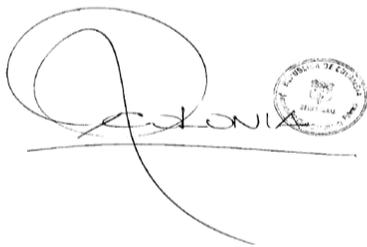


INFORME SECRETARIAL Hoy 21 de Febrero de 2023, paso a despacho del señor juez el memorial suscrito por el doctor LUIS FELIPE GIRALDO GÓMEZ, en su condición de apoderado judicial de la parte demandada (Clínica Palma Real S.A.S.), allegado dentro del término legal, contentivo de la contestación a la demanda en donde se formularon excepciones de mérito o de fondo (1.- AUSENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE LA SUPUESTA VIOLACIÓN DEL DEBER DE INFORMACIÓN Y LA LESIÓN CORPORAL PADECIDA; 2.- AUTONOMIA PROFESIONAL DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD RESPECTO A SUS ACTOS, E INPENDENCIA(sic); 3.- IMPOSIBILIDAD DE OBTENCIÓN PREVIA DE CONSENTIMIENTO DE PROCEDIMIENTOS CUYA NECESIDAD SURGE DENTRO DE UN ACTO QUIRURGICO; 4.- VALIDEZ DEL CONSENTIMIENTO SUSTITUTO; 5.- EL CONSENTIMIENTO NO ES UN DOCUMENTO, ES UN ACTO MEDICO; 6.- LA NEUROTOXIXIDAD COMO REACCIÓN IDIOSINCRATICA AL MEDICAMENTO ANESTESICO (Bupivacaina), NO ES UN REGISTRO PREVISTO DE COMÚN OCURRENCIA; 7.- AUSENCIA DE UN ACTUAR CULPOSO DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD QUE BRINDARON LA ATENCIÓN AL SEÑOR LUIS MATEO OLANO, SIN LA CUAL, NO SE PUDE COMPROMETER LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL DE MI REPRESENTADA; 8.- LA OBLIGACIÓN QUE NACE EN LA PRESENTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD, ES DE MEDIOS Y NO DE RESULTADO; 5- CUMPLIMIENTO CABAL DE LAS OBLIGACIONES LEGALES Y CONTRACTUALES A CARGO DE LA CLINICA PALMA REAL, COMO ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS DE SALUD; 9.- IMPOSIBILIDAD DE ENDILGAR Y ESTRUCTURAR UNA RESPONSABILIDAD EN CABEZA DE LA CLÍNICA PALMA REAL SAS, ANTE LAS INEXISTENCIA DE UN DAÑO INDEMNIZABLE; 10 INDEBIDA TASACIÓN DE PERJUICIOS) y la objeción al juramento estimatorio y la actuación pendiente por surtirse sería integrarla y proceder a correr el traslado correspondiente a las excepciones de fondo formuladas y.- Sírvase proveer.



RAFAEL COLONIA GUZMAN
Secretario

Auto de sustanciación No. 055
Proceso: VERBAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA
Demandantes: LUIS MATERO OLANO VELASCO, ENEIDA OLANO VELASCO
MILTON FABIAN NAZARÍ, ELMER OLANO ASTAIZA, EMELINA
VELASCO, LEYDI LILIANA OLANO VELASCO, LINA VANESA
QUIÑOÑEZ, los menores KAROL DAYAN NAZARI OLANO,
YERSON STIVEN OLANO VELASCO y JOHN MARLON
GUERRERO OLANO
Demandado: SOCIEDAD CLÍNICA PALMA REAL SAS
Radicación 76 520 3103 005 2022 00121 00

JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO
Palmira, Valle del Cauca, Veintiuno (21) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Intégrese al proceso El memorial a que se hace referencia y en cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 110 y 370 del Código General del Proceso, por el término de cinco (5) días, córrase traslado a la parte demandante de las excepciones de mérito o de fondo formuladas por el apoderado judicial del

demandado (CLINICA PALMA REAL S.A.S.), las que fueron denominadas: “1.- **AUSENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE LA SUPUESTA VIOLACIÓN DEL DEBER DE INFORMACIÓN Y LA LESIÓN CORPORAL PADECIDA**; 2.- **AUTONOMIA PROFESIONAL DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD RESPECTO A SUS ACTOS, E INPENDENCIA(sic)**; 3.- **IMPOSIBILIDAD DE OBTENCIÓN PREVIA DE CONSENTIMIENTO DE PROCEDIMIENTOS CUYA NECESIDAD SURGE DENTRO DE UN ACTO QUIRURGICO**; 4.- **VALIDEZ DEL CONSENTIMIENTO SUSTITUTO**; 5.- **EL CONSENTIMIENTO NO ES UN DOCUMENTO, ES UN ACTO MEDICO**; 6.- **LA NEUROTOXIXIDAD COMO REACCIÓN IDIOSINCRATICA AL MEDICAMENTO ANESTESICO (Bupivacaina), NO ES UN REGISTRO PREVISTO DE COMÚN OCURRENCIA**; 7.- **AUSENCIA DE UN ACTUAR CULPOSO DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD QUE BRINDARON LA ATENCIÓN AL SEÑOR LUIS MATEO OLANO, SIN LA CUAL, NO SE PUDE COMPROMETER LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL DE MI REPRESENTADA**; 8.- **LA OBLIGACIÓN QUE NACE EN LA PRESENTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD, ES DE MEDIOS Y NO DE RESULTADO**; 5- **CUMPLIMIENTO CABAL DE LAS OBLIGACIONES LEGALES Y CONTRACTUALES A CARGO DE LA CLINICA PALMA REAL, COMO ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS DE SALUD**; 9.- **IMPOSIBILIDAD DE ENDILGAR Y ESTRUCTURAR UNA RESPONSABILIDAD EN CABEZA DE LA CLÍNICA PALMA REAL SAS, ANTE LAS INEXISTENCIA DE UN DAÑO INDEMNIZABLE**; 10 **INDEBIDA TASACIÓN DE PERJUICIOS”** (Ver link del expediente digital);

