integridad sicofísica a consecuencia del tratamiento o intervención no autorizado ni consentido dentro de los parámetros legales según los cuales, con o sin información y*

[3] JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. "Responsabilidad civil médica". Colección Ensayos N" 8. Pontificia Universidad Javeriana. Pág. 224

consentimiento informado, "[l]a responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto" (artículo 16, Ley 23 de 1981), salvo si expone al "paciente a riesgos injustificados" (artículo 15, ibídem), o actúa contra su voluntad o decisión negativa o, trata de tratamientos o procedimientos experimentales no consentidos expressis verbis, pues en tal caso, el médico asume los riesgos, vulnera la relación jurídica y existe relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño.

Así las cosas, no es tan cierto que los médicos al informar al paciente sobre los riesgos, deban consignar por escrito todos los detalles de sus explicaciones, ya que hasta se puede informar verbalmente al paciente sobre los riesgos del procedimiento que se le va a practicar, pues nuestra legislación no exige que esa prueba sea tarifada, sólo que si se hace por escrito es mucho más fácil su prueba, sin que en el escrito tenga que constar al detalle lo que se le explicó al paciente, como en este caso, que al informarle al paciente sobre una posible complicación y efectos secundarios, ya ahí está contenida toda la causalidad referida al tema, claro está, sobre los riesgos comunes y que nuca sobre los rarísimos o poco comunes, para lo cual está exonerado el galeno de obtener el consentimiento informado.

5. El debate judicial. Para analizar inicialmente el estado de presanidad del paciente, previo a practicársele el procedimiento quirúrgico denominado *"microdiscoidectomía"* y *"laminectomía"* en la zona lumbosacra, nos remitimos a lo consignado en la historia clínica desde el pasado **22 de septiembre de 2005** (cfr. fl. 109 cd ppal), esto es, cinco meses antes de que se le realizaran aquellos procedimientos quirúrgicos.

A partir de dicho historial médico, se observa que el señor Jorge Hernán Martínez Ángel, fue valorado inicialmente por cirugía general, en aquel entonces, debido a un fuerte dolor de espalda que lo aquejaba, el cual fue descrito así *"…dolor en zona lumbar punzante, no irradiado que empeora con los cambios de posición…presenta dolor al palpar músculos lumbares, aumento del tono…"* (cfr. fl. 91 cd ppal), para ese momento, recibió un diagnóstico fue de ***"Lumbago"***, el que le generó una incapacidad de tres días y tratamiento ambulatorio con medicamento como diclofenaco.

No cabe duda que estos síntomas, los que necesariamente venía generando dolor y dificultades al caminar del paciente, ameritó la consulta por parte del señor Jorge Hernán Martínez Ángel con médicos especializados, como ortopedistas y

neurocirujanos, por lo que aquél especialista, para el **13 de febrero de 2006**, describió en la historia clínica los siguientes hallazgos *"masculino con cuadro de 20 días de dolor lumbosacro irradiado hasta el tobillo por la región posterior del miembro inferior derecho, **sin parestesias**…"*, el diagnóstico entregado para esta calenda ya fue de ***"Ciatalgia"* (dolor que irradia a lo largo del trayecto del nervio ciático).** Pese a que en ese momento la conducta a seguir continuó siendo ambulatoria, esta vez, con analgésicos, la recomendación del ortopedista fue valoración por neurocirugía. Previo a ello, se observa que el paciente regresó a consulta al día siguiente, es decir, el **14 de febrero de 2006**, debido a que *"…el dolor no lo deja dormir y no le sirvió para nada la droga ordenada, el dolor es desde el glúteo hasta el talón que se aumenta con los cambios de posición…como si estuviera mancado, no le permite la marcha normal…"* (cfr. fl. 91 vto. cdno ppal), se dejó igualmente consignado la necesidad de valoración del paciente por la especialidad de neurocirugía debido a la presencia de *"ciática"* o *"radiculopatía"*.

En efecto, al ser valorado por el experto neurocirujano Dr. Boris Pabón Guerrero, ese mismo 14 de febrero de 2006, observó intensificación de dolor con limitación de la marcha, ordenando entonces la hospitalización del paciente y la práctica de una resonancia magnética (RM) simple de columna. Entre los días 15 y 17 de esa misma anualidad se manejó el paciente con morfina, debido al aumento progresivo del dolor, fecha para la cual el neurocirujano contaba con los resultados de la resonancia que arrojó el siguiente hallazgo: *"extensión discal L5-S1, con fragmento colgado interiormente y compresión de L5 -S1 der., se observa L5-S1 edematizada y con gran componente inflamatorio…"* (cfr. fl. 95 cd. ppal), más adelante, luego de analizar la conducta a seguir, determinó la necesidad de la respectiva intervención quirúrgica denominada laminectomía y microdiscoidectomía -según consta en la epicrisis levantada por dicho especialista-.

Según la ciencia médica especializada, el procedimiento de microdiscoidectomía es aquel mediante el cual: *"…se extrae una pequeña parte del hueso sobre la raíz nerviosa y/o material del disco por debajo de la raíz nerviosa para aliviar el pinzamiento neural y ofrecer más espacio para que sane el nervio …Una microdiscectomía generalmente se realiza para una hernia de disco lumbar y es en realidad más eficaz para tratar el dolor de pierna (también conocido como radiculopatía) que la lumbalgia y pinzamiento de la raíz nerviosa (compresión) puede causar dolor importante en la pierna. Si bien es posible que se necesiten semanas o meses para que la raíz nerviosa sane por completo y mejore cualquier entumecimiento o debilidad, los pacientes*

normalmente sienten alivio de dolor de pierna casi de inmediato después de una cirugía de columna mediante microdiscectomía…"[4].