Como quiera que el apoderado judicial de la pasiva, formuló objeción al juramento estimatorio, de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del artículo 206 Ibídem, se le concede a la parte actora el termino de cinco (5) días para que aporte o solicite las pruebas que considere pertinentes (ver link del expediente digital).

NOTIFIQUESE.



DARIO ALBERTO ARBELAEZ CIFUENTES
J u e z

JUZGADO 5º CIVIL DEL CIRCUITO DE PALMIRA – VALLE DEL CAUCA.-

EN ESTADO No. **012** DE HOY **22/ 2/2023**
NOTIFICO A LAS PARTES EL CONTENIDO DEL AUTO QUE ANTECEDE (Artículo 295 del C.G.P.).



RAFAEL COLONIA GUZMAN

Secretario.-



Al hecho DECIMO TERCERO: Por contener varias afirmaciones me permito referirme de forma independiente a cada uno de ellas:

-**NO LE CONSTA A MI REPRESENTADA** lo relatado sobre el distanciamiento de los demandantes a las que se refiere este hecho, por tratarse situaciones que son ajenas al conocimiento de mi representada mi representada como prestadora de servicios de salud.

-La transcripción del Art. 49 de la constitución Política y de un aparte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, **NO CORRESPONDE A UN HECHO** sino de los fundamentos de derecho en que el apoderado de la parte actora. Por lo anterior, me abstengo de pronunciarme sobre los mismos.

Al hecho DECIMO CUARTO: Por contener varias afirmaciones me permito referirme de forma independiente a cada uno de ellas:

-**NO LE CONSTA A MI REPRESENTADA** lo relatado sobre la afectación psicológica de los demandantes a las que se refiere este hecho, ni los diagnósticos que se relacionan por tratarse situaciones que son ajenas al conocimiento de mi representada.

-La transcripción de los artículos 14 y 42 de la constitución Política y de un aparte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, **NO CORRESPONDE A UN HECHO** sino de los fundamentos de derecho en que el apoderado de la parte actora. Por lo anterior, me abstengo de pronunciarme sobre los mismos.

Al hecho DECIMO QUINTO: ES CIERTA la realización de la audiencia de conciliación prejudicial.

III- EXCEPCIONES Y OPOSICIONES FRENTE A LOS HECHOS Y PRETENSIONES DE LA DEMANDA

De la manera más respetuosa, me permito proponer las excepciones que voy a enumerar y a sustentar, con el ánimo de que sean declaradas, sin perjuicio de las que sin haber sido expresamente enunciadas, resulten probadas en el transcurso del proceso y se funden en las disposiciones constitucionales, legales, contractuales y las directrices jurisprudenciales que constituyen el marco jurídico con fundamento en el cual habrá de decidirse el presente litigio.

Por consiguiente, pido al Señor Juez, reconocer las excepciones que aquí se presenta, y de oficio, cualquier otra vía exceptiva que aún sin ser nominada en el presente escrito, llegue a probarse dentro del respectivo proceso.

1- AUSENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE LA SUPUESTA VIOLACIÓN DEL DEBER DE INFORMACIÓN Y LA LESIÓN CORPORAL PADECIDA.

Se aduce como **hecho dañoso en el proceso**, que el ortopedista Sammy Orozco (quien realizó la intervención quirúrgica de artroscopia del día 16 de octubre de 2015), "**decidió sin consentimiento del paciente intervenir la rodilla derecha además de la izquierda**", pues siempre se informó a los pacientes y se consintió por ellos la misma intervención pero en la rodilla izquierda. Ello, **causó como daño una mielopatía por neurotoxicidad de bupivacaina**³¹.

³¹ Bupivacaina: Anestésico local; bloquea la propagación del impulso nervioso impidiendo la entrada de iones Na⁺ a través de la membrana nerviosa. <https://www.vademecum.es/principios-activos-bupivacaina-n01bb01>



Sea lo primero aclarar en el caso concreto, que:

1. la bupivacaina es un anestésico local³². Por ello, la complicación presentada, NO está relacionada con quirúrgico, pues se presentó como complicación idiosincrática de rara ocurrencia al medicamento anestésico (sin que medie culpa en el acto anestésico). Así las cosas, en nada se relacionada con la artroscopia en rodilla izquierda o derecha.

2. Que tal y como lo relatan insistentemente los demandantes (y tómesese como confesión lo indicado en hechos TERCERO), el día 26 de agosto de 2015 el especialista en anestesiología realizó su consulta pre-anestésica. Conforme se registró en la historia clínica, se explicaron riesgos al paciente y se tomó el consentimiento informado:

CONCLUSIONES	1	Clase funcional:	METS 4
Estado Físico ASA:	se explica riesgos refiere entender se explica ayuno se firma consentimiento/ alteraciones		
Interconsulta y Plan:			
Observaciones Generales:			
Profesional	ORDÓÑEZ FERNÁNDEZ VASCO		
Tarjeta Profesional	190384-07		
Especialidad	ANESTESIOLOGÍA		

33

3. Que la intervención realizada al menor LUIS MATEO OLANO es la misma artroscopia que se encontraba programada, pero por decisión autónoma del cirujano ortopedista, se extendió a la rodilla derecha que presentaba la misma patología.

En este orden de ideas, debe recordarse que el nexo de causal constituye uno de los presupuestos necesarios para que se pueda hablar de responsabilidad; en este sentido indica el Autor Ricardo A. Yagüez que este se considera como otra de las condiciones de existencia de la responsabilidad civil³⁴; nexo causal que se refiere a la relación que debe existir entre el comportamiento o conducta del agente y el resultado desfavorable producido; ésta verificación causal, debe hacerse a través de un estudio retrospectivo donde se tienen en cuenta los hechos acaecidos que se considera han sido el antecedente de la consecuencia presentada.

Sobre el nexo causal o la imputación como atribución del daño al autor, ha dicho recientemente la Corte Suprema de Justicia que siempre debe estar probada para que se pueda concluir que un hecho si es obra de del demandado y por ello debe entrar a responder:

“La imputación a la que aquí se alude es el juicio sobre la cuestión de cómo atribuir un hecho a un sujeto (imputatio facti o de primer nivel), tal como se ha concebido en la dogmática civil con profundo arraigo en la tradición privatista, que la entiende como una operación constitutiva de la relación jurídica entre un agente y un resultado. La imputatio facti permite afirmar que un sujeto es el artífice de una acción (apreciación de sentido de un hecho), pero nada dice acerca de la corrección o incorrección de dicha acción según se adecue o no a un deber objetivo de cuidado o prudencia. (KARL LARENZ, Op. cit. p. 201)

³² La bupivacaína es un medicamento que pertenece al grupo de los anestésicos locales de tipo amida y está indicado en anestesia local por infiltración, anestesia de conducción, anestesia epidural y espinal, bloqueos diagnósticos y terapéuticos para el tratamiento del dolor y en anestesia epidural y caudal para parto vagina https://cima.aemps.es/cima/dochtml/p/62411/P_62411.html

³³ Ver folio 6 de historia clínica de Luis Mateo Olano en la Clínica Palma Real

³⁴ Ricardo de Ángel Yagüez. *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, Civitas, Tercera edición, 1993, p. 77.



(...) Para que el juez declare que un hecho es obra de un agente, deberá estar probado en el proceso (sin importar a quien corresponda aportar la prueba), que el hecho desencadenante del daño ocurrió bajo su esfera de control y que actuó o dejó de actuar teniendo el deber jurídico de evitar el daño. El juicio de imputación del hecho quedará desvirtuado si se demuestra que el demandado no tenía tal deber de actuación.

Por supuesto que la causalidad natural desempeñará un papel importante en los eventos en los que se debate una responsabilidad directa por acción, en cuyo caso la atribución del hecho al convocado a juicio se podría refutar si se demuestra que su conducta no produjo el daño (no teniendo el deber jurídico de evitarlo), sino que éste se debió a una causa extraña a su obrar, como por ejemplo un caso fortuito, el acto de un tercero o el acto de la propia víctima."³⁵

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que el incumplimiento atribuido al Dr. Sammy Orozco (cirujano ortopedista) sobre la obtención del consentimiento informado para la intervención quirúrgica en rodilla derecha, no tiene relación respecto del daño que reclama. Lo anterior, no solo considerando que el riesgo que se concretó (mielopatía por neurotoxicidad de bupivacaina) está relacionado con el acto anestésico y no quirúrgico, sino también porque, el consentimiento informado tiene relación con la autonomía de los pacientes, más no con la reacción idiosincrática de baja ocurrencia que se concretó en LUIS MATEO OLANO al medicamento. De hecho, puede afirmarse, que esta misma complicación pudo surgir con o sin de la rodilla derecha, pues se realizaría la misma intervención en rodilla izquierda.

Casos como el que nos ocupa, han sido resueltos por la Corte Suprema de Justicia, **indicando que la ausencia de consentimiento, NO es causa de la concreción de un riesgo**, puesto que justamente la causa del mismo está en el acto médico. Ello nos lleva a indicar, que recae en la parte actora el deber de probar la "culpa" en el acto, puesto que ello no se prueba afirmando la ausencia del consentimiento que se alega en este proceso.

Sobre la ausencia de relación causal entre la ausencia de consentimiento y una complicación en un procedimiento, se refirió la Corte Suprema de Justicia en sentencia del (26) de julio de dos mil diecinueve (2019) de la siguiente forma:

"Si ello es así, como en verdad lo es, resulta intrascendente entrar a dilucidar el incumplimiento del deber de información a cargo del médico de modo que pueda confirmarse que el consentimiento que con antelación a las intervenciones quirúrgicas obtuvo de la paciente y demandante, no fue el producto de la decisión de esta, libre, consciente y con pleno conocimiento de las consecuencias, esto es, un consentimiento informado. Y es intrascendente si se tiene en cuenta que el daño que se reclama tiene una causa perfectamente determinada en la demanda: las cirugías y no la ausencia de consentimiento informado.