Por su parte, el procedimiento denominado laminectomía, consiste en *"…una cirugía que crea espacio mediante la extracción de la lámina (la parte posterior de la vértebra que cubre el conducto vertebral). También conocida como cirugía de descompresión, la laminectomía agranda el conducto vertebral para aliviar la presión sobre la médula espinal o los nervios. Por lo general, a esta presión la causa el crecimiento excesivo del hueso dentro del conducto vertebral, lo que puede suceder en pacientes con artritis en la columna vertebral. Estos crecimientos excesivos a veces se denominan espolones óseos, pero son un efecto secundario normal del proceso de envejecimiento en algunas personas. Se suele recurrir a la laminectomía solo cuando los tratamientos más conservadores (como medicamentos, fisioterapia o inyecciones) no lograron aliviar los síntomas. La laminectomía también puede recomendarse si los síntomas son graves o si empeoran drásticamente…".*

5.1. En este punto concluye anticipadamente la Sala que: **i)** el diagnóstico de la ciática o radiculopatía que ameritó la cirugía en la columna -zona lumbar y cervical-, no provino de forma caprichosa y unilateral del médico que practicó finalmente la cirugía; **ii)** de forma objetiva se acreditó la presencia de un fragmento compatible con una hernia de núcleo pulposo, diagnóstico confirmado por un especialista de la rama de la neurocirugía, quien aprobó como tratamiento los aludidos procedimientos. Luego, el proceder del médico tratante quien finalmente practicó la cirugía el 18 de febrero de 2006 no es incorrecta a la luz de la ciencia médica, como que tan siquiera la parte demandante se atrevió afirmar que el paciente fue sometido a un procedimiento innecesario.

5.2. Sin embargo, la queja constante de los demandantes y que es negada a partir del recurso de apelación, indica que es precisamente a partir de este procedimiento quirúrgico, que se presentó la vulneración de las reglas propias del ejercicio de la medicina, como que, a voces del demandante la muerte del paciente ***"…es imputable a la actuación de médico tratante y a la negligencia de la EPS y la Unidad Básica de Atención Coomeva para conseguir oportunamente la ambulancia para el traslado a un hospital de mayor nivel…"*** (cfr. fl. 5 cdno ppal), en otro aparte de su demanda, concretamente, en el hecho décimo tercero, se duele el demandante de la falta de suficiencia del consentimiento informado, arguyendo para el efecto, que el formato fue preelaborado y, después de firmado,

[4] Recuperado de https://www.spine-health.com/ **Cirugía de columna mediante microdiscectomía (microdescompresión) Dr. Peter Ullrich, MD**

a mano alzada, se le agregó el riesgo *"muerte"* a lo que agregan que, de todas maneras, su familiar les contó que el médico no le mencionó que su muerte podría ocurrir (cfr. fl. 8 cdno ppal).

5.3. La señora jueza de primer grado, dedujo que además de la tardanza en remitir al paciente a un instituto de tercer nivel, la sección de la vena iliaca provino o, cuando menos, **pudo provenir** de una pobre técnica quirúrgica, un indebido uso de los instrumentos o deficiente maquinaria de apoyo, etc., (cfr. fl. 503 vto. cdno ppal), premisas que unió a lo consignado en el protocolo de necropsia y del informe pericial, para concluir que: *"…el único motivo que puede explicar que la vena iliaca del paciente hubiere aparecido seccionada es el propio acto quirúrgico llevado a cabo en la ESE Hospital Manuel Uribe Ángel. Se afirma así porque no resulta lógico pensar i) que el paciente tuviera una sección de esos importantes conductos con anterioridad a la cirugía y; ii) que de acuerdo con el informe forense se presentarse su muerte con posterioridad al acto médico por motivo distinto a él…"* (cfr. fl. 504 cdno ppal)**.**

5.4. Precisamente, para salirle al paso a lo anterior, la censura exige prueba de la culpa que, según argumenta, de forma equivocada subsumió la funcionaria en el nexo de causalidad, aludiendo, en términos generales, a que no debe confundirse la causalidad material con la existencia de una causalidad jurídica que permita conectar una conducta culposa del galeno con el daño reclamado. Agregan que se imputa una responsabilidad basada en suposiciones no probadas científicamente, sin tener medios de prueba que así se lo permitan concluir, en tal sentido, el *a quo*, **toma una decisión en contravía de lo establecido en el artículo 164 del C. G. del P, norma que no es relevada por el concepto de culpa virtual.** Estas líneas, enmarcan el *quid* del presente litigio.

6. De la culpa virtual o el principio *res ipsa loquitur*. Cuando existe dificultad de prueba de la causalidad en materia de responsabilidad médica, tanto la doctrina como la jurisprudencia han coincidido en que es posible echar mano de la prueba indiciaria, ya que la prueba científica no alcanza para demostrarlo y, al respecto, se cita la sentencia de casación de 22 de julio del 2010, done la CSJ en su sala de casación civil expuso:

> *"Esto último, al ser factible, en doctrina de esta Corporación, "(…) que el juez, con sujeción a las normas jurídicas y de la mano de las reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica, deduzca ciertas presunciones (simples o de hombre) (…); o que lo haga*

a partir de indicios endoprocesales derivados de la conducta de las partes (artículo 249 ibídem); o que acuda a razonamientos lógicos como el principio res ipsa loquitur [la cosa habla por sí misma] (como cuando se olvida una gasa o material quirúrgico en la zona intervenida, o se amputa el miembro equivocado, etc.); o teniendo en consideración la manifiesta anormalidad de las consecuencias del acto médico deduzca una 'culpa virtual' o un 'resultado desproporcionado' (…)"[5].