*Lo anterior tiene un basamento fuerte y es la ausencia del nexo causal entre la violación del deber de obtención de información y la lesión corporal padecida. Es que el interés jurídico tutelado cuando se requiere que el paciente dé asentimiento a la práctica quirúrgica previa información suficiente que ha obtenido de la misma y de otros pormenores según dicho, radica en la protección de derechos constitucionales fundamentales (autonomía, libertad y dignidad humana) y no propiamente la evitación de un perjuicio que, con información o sin ella, puede llegar a materializarse como secuela de la intervención quirúrgica que comporta riesgos.*³⁶

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 30 de septiembre de 2016. M.P. Dr.: Ariel Salazar Ramírez. Exp. 13925-16.

³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC 2804-2019 del veintiséis (26) de julio de dos mil diecinueve (2019), Radicación n° 76001-31-03-014-2002-00682-01, M.P. Margarita Cabello Blanco.



En el presente caso, no existe relación entre el hecho dañoso que se pretende en el hecho dañoso que se alega en el proceso (ausencia de consentimiento), con el daños que se pretende sea indemnizado (mielopatía), y por consecuencia, tampoco con los perjuicios materiales e inmateriales reclamados, pues todos ellos se justifican exclusivamente en la modificación de las condiciones de vida por la mielopatía, más no tienen relación con la protección del bien jurídico tutelado con el consentimiento informado: autonomía.

Por último, debe tenerse en cuenta que es el demandante quien tiene **la carga de la prueba de la relación de causalidad** "...debe insistirse en que **la presunción de la causalidad será siempre improcedente**: aceptarla implicaría incurrir en una evidente contradicción, en la medida en que supondría la aplicación, tratándose de la responsabilidad por la prestación del servicio médico asistencial, de un régimen más gravoso para el demandado inclusive que el objetivo, dado que si bien en éste la falla del servicio no constituye un elemento estructural de la obligación de indemnizar, **el nexo causal está siempre presente y la carga de su demostración corresponde al demandante, en todos los casos (...)**".³⁷

Por lo dicho hasta aquí, le ruego respetuosamente al Señor Juez, declarar probada la presente vía exceptiva, que por sí sola, sirve para enervar todas las pretensiones indemnizatorias de los accionantes.

2- **AUTONOMIA PROFESIONAL DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD RESPECTO A SUS ACTOS, E INPENDENCIA DEL CRITERIO MÉDICO.**

El artículo 104 de la ley 1438 de 2011 (la cual modifico el art 26 de la ley 1164 de 2007) dispone:

*ACTO PROPIO DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD. Es el conjunto de acciones orientadas a la atención integral de salud, aplicadas por el profesional autorizado legalmente para ejercerlas. **El acto profesional se caracteriza por la autonomía profesional y la relación entre el profesional de la salud y el usuario.** Esta relación de asistencia en salud genera una obligación de medio, basada en la competencia profesional. (Resaltado y subraya fuera del texto)*

Lo anterior, fue corroborado por la **Ley 1571 de 2015**, que en su artículo 17, dispone:

*"Autonomía profesional. **Se garantiza la autonomía de los profesionales de la salud para adoptar decisiones sobre el diagnóstico y tratamiento de los pacientes que tienen a su cargo.** Esta autonomía será ejercida en el marco de esquemas de autorregulación, la ética, la racionalidad y la evidencia científica. **Se prohíbe todo constreñimiento, presión o restricción del ejercicio profesional que atente contra la autonomía de los profesionales de la salud,** así como cualquier abuso en el ejercicio profesional que atente contra la seguridad del paciente." (Resaltado y subraya fuera del texto)*

La decisión médica, es una actividad propia de los profesionales de la salud, ceñida al análisis riesgo-beneficio en cada caso, debiendo elegir el medico, entre ellas, la mejor estrategia, sin que ello signifique por sí solo el éxito de la tarea (estamos ante una obligación de medio y no de resultado). Por ello al interior de una cirugía las decisiones se toman conforme el conocimiento, la experiencia y evidencia que un profesional de la salud realiza en determinado momento.

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 15 de Agosto de 2002. Exp: 11.605. En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de junio de 2001, expediente 11.901. "...tratándose de la relación de causalidad, no se plantea la inversión –ni siquiera eventual- del deber probatorio, que sigue estando, en todos los casos, en cabeza del demandante. No se encuentra razón suficiente para aplicar, en tales situaciones, el citado principio de las cargas probatorias dinámicas. Se acepta, sin embargo, que la demostración de la causalidad se realice de manera indiciaria, siempre que, dadas las circunstancias del caso, resulte muy difícil-si no imposible- para el demandante, la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar." (Resaltado y subraya fuera del texto)



Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que la decisión respecto de la necesidad, indicación y pertinencia de una intervención quirúrgica, y mas aún, las decisiones intraoperatorias (como la conducta definida por el especialista en ortopedia Dr. SAMMY OROZCO), son totalmente ajenas a la intervención de la IPS. Ello, ya que la escogencia de las alternativas de los pacientes quedan a criterio medico, sin que haya ninguna interferencia en las mismas por parte de la CLINICA PALAMA REAL como institución prestadora de salud, porque es el profesional quien conoce el asunto, y a quien se le confía la razón del caso para dar solución a un problema de salud.