6.1. Dada la complejidad de la demostración de este elemento, también la jurisprudencia del Consejo De Estado, ha señalado lo siguiente al respecto:

*"Las dificultades a las que se enfrenta el afectado cuando pretende acreditar el nexo causal, no han sido soslayadas por la jurisprudencia; por el contrario, para resolver los casos concretos, en los cuales no se cuente con el dictamen serio y bien fundamentado de un experto, que establezca o niegue esa relación, se ha buscado apoyo en las reglas de prueba desarrolladas por la doctrina nacional y foránea. "**Así, se ha acudido a reglas como res ipsa liquitur (sic), desarrollada en derecho anglosajón; o de la culpa virtual elaborada por la doctrina francesa, o la versión alemana e italiana de la prueba prima facie o probabilidad estadística**, que tienen como referente común el deducir la relación causal y/o la culpa en la prestación del servicio médico a partir de la verificación del daño y de la aplicación de una regla de experiencia, **conforme a la cual existe nexo causal entre un evento dañoso y una prestación médica cuando, según las reglas de la experiencia (científica, objetiva, estadística), dicho daño, por su anormalidad o excepcionalidad, sólo puede explicarse por la conducta negligente del médico y no cuando dicha negligencia pueda ser una entre varias posibilidades**, como la reacción orgánica frente al procedimiento suministrado o, inclusive, el comportamiento culposo de la propia víctima.*

"En varias providencia proferidas por la Sala se consideró que cuando fuera imposible demostrar con certeza o exactitud la existencia del nexo causal, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que probaran dicha relación, el juez podía "contentarse con la probabilidad de su existencia", es decir, que la relación de causalidad quedaba probada cuando los elementos de juicio que obraran en el expediente conducían a "un grado suficiente de probabilidad'", que permitían tenerla por establecida.

"Pero, de manera más reciente se precisó que la exigencia de "un grado suficiente de probabilidad", no implica la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que haga posible imputar responsabilidad a la entidad que presta el servicio, sino que esta es una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal puede ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios.

*"Así la Sala ha acogido el criterio según el cual si bien para demostrar el nexo de causalidad entre el daño y la intervención médica, en la mayoría de los casos resulta idónea la prueba directa, esto es, el dictamen de expertos, **también es posible en muchos eventos llegar a la certeza sobre la existencia de dicha relación a través de indicios, para cuya***

[5] CSJ. Civil. Sentencia de 22 de julio de 2010, expediente 0042.

***construcción es necesaria la aplicación de reglas de experiencia de carácter científico, objetivo o estadístico**."*[6]

6.3. Es pertinente citar consideraciones del precedente reciente de esta misma Sala de Tribunal, con Ponencia de la Dra. Piedad Cecilia Vélez, en expediente con radicado **002 2015 01087 03**, en donde se indica sobre el punto a que se viene haciendo referencia lo siguiente:

> *"…si bien la de la culpa virtual "es una teoría que, a través de indicios, permite establecer que un hecho determinado generó un daño, lo que en esencia, facilita no solamente la prueba de la culpa sino también la acreditación de una relación de causalidad", lo cierto es que según la jurisprudencia foránea*[7] *y doctrina especializada, su aplicación requiere la presencia de las siguientes circunstancias:*
>
> *"1.* ***Debe tratarse de un hecho que normalmente no ocurre sin culpa****.*
>
> *2. Debe haber sido causado por un agente o instrumento bajo control exclusivo del demandado;*
>
> *3. No debe existir contribución causal o voluntaria de parte del paciente."*[8] (resalto intencional)

6.4. Lo anterior entraña inusitada relevancia por cuanto la prueba obrante en el proceso desplaza al Tribunal hacia un terreno indiciario de ***"probabilidad preponderante o de res ipsa loquitur"***, conforme la cual, se deduce, que, contrario a lo que dedujo la señora jueza de primera instancia, el conocimiento científico **no** alcanzó a ofrecer dentro de este específico caso, criterios racionales que permitan una respuesta **más allá de la duda y la opinión**, estimándose que no existe un encadenamiento causal que permita atribuir el lamentable fallecimiento del señor Jorge Hernán Martínez Ángel, a una conducta culposa del médico y, por repercusión, a la clínica que lo atendió durante la cirugía, por las siguientes razones:

En efecto, un estudio reposado de las piezas documentales científicas en las cuales centró su fundamentación la sentencia de primera instancia, conduce a un juicio conclusivo distinto al que le imprimió la funcionaria al asunto debatido. En primer lugar, lo que se debe dejar claro es que para que un dictamen pericial se

---

[6] SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Bogotá D.C., diecinueve (19) de agosto de dos mil nueve (2009) - Radicación número: 76001-23-31-000-1997-03225-01(18364)

[7] Morgan Vs Children's Hospital, Sentencia número 84-756, Corte Suprema del Estado de Ohio

[8] (Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio: Responsabilidad civil médica – La relación médico-paciente. análisis jurisprudencial y doctrinal. 2da Ed, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas 2011 P. 332 Ver también: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 22 de julio de 2010 (Expediente 41001-3103-004-2000-00042-01. M.P Pedro Octavio Munar Cadena)

precie de serlo debe reunir esas condiciones de claridad, precisión y detalle que ordena el numeral 6º del arto 237 del C. de P. C. Precisamente esos requisitos son pieza fundamental para su apreciación, **así como la competencia del perito a voces del artículo 241 del C. de P. C**.

Pues bien, al analizar el mismo acápite del estudio forense trasuntado por el *a quo*, el cual indica que: *"…en la patogénesis de la lesión, cobra importancia el instrumental quirúrgico que durante el procedimiento puede lesiona (sic) los vasos, presentándose 3 tipos de lesiones, de variable gravedad y evolución: la laceración (30%), la fístula arteriovenosa (67%) y el pseudoaneurisma (3%). La mortalidad por otro lado, según algunas revisiones ronda el 10%, pero en el caso de las laceraciones fluctúa entre el 20 y el 38% aún en centros especializados; sin correlación alguna con una pobre técnica médica quirúrgica, a pesar de la oportuna identificación de factores de riesgo establecidos e incluso en manos experimentadas. Dentro de los factores que influyen en la mortalidad se encuentran: la edad del paciente, la comorbilidad, estado nutricional, tipo de lesión y tiempo de evolución" (cfr. fls. 69 cdno ppal).* De acuerdo con lo sucedido, ha de verse cómo en un primer momento, lo que se logra inferir de esta literalidad es que en parte alguna se compromete el experto patólogo forense a dictaminar que la sección de la vena y vaso iliaco, tuvieron su causa en una pobre técnica quirúrgica atribuible al neurólogo que operó al señor Martínez Ángel y precisamente por eso consignó que en ese tipo de actos quirúrgicos suelen ocurrir laceraciones hasta un 30%, luego, entonces, no se comprende cómo para la señora juez, sin embargo, conectó a ese acontecer el hecho de las laceraciones y las fístulas para derivar responsabilidad médica y estimar el acto quirúrgico del doctor Boris Pabón Guerrero como imperito.