En el caso que nos ocupa, el ortopedista Dr. Sammy Orozco definió ampliar la intervención quirúrgica a la rodilla derecha (además de la izquierda), consignando dicha decisión y su justificación en la historia clínica. Esta conducta, hace parte del criterio del profesional que, por supuesto siempre se enmarca en el marco de esquemas de autorregulación, la ética, la racionalidad y la evidencia científica, y respetando los principios de beneficencia y no maleficencia.

Ahora bien, aunque el demandante reprocha el actuar del profesional al optar por la intervención de la extremidad colateral dentro del procediendo quirúrgico practicado el día 16 de octubre de 2015 sin consentimiento, ello no significa per sé, que ello sea causa de la "mielopatía por neurotoxicidad de bupivacaina". Por el contrario, dicha patología, se relacionó (en junta medica del 21 de septiembre de 2016) con una reacción idiosincrática del LUIS MATEO OLANO al medicamento anestésico bupivacaina (sin que medie culpa) y no directamente con practica quirúrgica. Incluso, es una afectación que pudo presentarse con o sin la practica de la artroscopia que se realizó en la rodilla derecha, rompiéndose así la causalidad adecuada.

Además, lo determinante del consentimiento es la información previa que se da respecto de los beneficios vs. los riesgos de "común ocurrencia" que esperan con un procedimiento. En este caso, la mielopatía por neurotoxicidad de Bupivacaina, se trata de una complicación de muy poca probabilidad de ocurrencia, y que ende, no requería ser advertida como riesgo predicable de un paciente como LUIS MATEO OLANO (según su condición física y de pre-sanidad). Así las cosas, la existencia o no de un consentimiento informado, tampoco evita la ocurrencia del daño.

3- IMPOSIBILIDAD DE OBTENCIÓN PREVIA DE CONSENTIMIENTO DE PROCEDIMIENTOS, CUYA NECESIDAD SURGE DENTRO DE UN ACTO QUIRURGICO

Tal y como se describió en los hechos de la demanda, el día 16 de octubre de 2016 se realiza cirugía (ambulatoria programada y consentida) de artroscopia en rodilla izquierda por parte del ortopedista Sammy Orozco. Estando en el curso operatorio, el profesional "decide realizar igual procedimiento en rodilla contralateral por ser una patología bilateral y presentar click bilateral con bloqueo meniscal", encontrando durante su intervención que la misma lesión de la otra extremidad, con bloqueo articular y procede a realizar la intervención en rodilla derecha sin complicaciones.

Así las cosas, la intervención quirúrgica de la rodilla derecha, fue un procedimiento que se consideró por el profesional de la salud estando dentro de la intervención quirúrgica, siendo imposible obtener un consentimiento para un acto medico que no se encontraba programado, pero que, bajo el criterio y la autonomía del especialista en ortopedia Dr. Sammy Orozco, se encontraba indicado y era pertinente su realización en la misma oportunidad.

Debe aclararse en todo caso, que la intervención realizada en rodilla derecha, es exactamente el mismo procedimiento que se ejecutó en rodilla izquierda, la cual sí se había consentido previa advertencia de los



riesgos; Por lo tanto, el paciente y su representante legal (madre), conocían tanto el procedimiento como los riesgos, por ya habérseles explicado respecto la cirugía programada.

4- VALIDEZ DEL CONSENTIMIENTO SUSTITUTO

Se concluye de los hechos de la demanda, la exigencia por parte del apoderado de la parte actora, de que el menor LUIS MATEO OLANO fuera quien realizara el consentimiento de la intervención quirúrgica practicada para el día 16 de octubre de 2015, a pesar de contar con 14 años de edad para el momento de la misma.

Al respecto, es claro que es la ley quien define la "capacidad" de las partes para ciertos actos, siendo la ley 23 de 1991 (ley de ética médica) la que exige a los profesionales de la salud, solicitar el consentimiento de los representantes legales de un menor de edad para los actos médicos. Ello, puesto que legalmente se entiende "ineficaz o invalido", la autorización dada por un menor de edad por "incapacidad" para tal acto.

Por lo anterior, nace el **consentimiento sustituto**, como aquel derecho ejercido por los familiares, representantes o responsables del paciente, en caso de la inconsciencia, discapacidad o minoría de edad del paciente, de consentir o rechazar en nombre del sujeto pasivo, un tratamiento o procedimiento.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional³⁸, ha sido clara en definir que existen por lo menos tres situaciones claras en las cuales no es posible para el profesional de la salud realizar un consentimiento informado:

- 1) cuando el estado mental del paciente no es normal;
- 2) cuando el paciente se encuentra en estado de inconsciencia y
- 3) cuando el paciente es menor de edad."

Si bien la Corte constitucional ha reconocido el derecho de menores adultos para tomar decisiones en algunos casos (como identidad de sexo, modificación de sexo en niños transgénero, transfusiones sanguíneas según ciertos credos religiosos, etc), también lo es que, para intervenciones quirúrgicas como las que nos ocupan (artroscopia de rodilla), debe optarse por el consentimiento sustituto de los padres para la realización del mismo (siendo ello lo que es exigible a los profesionales de la salud).

Se insiste en todo caso, que la intervención realizada en rodilla derecha, es exactamente el mismo procedimiento que se surtió en rodilla izquierda, la cual sí se había consentido previa advertencia de los riesgos; Por lo tanto, el paciente y su representante legal (madre), conocían tanto el procedimiento como los riesgos, por habérseles explicado respecto la cirugía ya programada.

5- EL CONSENTIMIENTO NO ES UN DOCUMENTO. ES UN ACTO MEDICO

Existe un error por parte del accionante en considerar que si no hay un escrito, no existe consentimiento informado, pues es claro que no hay tarifa legal para probar esta situación, y tampoco existe actualmente en Colombia una norma que obligue a contar en todo procedimiento con un escrito.

La Corte Suprema de Justicia, ha indicado claramente que el consentimiento informado es consensual, y puede ser probado por cualquier medio, inclusive, a través de indicios como medio idóneo de prueba. En palabras de la Corte suprema:

³⁸ Corte Constitucional T-401 del 12 de septiembre de 1991. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente T-36771



"El consentimiento informado, es un acto dispositivo espontáneo, esencialmente revocable, singular al tratamiento o intervención específica, recepticio, de forma libre o consensual, puede acreditarse con todos los medios de prueba, verbi gratia, documental, confesión, testimonios, etc., y debe ser oportuno."³⁹ (Resaltado y subraya fuera del texto)

En cuanto al Consejo de Estado, en sentencia del año 2008 indicó que la conducta asumida por el paciente es más que suficiente para dar por acreditado el consentimiento tácito para un tratamiento médico:

"La exteriorización de la voluntad libre del paciente, vale decir, su querer interno no necesariamente debe ser manifestado en forma expresa. Si bien la voluntad debe traducirse en un acto material, puede darse a conocer directamente mediante el lenguaje o la declaración verbal o escrita, a través de cualquier otro signo como sería el comportamiento.

De modo que la manifestación del paciente no requiere -para que emerja válidamente- un comportamiento expresivo específico como sería el lenguaje convencional en su modalidad escrita o solemne, sino que la voluntad puede ser reconstruida a partir de la conducta asumida por el paciente que adquiere un significado jurídico, al revelar el propósito del mismo.

Expresión volitiva tácita o indirecta que es manifestación inequívoca, clara y precisa de la voluntad y por lo mismo está dotada de igual fuerza vinculante que la forma directa de exteriorizar el querer, como que produce los mismos efectos que si hubiese sido expresada de manera explícita en un documento escrito."⁴⁰ (Resaltado y subraya fuera del texto)

Basta con las mismas manifestaciones de la demanda, para tener por demostrado que, en el presente caso sí hubo consentimiento informado para la realización del procedimiento de artroscopia en rodilla izquierda realizado el 16 de octubre de 2015, siendo insistente la parte actora que tanto como ortopedistas como el anesthesiólogo les informaron respecto a la misma. Incluso, el hecho de la asistencia puntual a la valoración pre-anestésica, toma de exámenes previos a la intervención, y la asistencia puntual a la misma, son comportamientos que prueban suficiente de su aquiescencia al procedimiento.

Ahora bien, respecto de la decisión del cirujano ortopedista al interior de dicha intervención de ampliar la cirugía a la rodilla derecha y la insistencia de la ausencia de un consentimiento expreso para ello, debe quedar claro que, si bien el principio de autonomía que permite a un sujeto aceptar o no la realización de una intervención en salud, es un derecho que por regla general prima sobre otros principios, la jurisprudencia constitucional, ha indicado que no tiene un carácter absoluto, y que en algunos eventos debe ceder ante el principio de beneficencia:

"11.- La Corte ha resaltado que el derecho a la autonomía del paciente para tomar decisiones relativas a su salud, al cual se le denomina en la bioética principio de autonomía, puede entrar en colisión con otros principios que orientan la práctica médica tales como los principios de beneficencia y de utilidad, los cuales también tienen fundamento constitucional. De un lado, el principio de beneficencia consiste en que "es deber de estos profesionales [los médicos] contribuir positivamente al bienestar del paciente (principio de benevolencia), o al menos abstenerse de causarle cualquier daño físico o síquico (principio de no maleficencia o primun non nocere)". Éste "encuentra sustento constitucional en el deber del Estado y de los profesionales de la salud de cuidar la vida y la integridad de las personas (CP art. 49)".

Así las cosas, aunque se protege el principio de autonomía, en algunos eventos pueden llegar a prevalecer otros principios, decisión que recae exclusivamente en el análisis que hacen los profesionales de la salud, **al**

³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 17 de noviembre de 2011. MP. Dr. William Namén Vargas. rad. 1999-00533-01.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 23 de abril de 2008. C.P. Dra. Ruth Estella Correa.



decidir respecto de la alternativa más benéfica para el paciente. En este caso, el profesional Sammy Orozco, opto por realizar en una misma intervención quirúrgica la corrección de la misma patología contralateral (lado derecho además del izquierdo), lo cual hace parte de la autonomía profesional (sin injerencia por parte de la CLINICA PALMA REAL como IPS) como se desarrolló en excepciones anteriores.

6- LA NEUROTOXICIDAD COMO REACCIÓN IDIOSINCRÁTICA AL MEDICAMENTO ANESTÉSICO (Bupivacaina). NO ES UN RIESGO PREVISTO DE COMÚN OCURRENCIA.