Olvidó la funcionaria que si bien es cierto que la sección de la vena ilíaca hubo de presentarse necesariamente durante el acto quirúrgico, eso sería mera causalidad, hecho que ninguna de las partes negó o discutió y sin que de allí pueda surgir a secas una especie de responsabilidad médica, sin embargo, confundió esa causalidad con una necesaria e imperdonable impericia médica, cuando por ahí mismo el perito aludió a que la ciencia médica tiene consignado ese accidente quirúrgico como un escaso riesgo, que no por escaso dejaba de ser un riesgo inherente a dicho tipo de cirugía, que por esa potísima razón no puede tipificarse como un error médico por impericia.

No obstante, dice la sentenciadora de primer grado -refiriéndose a lo elucubrado por el experto forense-, que: *"…En otras palabras, una cosa es una corrección de*

hernia discal en condiciones normales en la que en términos de 0.1% a 0.001% puede verse comprometida la vena iliaca, y otra bien diferente es una intervención del mismo tipo cuando se causan laceraciones, fístulas o pseudaneurismas…" (cfr. fl. 504 cdno ppal), pero, lo cierto es que hasta aquí, ni el experto patólogo ni la señora jueza dan razones científicas o de cualquier otra índole, sobre las cuales se pueda sostener esa primera conclusión, es decir, la que atribuye como causa de la sección de la arteria y vena iliaca a determinada técnica o instrumentación obsoleta o no recomendable que haya sido utilizada por el neurocirujano, debiéndose presumir que lo hizo bajo el respeto de la *lex artis*, pues la falta de prueba en ese sentido hace deducir la presunción de buena práctica en favor del galeno, máxime cuando no se explica el por qué las laceraciones fueron una concausa de lo ocurrido, pues siempre se habló de la sección de la arteria y la vena ilíaca, sin concausalidades anejas.

Se pregunta la sala de dónde pudo surgir esa conclusión: ¿Acaso el instrumental quirúrgico como lo sugiere en sus análisis estadísticos el experto patólogo?; ¿acaso tuvo en cuenta el patólogo qué instrumentación fue utilizada en el procedimiento quirúrgico *ad hoc* realizado al paciente aquel 18 de febrero de 2006? ¿Si ello es así, cuál protocolo médico se inobservó? ¿Cuál instrumentación quirúrgica se utilizó violentando el ejercicio de la especialidad de la neurocirugía? Estos son interrogantes que no resuelve el protocolo de necropsia clínica, máxime cuando el patólogo se limitó a explicar las estadísticas que existen en ese campo, pero sin haber aterrizado una conclusión respecto del médico tratante, porque no tenía prueba para hacerlo, por lo que solamente refirió lo que la literatura médica tiene previsto para esos casos y por eso explicó que aún en las manos más expertas es posible que esos acontecimientos se presenten.

A lo anterior se suma que lo único que se conoce del perito es que es patólogo, por lo que cabe preguntarse si ¿será ello estribo suficiente para fundar su competencia? A juicio del Tribunal y con el debido respeto por las opiniones ajenas, la opinión del experto, al tocar ese punto, parte de premisas generales y reportes estadísticos, para descender a la tarea que se le encomendó: determinar la causa de la muerte del señor Hernán Martínez.

Por supuesto que se pudo establecer que la causa de la muerte del señor Hernán Martínez fue por *shok hipovolémico* secundario a la sección de una arteria, pero de ahí no se sigue que sea imputable *per sé* a la técnica utilizada por el médico.

En un primer momento, la funcionaria reconoce que no bastaba con afirmar que el paciente hubiese ingresado al quirófano en buenas condiciones generales para posteriormente afirmar que la responsabilidad civil devenía de su salida del quirófano en malas condiciones o con agravación de ellas por la complicación de la cirugía (cfr. fl. 500 vto. cdno ppal), pero, a la postre, y ante la conclusión a la que arribó en virtud de la errada valoración de los medios de convicción, término concluyendo simplemente que esa sección de la vena iliaca fue posterior al procedimiento quirúrgico que presentó, así lo explicó: *"…no resulta lógico pensar: i) que el paciente tuviera una sección de esos importantes conductos con anterioridad a la cirugía y; ii) que de acuerdo con el informe forense se presentare su muerte con posterioridad al acto médico por motivo distinto a él…"* (cfr. fl. 504 cdno ppal); por consiguiente ahí está el error de argumentación y análisis probatorio, como que de la sola causalidad extrajo como conclusión, la responsabilidad del galeno y la clínica demandada, por lo que resultó aplicando en forma indebida el principio de la *res ipsa loquitur*.

6.5. En este punto, emerge y con gran peso probatorio por ser evidencia fundante de la sentencia estimatoria aquí acusada, el dictamen pericial rendido por el Dr. Carlos Mario Jiménez Yepes, experto en Neurocirugía designado por la Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia, medio de prueba que la funcionaria encontró ilustrativo para deducir responsabilidad, al señalar lo siguiente: *"…El peritaje rendido es ilustrativo para ello cuando al preguntarse sobre la causa de la lesión respondió el experto que "basado en las notas de historia clínica,* ***no me queda clara la razón para que ocurriera la lesión en estos vasos durante la cirugía de la hernia discal (…) en ocasiones es complejo descubrir el sangrado de estos vasos durante la cirugía de hernia discal, pues el campo quirúrgico es muy reducido****"* (cfr. fl 504 cdno ppal), pero, en verdad, ocurre que también esta experticia dista y en mucho, de reunir esas condiciones de claridad, precisión y detalle que ordena el numeral 6º del arto 237 del C. de P. C. para esta clase de prueba, pues el trabajo pericial es lacónico, merced a que se reduce a una serie de respuestas cortantes y para nada explicativas sobre cumplimiento o no de la *lex artis ad hoc* por parte del neurólogo que atendió al paciente.