El artículo 16 de la Ley 23 de 1981 consagra:

*"La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, **no irá más allá del riesgo previsto**. El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados.*

En el mismo sentido, el decreto reglamentario 3380 de 1981 estipuló en su artículo 10 que:

*"El médico cumple la **advertencia del riesgo previsto** a que se refiere el inciso segundo del artículo 16 de la ley 23 de 1981, 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".*

Al respecto, se ha pronunciado en múltiples oportunidades la Corte Suprema de Justicia, indicando que "*no es posible exigirle al profesional que agote en su información a su "paciente", **todas y cada una de las posibilidades o eventualidades que surjan de un específico procedimiento científico, mucho más cuando algunas, a pesar de los cuidados y precauciones que se tomen, siempre serán imprevisibles, siendo entonces suficiente, según autorizadas jurisprudencias y doctrinas patrias que se haga la advertencia de los "riesgos de mayor ocurrencia, porque es imposible exigir explicación de la infinidad de riesgos que pueden sobrevenir**"⁴¹.*

*"(...)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.**"⁴².*

Lo anterior se exalta puesto que, aunque no existe nexo causal entre la supuesta "ausencia de consentimiento informado quirúrgico", y el daño que se aduce en el proceso (mielopatía). En la demanda se aduce como hecho dañoso la ausencia de consentimiento informado para la artroscopia realizada en rodilla derecha; Ante dicho reproche puede preguntarse: ¿Si el paciente hubiera conocido como riesgo una reacción idiosincrática a la bupivacaina que causaría una mielopatía, se hubiera negado a la artroscopia realizada en rodilla derecha a pesar de autorizar la misma para la rodilla izquierda"?

Lo cierto en este caso, es que la Mielopatía (que puede tener múltiples causas) es una patología de muy rara ocurrencia como consecuencia de una intervención quirúrgica y, por ende, no es un riesgo de los que deba advertirse. Incluso, se calificó por la junta médica del 21 de septiembre de 2016 ⁴³ como una "condición

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, marzo 12 de 2010. MP. RUTH MARINA DÍAZ RUEDA

⁴² Corte Suprema de Justicia - sala de casación civil, **Sentencia del 27 de julio de 2015**; Exp 05001-31-03-017-2002-00566-01. M.P Dr. Fernando Giraldo Gutiérrez

⁴³ Acta del 21 de septiembre de 2016: Análisis del caso de LUIS MATEO OLANO: observación No. 4 "pte con condición neurológica aislada del procedimiento qx de rodilla, posiblemente asociada a reacción al anestésico local que es poco frecuente" observación No. 5... neurología descarta complicación (trauma medular) por procedimiento anestesiología, observación No. 6. **Conclusión de la junta: 1. Fenómeno de neurotoxicidad idiosincrática que no depende del**



idiosincrática del paciente que no dependía del mecanismo quirúrgico ni anestésico". Incluso, la mielopatía por neurotoxicidad de bupivacaina corresponde a una afectación que pudo presentarse con o sin la práctica de la artroscopia que se realizó en la rodilla derecha, ya que en todo caso, se encontraba programada la práctica de la artroscopia de rodilla izquierda.

Lo anterior se expone, atendiendo a que lo determinante del consentimiento es la información previa que se da respecto de los beneficios vs. los riesgos de "común ocurrencia" que esperan con un procedimiento. En este caso, **la Mielopatía por neurotoxicidad de Bupivacaina, se trata de un evento de muy poca probabilidad de ocurrencia, y que ende, no requería ser advertida como riesgo probable para un paciente como LUIS MATEO OLANO (según su condición física y de pre-sanidad).**

7-AUSENCIA DE UN ACTUAR CULPOSO DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD QUE BRINDARON LA ATENCIÓN AL SEÑOR LUIS MATEO OLANO. SIN LA CUAL, NO SE PUEDE COMPROMETER LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL DE MI REPRESENTADA.

La Corte Suprema de Justicia ha establecido que para probar la existencia de una culpa en la responsabilidad médica, debe hacerse un análisis de la *lex artis* para el caso concreto, y debe el demandante acreditarla en el proceso. No basta la existencia de una lesión, sino que se exige la violación de dicha regla o baremo ordinario de prudencia que se exige a los profesionales de la salud, pues no cualquier negligencia tendrá la virtualidad de comprometer la responsabilidad de los demandados. Así las cosas, la culpa médica debe probarse, estamos frente una obligación de medio y no de resultado, por lo cual serán los demandantes quienes deban demostrar que los profesionales y las instituciones que lo atendieron, incurrieron en actos culposos generadores de los presuntos perjuicios que se reclaman.

La negligencia, la imprudencia, la impericia o la violación de protocolos, como generadores de la culpa deben quedar acreditados y probarse, y no, simplemente suponerse o darse por sentados a través de afirmaciones o transcripciones de apartes de la historia clínica como se colige de los hechos que originan la presente acción. Lo anterior, debido a que historia clínica se limita a narrar los hallazgos del proceso clínico de un paciente y es imprescindible en un proceso conjugar y comparar los actos médicos adelantados las circunstancias particulares del caso y la *lex artis*, para determinar si hay un actuar culposo, o no.

Así las cosas, el alcance probatorio que pretende otorgarle el demandante a la historia clínica para deducir de ella una responsabilidad a partir de la simple existencia de la descripción de una lesión, carece de dicho valor puesto que de la misma, no evidencian un error de conducta, una imprudencia o negligencia en el actuar médico.