Véase que la experticia emitida por el médico especialista en Neurocirugía en ninguna parte explica, ilustra o detalla la técnica utilizada por el experto o que la causa de la sección de la vena y la arteria iliaca tuvieran como causa o el génesis en una pobre técnica quirúrgica del médico tratante o, cuando menos, una conducta atribuible al galeno, coadyuvado, tal vez, de la falta de interés de las

partes en recabar sobre el cumplimiento de los planes y protocolos que tiene la ciencia de la neurología para estos casos, por eso, es extraño que se hable de un dictamen ilustrativo sobre una eventual laceración o sección proveniente de una conducta calificable de culpa médica, siendo que las respuestas del experto a la preguntas que eventualmente podrían esclarecer el punto examinado tales como: *"…10. …a qué se debió la sección de estos vasos…11. Siendo la arteria y la vena iliaca de gran calibre, sírvase decir si el cirujano debió ver con facilidad una lesión como la de esa magnitud y si le era fácil observar esto antes de cerrar por planos…"*. Esos interrogantes fueron contestados por el experto, como se vio, aduciendo que **no le quedaba claro el motivo de la lesión** y que la misma podía **dejar de verse a simple vista ya que el campo quirúrgico era reducido**, luego, como se dijo, tales conclusiones carecen de un rigor científico elemental para estructurar la responsabilidad civil demandada.

6.6. Hasta aquí, al valorarse la misma documental de que se sirvió la funcionaria para enjuiciar la sentencia, se advierte que no hay prueba atendible, por nimia que ella sea, que traiga certeza a la Sala de que el resultado muerte hubiese obedecido a que para el procedimiento médico se requiriera de un instrumental muy específico o de un personal especializado distinto al que atendió al paciente, o que faltó el suministro de un medicamento determinado, o que faltó practicar un examen diagnóstico etc., actos que hubieren resultado imprescindibles, para poder concluir que ahí de ese mala práctica se produjo o desencadenó la muerte del paciente.

No escapa a las consideraciones del Tribunal que por este flanco, el demandante alude a que una de la fallas médicas consistió en que faltó un examen de coagulopatía, con el fin de determinar riesgos y procedimientos, pero el punto lo aclaró el forense al señalar que la hemorragia incontrolable no devino de una patología del paciente, sino que *"…paradójicamente los pacientes con transfusiones Masivas (TM) en un alto porcentaje presentan defectos en su coagulación, siendo evidente dicha relación entre el recuento de plaquetas y el número de unidades de glóbulos rojos transfundidos. Ahora, el schok hipovolémico no solo puede agravarse por la TM de hemoderivados, sino también por la llamada coagulopatía de consumo o coagulación vascular diseminada (CID) complicación en la que se presenta un rápido desarrollo de trombos, con el consumo de plaquetas y productos de la coagulación, generalmente en el contexto de las pérdidas sanguíneas agudas…"* (cfr. fl. 69 cdno ppal).

6.7. Ahora bien, sobre la tesis acerca de la demora en la remisión a una institución con capacidad para atenderlo en términos de mayor complejidad, hemos de ver que el proceso reporta que la cirugía finalizó siendo las 12 pm, que el paciente fue valorado y estabilizado con varias transfusiones de sangre durante el transcurso de la tarde, además fue intubado en el quirófano bajo sedación analgésica y relajación muscular, dejando la anestesióloga la anotación de descartar una lesión vascular (cfr. fl. 111 cdno ppal) y, en efecto, cuando fue revalorado nuevamente por el neurocirujano, este tuvo la sospecha de una lesión intraoperatoria **de tipo vascular**, como en efecto ocurrió y fue a partir de ahí que se ordenó su remisión por parte de la especialidad de anestesiología siendo las **16:00** horas, mientras que para las **18:45** horas del mismo día, ya el paciente estaba siendo atendido en urgencias de la Clínica CES de la ciudad de Medellín, al respecto señala el dictamen: *"…según nota de la historia clínica del Hospital Manuel Uribe Ángel, realizada por anestesiología, la solicitud de remisión se hace el día 18-02-2006 a las 16:00 y según anestesiología de la misma institución el paciente es remitido a la Clínica CES el día 18-02-2006 a las 17:50, según la nota de cuidado intensivo del Clínica CES el paciente ingresa a dicha institución a las 18:45 del mismo día…"* (cfr. fl. 87 cdno 5).

Esta Sala, en algunas ocasiones ha encontrado en la demora de la remisión de un paciente, el aspecto toral para declarar la responsabilidad de los prestadores de servicios de salud demandados (EPS, IPS y Médicos). Sin embargo, en esas oportunidades, en verdad que la demora resultó excesiva, demora que en muchos casos viene agravar la salud del enfermo y la angustia de sus familiares por la falta de atención oportuna. Verbigracia, en sentencia del pasado 20 de septiembre de 2021 exp. 05001 31 03 **009 2009 00690** 01, se trató de un evento en el que el paciente con diagnóstico de TVS *trombosis venosa profunda,* esperó infructuosamente durante el transcurso del día una remisión a un hospital de nivel III, en el que requería la atención de un cardiólogo intervencionista que le realizara un **cateterismo cardiaco**, sin embargo, su remisión urgente nunca se logró, ni siquiera se demostró la gestión de la misma por parte de la EPS demandada y el paciente falleció dentro de las instalaciones nosocomiales.

Como se ve en estos casos, la falta de atención oportuna fue el elemento axial, para hacer lugar a los pedimentos resarcitorios, fundados en la inobservancia de lo ordenado por la ley 100 de 1993, de donde se advierte que la atención integral **no solo consistía en estabilizar al paciente**, sino en observar todas las

conductas médicas que estuvieren a su alcance para sortear una urgencia médica y luego proseguir con los tratamientos médicos que fueren de su alcance; pero, en el presente caso, una demora de **dos horas** en la remisión, estima la Sala, no puede servir de estribo para ello, cuando ni siquiera está demostrado dentro del proceso, desidia alguna de la demandada para lograr la oportuna remisión del paciente a la UCI, haciéndose totalmente equivocada la elucubración de la señora juez a quo cuando da entender que la gestión de traslado debió comenzar una vez termino la cirugía hacia el mediodía, desconociendo que la sección de arteria y vena solamente vino a sospecharse sobre las cuatro de la tarde, por consiguiente, no puede sumarse a la responsabilidad ningún retardo en el traslado del paciente, mismo que se hizo en forma oportuna y diligente.

6.8. Se pregunta la Sala, si la sentencia calificó la demora para facilitar la atención del paciente en un hospital de III nivel como *"…absolutamente deplorable la pasividad con la que se asumieron las cargas que le correspondía a la EPS para salvar la vida del paciente…",* tampoco expuso los beneficios para la salud del enfermo en cuanto que dicha remisión inmediata hubiere acontecido, de no ser necesaria esa carga argumentativa, con mayores veras dentro de un proceso de responsabilidad médica que se sirve por excelencia de la prueba técnica o científica, sería tanto como señalar que el mero transcurso del tiempo, es razón suficiente para sillar la responsabilidad, lo cual es ir en contra de lo anclado legal y jurisprudencialmente sobre la aludida responsabilidad.

No se discute que el paciente sufrió una sección en la arteria y la vena iliaca en proporción al 90% y 60% respectivamente, eso quedó claro en la historia clínica levantada por el CES, en el dictamen forense y el trabajo pericial rendido en el proceso, pero de ahí, a concluir que de haberse remitido inmediatamente y sin auscultar sobre el motivo del sangrado y el posible compromiso vascular, el resultado hubiera sido otro, **hay todo un largo trecho científico de por medio que la parte actora no recorrió,** conclusión que tampoco puede asumirse ahora con prueba indiciaria ni conjeturas, máxime, cuando hacia la hora en que terminó la cirugía los signos vitales no anunciaban pérdida el paciente llegó con vida a la UCI de la CES y allí permaneció tres días con signos vitales, hasta que luego de sendos procedimientos quirúrgicos, transfusiones y empaquetamientos correctivos, lamentablemente falleció, por consiguiente, se itera, no es posible que el Tribunal se arrogue facultades científicas o haga surgir indicios

indefendibles, para llegar a conclusiones o inferencias de responsabilidad que la prueba no refleja. Ni si quiera, por aplicación del principio de ***res ipsa loquitur.***

Entonces, si bien es cierto que la gravedad del paciente ameritaba el internamiento en una Unidad de Cuidados Intensivos de mayor nivel, no está probada negligencia o imprevisión alguna en la demandada para conseguirla, como que logra la ubicación del enfermo a menos de dos horas de estabilizarse y valorarse y, por ende, ordenarse su remisión.

7. De la suficiencia del consentimiento informado. Por ser un aspecto de forzosa resolución para la decisión revocatoria que se avizora, hemos de ver que la parte actora alude a una insuficiencia del consentimiento otorgado para la cirugía, por este flanco, indican los actores que no les fue informado el riesgo muerte y que, *"…Jorge Hernán Martínez Ángel, les contó que el médico le hizo una mención del tratamiento post operatorio y no refirió como riesgo la muerte…"* agregan que como riesgo especifico fue añadida posterior a la firma, de puño y letra del neurocirujano la palabra "*muerte"*.

Al volver sobre el análisis de dicho documento que, por cierto, aparece signado por el mismo Jorge Hernán Martínez, se observa que en él se dejó consignado: *"…**riesgos generales de una cirugía**…**4. Muerte. Es rara pero posible**…"* por ende, no cabe duda que en ese consentimiento informado se subsume el riesgo muerte, pues ella puede acaecer independiente del procedimiento quirúrgico de que se trate, en verdad, lo verdaderamente trascendente es que se le informaron como riesgos específicos las posibles causas que a ella pudieran conducir como sangrado, hemorragias, infartos, derrames etc. y, el paciente brindó su consentimiento para someterse al procedimiento.

Bien puede concluirse entonces que, a partir de lo consignado en ese formato pre-impreso, se agotaron, en lo medular, las exigencias básicas del consentimiento informado, pues claramente allí también quedó consignado *"…El doctor me ha explicado cualquier riesgo significativo y los riesgos de NO hacerme este procedimiento…Me han explicado y he comprendido satisfactoriamente la naturaleza y los propósitos de este procedimiento. También me han aclarado todas las dudas y me han dicho los posibles riesgos y complicaciones…"* (cfr. fl.

59 cdno ppal), documental que, como se dijo fue firmada directamente por el paciente, sin hacer salvedad alguna.

De aquí que resulte infundada la alegación por parte de los actores, pues traen como prueba la sola afirmación de oídas de su familiar, pero ninguna prueba se gestionó dentro del proceso tendiente a evidenciar que el contenido del consentimiento informado haya sido preterido, enmendado o agregado, después de firmado por el paciente. En últimas, resulta inane cualquier discusión en torno al punto, siendo que el riesgo muerte, de todas maneras, estaba consignada en el documento aceptado expresamente por el paciente.

7.1. Ahora, lo importante para la definición de este litigio, es que la lesión vascular ocurrida intraoperatoriamente, está dentro del escaso margen previsto por la ciencia médica y así lo expresa el dictamen pericial, al responder el experto a los siguientes interrogantes *"…**1.** ¿Es normal o común de la cirugía de hernia discal la laceración o daño de la arteria o vena iliaca? **2.** ¿Era previsible que con dicha cirugía de hernia discal se hubiera podido presentar la lesión de la arteria y la vena iliaca común derecha? **3.** ¿cuál es el porcentaje de la lesión la arteria y vena iliaca común, que se presenta en el tipo de cirugía que se le realizó al paciente?…"* (cfr. fl. 1 cdno 5) a lo que contestó en ese mismo orden: "***1.** Es una lesión muy poco frecuente, con una incidencia que fluctúa en los diferentes reportes entre 1 por cada 1.000 cirugías a 1 por cada 10.000 cirugías. **2.** Un evento de esta naturaleza puede ocurrir, no importa que su frecuencia sea baja. **3.** El porcentaje fluctúa entre el 0.1% y el 0.01% dependiendo de las series publicadas…"* (cfr. fl. 86 cdno 5).

7.2. La literatura hipocrática consultada en el mundo cibernético coincide con lo expresado por el experto neurólogo en su trabajo pericial sobre el caso, por escaso margen de ocurrencia de una lesión vascular en la vena y arteria iliacas en este tipo de cirugías, así como su corrección:

> *"La lesión de las estructuras vasculares durante procedimientos quirúrgicos sobre la columna lumbar es muy poco frecuente, aunque es posible que su incidencia real se encuentre subestimada. En el último año se realizaron 246 intervenciones ortopédicas del sector lumbar en nuestro centro. La complicación más frecuentemente reportada en la literatura es la laceración de **grandes vasos con un 53,4%, seguida de la formación de fístulas arteriovenosas (17,2%), pseudoaneurismas (13,8%) y una combinación de las anteriores (15,5%)…** Los vasos **usualmente afectados son la arteria ilíaca común (51,2%), la vena ilíaca común (23,3%),** la vena cava inferior (9,3%) y la aorta abdominal (4,7%). Esto puede explicarse por las características de la técnica quirúrgica de la cirugía ortopédica y la proximidad topográfica de las estructuras vasculares: la bifurcación aórtica se*

encuentra a la izquierda del borde superior de L4-L5; ***las dos arterias ilíacas comunes pasan por delante y la vena ilíaca común izquierda cruza por delante del mismo****. Existen reportados factores predisponentes que condicionan un mayor riesgo al ocasionar cambios fibróticos y alteraciones de la anatomía normal, como la degeneración del ligamento vertebral común anterior, anomalías de la columna o de las vértebras (artrosis y espondilolistesis), obesidad y cirugía previa sobre la hernia discal.*

La técnica de tratamiento *va a depender del tipo de lesión y del contexto en que se presente. Clásicamente se ha utilizado la cirugía abierta para reparar laceraciones con sangrado activo y shock asociado, exponiendo los grandes vasos retroperitoneales a través una laparotomía xifopúbica. La disección es a menudo facilitada por el plano creado en la expansión del hematoma retroperitoneal. En ocasiones, es necesario seccionar la arteria afectada cuando el defecto está en su cara posterior o cuando se quiere corregir un defecto venoso adyacente, y proceder a la sutura termino-terminal o* ***a colocación de un injerto protésico si la longitud de la sección es muy grande****. La reparación venosa suele ser más difícil, siendo la sutura venosa primaria casi imposible en la mayoría de los casos; una alternativa válida en estas situaciones es la ligadura completa del vaso, ya que es preferible a una reparación defectuosa que aumente el riesgo de trombosis y embolismo pulmonar. Con objeto de disminuir la morbimortalidad asociada a la cirugía abierta, en los últimos años el foco de atención se ha centrado en el tratamiento intravascular. Si bien generalmente ha sido descrita para reparaciones electivas de pseudoaneurismas o fístulas, también puede ser aplicable en situaciones de emergencia por laceraciones iatrogénicas o traumatismos con altas tasas de éxito descritas. Cuando se sospecha un sangrado activo, es posible colocar un balón de oclusión intraarterial sobre el nivel del defecto, con el objeto de conseguir un control inicial del sangrado, seguido de una angiografía intraoperatoria para determinar el sitio exacto y proceder al tratamiento definitivo (endoprótesis, coils). En estos casos las limitaciones están dadas por la necesidad de un equipo radiológico permanente en la sala de operaciones, la disponibilidad del material y el dominio de la técnica por parte del cirujano*[9]

7.3. El dictamen pericial fue claro en admitir que el accidente quirúrgico sufrido por el paciente queda tipificado como un riesgo de rara ocurrencia, por lo que el tribunal acoge esa conclusión y para ello simplemente la compara con textos científicos al respecto y de ahí surge el por qué deben aceptarse esas conclusiones del perito, pero sin que hallamos huido hacia la exclusividad de la teoría para desdeñar el dictamen, mismo que es la verdadera prueba que se valora y que coincide con la literatura médica al respecto.

Además, lo anterior también es acompañado por el experto patólogo encargado de la necropsia del paciente, cuando alude a que *"…**Las complicaciones vasculares**, durante las cirugías de corrección de hernia discal **son eventos***

[9] Recuperado de la página de internet: https://www.elsevier.es/es-revista-revista-espanola-cirugia-ortopedica-traumatologia-129-articulo-complicaciones-vasculares-asociadas-cirugia-columna-S1888441514001970#:~:text=La%20complicaci%C3%B3n%20m%C3%A1s%20frecuentemente%20reportada,(15%2C5%25)1. *Revista Española de Cirugía Ortopédica y Traumatología*. Servicio de Angiología y Cirugía Vascular, Hospital Universitario Central de Asturias, Oviedo, España. 2014.

quirúrgicos bien reportados en la literatura médica*, con una frecuencia de 0.04 (1-5 x 10.000) y* ***el nivel de la complicación está en directa relación con la localización del abordaje (aorta-iliaca)****…"* (cfr. fl. 69 cdno ppal).

7.4. Luego, entonces, lastimosamente el presente caso está dentro de ese exiguo margen y se encasilla dentro de la praxis médica en un inexplicable margen de ocurrencia, sin que, por el hecho de la rara ocurrencia podamos desembocar en la equivocada conclusión de un error médico por falta de pericia y mala calidad de los utensilios quirúrgicos, puesto que la prueba indicó hasta la saciedad que la sección parcial de la arteria o vena ilíaca obedeció a un riesgo inherente, que por escaso no puede asimilarse a una falta de pericia, para de ahí concluir apresuradamente que la muerte del señor Hernán obedeció al resultado de una mala *praxis* medical, a la que pudiera sumarse una desinformación sobre los alcances de la cirugía a la que se sometió, o ya por incompetencia del neurocirujano, quien tampoco estaba obligado a informar con detalle el riesgo poco frecuente de la sección arterial, pues como bien lo tiene establecido nuestra Corte Suprema de Justicia: ***Eso quiere decir que, siendo un derecho de quien va a ser sometido a una intervención saber cuáles son los peligros a los que se verá enfrentado, no puede llegarse al extremo de exigir que se consignen en el «consentimiento informado» situaciones extraordinarias que, a pesar de ser previsibles, tengan un margen muy bajo de probabilidad que ocurran[10].***

Por consiguiente, en la forma como fue abordada por la juez *a quo* el presente asunto y la prueba sobre la responsabilidad del galeno, resultó totalmente equivocada y contradictoria su sentencia, pues no puede ser que se admita que la sección de la vena o arteria iliaca es un riesgo de poca o rara ocurrencia en la ciencia médica bajo la intervención quirúrgica denominada *laminectomía* y *microdiscoidectomía* pero como de todas maneras ello sucede hasta en las manos del más experto, es por eso que se registra estadística y científicamente nunca como una falta de pericia sino como un riesgo inherente a esa cirugía, por lo que no era posible aquí asumir la teoría ***"res ipsa loquitur"*** para desembocar peligrosamente en una responsabilidad del galeno ni de los demás demandados.

Téngase en cuenta, además, que el señor Hernán Martínez Ángel tenía conocimiento de que su columna estaba enferma, padecía de lumbagos y ciática en la parte baja, patologías que no lo dejaba dormir y lo obligaron a frecuentar

[10] CSJ. Casación Civil. Sentencia del 27 de junio de 2015. Exp. 05001 31 03 017 2002 00566 01. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez

varias veces el hospital, lo cual evidencia que estuvo enterado de su situación médica, que padecía un dolor **que le irradiaba a lo largo del trayecto del nervio ciático** (Ciatalgia) y, por ello aceptó expresamente conjurarlo a través de la intervención quirúrgica prevista por la ciencia médica, pese a que se le explicaron tratamiento alternos como bloqueos radiculares, líquido seroso en cama u ozonoterapia, por ende, es claro que aceptó las consecuencias deletéreas que el procedimiento quirúrgico le podría deparar, amén que: "*… la manifestación del paciente en torno a conocer las circunstancias que rodean su situación de salud y, eventualmente, la autorización de una intervención quirúrgica, no es otra cosa que la exteriorización de ser consciente y haber sopesado los alcances de las consecuencias derivadas del tratamiento o intervención a que será sometido; contrariamente, de no estar enterado de todo ello, difícilmente podría, de manera consciente, decidir lo más aconsejable para sus intereses y deducirse probablemente de ello un daño susceptible de ser reparado (…)*"[11].

Para la Sala, entonces, no queda la menor duda de que sí hubo el consentimiento informado por el que se indaga y, aunque es cierto que se utilizaron proformas para obtenerlo, el señor Hernán Martínez Ángel, era conocedor de los riesgos asumidos si se sometía a la cirugía, ora si decidía no hacerlo, sin que fuera necesario consignar ese detalle máximo por el que, a la postre, se duele la parte actora no se le dio al paciente.

7.5. Examinada entonces estas pruebas en su conjunto, tal como lo ordena el artículo 187 del C. de P. C., contrario a lo aseverado en la sentencia acusada, no sirven de soporte para afirmar la culpa de los demandados, bien por **i)** una pobre técnica quirúrgica, **ii)** ya por el instrumental utilizado, como que no hay prueba atendible que cuestione el manejo médico quirúrgico dado al señor Jorge Hernán Martínez Ángel, ese 18 de febrero de 2006, que es lo que aquí interesa. Que hubo retardo en la remisión a urgencias y ello trajo como consecuencia el fallecimiento del paciente tres días después en la Clínica CES, resulta ser para la hora de ahora, una afirmación vacía, ayuna de prueba, especialmente científica, que conforme a la *lex artis*, revelara que dada la hora en que se efectuó la remisión fue determinante para que el resultado se produjera. El experto neurocirujano que rindió dictamen en el proceso, no lo sugiere, afirma o deduce en ninguna parte, tampoco se le indagó por ese preciso aspecto y, ya se vio que el examen médico legal rendido por un médico patólogo de la Facultad de Medicina de la

[11] CSJ. Civil. Sentencia de 15 de septiembre d 2014, expediente 00052.

Universidad de Antioquia, resultó ser una apreciación carente de claridad y suficiencia para descalificar la conducta del profesional neurocirujano en ese específico procedimiento que realizó. Y tampoco existe prueba que evidencie que al paciente se le brindó un servicio médico neuroquirúrgico para el cual no estaba informado ni preparado.

8. Corolario de lo aquí expuesto, es que al no demostrarse el elemento culpa y/o nexo causal, como elementos estructurantes de la responsabilidad médica aquí demandada, no puede hacerse lugar a la misma y, por consiguiente, se impone revocar la sentencia acusada y así se declarará, lo que lleva consigo negar la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Por esa misma razón, el estudio de las excepciones propuestas por los demandados y los llamados en garantía, se torna inane, pues lo que franquea la puerta para su estudio, es precisamente la configuración de todos los elementos axiales de la pretensión.

Finalmente, se condenará en costas de ambas instancias a los demandantes, a favor de la parte demandada, tras resultar vencidas ante la prosperidad de este recurso.

De esta manera y con fundamento en las precedentes consideraciones, el ***Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín***, Sala Cuarta de Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. FALLA:

PRIMERO: SE REVOCA la sentencia del pasado 07 de junio de 2016, proferida por el Juzgado Décimo Octavo Civil del Circuito de Medellín y, en su lugar, se deniegan las pretensiones de la demanda, ante la ausencia de demostración de los elementos estructurales de la responsabilidad civil médica demandada, de conformidad con las consideraciones en que está sustentada esta providencia.

SEGUNDO: Se condena en costas de ambas instancias a la parte demandante en favor de la parte demandada. Para el efecto, se fijan como agencias en derecho la suma de **$1.000.000.00**, conforme al acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Liquídense las de primera por el o la titular del

Despacho.

TERCERO: Cumplida la ritualidad secretarial, remítase el expediente al Juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, DEVUÉLVASE Y CÚMPLASE,

JULIAN VALENCIA CASTAÑO
Magistrado

con aclaración de voto
PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA
Magistrada

con salvamento de voto
JUAN CARLOS SOSA LONDOÑO
Magistrado