Por el contrario, esta prueba documental (h.c) referencia la rareza del suceso ocurrido (mielopatía por neurotoxicidad de bupivacaina), lo cual hacen parte del álea terapéutico que escapa de los profesionales de la salud y que no tiene como causa directa ningún actuar que incumpla la *lex artis* en el procedimiento quirúrgico ni anestésico del día 16 de octubre de 2015.⁴⁴

mecanismo quirúrgico o anestésico. 2. El plan de manejo está establecido en la historia clínica dirigido a la rehabilitación 3. trabajar de la mano con el asegurador.

⁴⁴ Acta del 21 de septiembre de 2016: Análisis del caso de LUIS MATEO OLANO: observación No. 4 "pte con condición neurológica aislada del procedimiento qx de rodilla, posiblemente asociada a reacción al anestésico local que es poco frecuente" observación No. 5... neurología descarta complicación (trauma medular) por procedimiento anestesiología,



*"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".⁴⁵*

Es un error, como lo señala Ricardo Luis Lorenzetti, seguir juzgando al médico y a las instituciones prestadoras de servicio, como se hace en la actualidad en muchos casos, **por el error o por el riesgo de la enfermedad**, aspectos estos que se consideran ajenos al ámbito obligacional que pueda comprometer la responsabilidad del profesional. Así lo describe el doctrinante:

"Ya hemos establecido que el objeto de análisis en el juicio de responsabilidad es la conducta del médico como plus causal respecto de la enfermedad. No se trata de juzgar la enfermedad sino aquello que el médico aporta para torcer su curso; si ello beneficia o perjudica, o es indiferente, o hay una mera abstención cuando debía obrar. Puede ocurrir que no obstante haber prestado una diligencia adecuada, se produzcan adversidades porque la enfermedad es incurable o porque hay errores inculpables."⁴⁶

En igual sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia desde 1940:

*"...el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia, y los dictados de su prudencia, **sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de éste**."⁴⁷ (Resaltado y subraya fuera del texto)*

Por consiguiente, ante la ausencia de una prueba que determine que existió un actuar culposo de los profesionales de la salud o de la CLINICA PALMA REAL en la atención brindada a LUIS MATEO OLANO, y además, que dicha culpa sea determinante en el daño que se alega dentro del presente proceso, solicito respetuosamente desechar las pretensiones de la demanda, y declarar probada la presente vía exceptiva.

observación No. 6. **Conclusión de la junta: 1. Fenómeno de neurotoxicidad idiosincrática que no depende del mecanismo quirúrgico o anestésico.** 2. El plan de manejo esta establecido en la historia clínica dirigido a la rehabilitación 3. trabajar de la mano con el asegurador.

⁴⁵ Sentencias corte Suprema de Justicia del 5 de marzo de 1940, 12 de septiembre de 1985, 30 de enero de 2001, entre otras

⁴⁶ Ricardo Luis Lorenzetti. *Responsabilidad civil de los médicos*, Tomo II, Buenos Aires 1997, Editorial Rubinzal-Culzoni, p. 41.

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Civil, Sentencia 5 de Marzo de 1940. M.P. Dr.: Liborio Escallón. De igual forma: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 18 de abril de 1994. "...La responsabilidad médica sigue siendo tratada, en la jurisprudencia de la Corporación como de MEDIOS, o sea de PRUDENCIA Y DILIGENCIA, lo que obliga al profesional de la medicina y a los centros de atención, a proporcionar al enfermo todos aquellos cuidados que conforme a los conocimientos científicos, y a la práctica del arte de curar, son conducentes para tratar de lograr el FIN deseado, **siendo igualmente cierto que no se puede ni debe asegurar la obtención del mismo**" (Resaltado fuera del texto)



8-LA OBLIGACIÓN QUE NACE EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD, ES DE MEDIOS Y NO DE RESULTADO.

Existe mandato que indica claramente que la obligación de los profesionales de la salud es de MEDIO y no de resultado, y es el art. 104 de la ley 1438 de 2011, la cual modifico el art 26 de la ley 1164 de 2007, que en ese sentido prescribía lo mismo.

*ART 104. AUTORREGULACIÓN PROFESIONAL Modifícase el artículo 26 de la ley 1164 de 2007, el cual quedará así: "Artículo 26. ACTO PROPIO DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD. Es el conjunto de acciones orientadas al atención integral de salud, aplicadas por el profesional autorizado legalmente para ejercerlas. El acto profesional se caracteriza por la autonomía profesional y la relación entre el profesional de la salud y el usuario. **Esta relación de asistencia en salud genera una obligación de medio, basada en la competencia profesional.** (Resaltado y subraya fuera del texto)*

Al respecto, ha reiterado en múltiples ocasiones por la Jurisprudencia Colombiana, que la obligación del médico y de la prestación del servicio de salud, es de medios y no de resultado, pues se considera que se está frente a una de las llamadas profesiones liberales, donde el deudor únicamente asume la obligación de medio o de mera actividad, pues a dichos profesionales sólo se les puede exigir una conducta solícita y diligente, en virtud de la cual han de procurar la obtención de la curación, sin que el resultado –mejoría del paciente-, haga parte del alcance del débito prestacional.

Tener en cuenta lo anterior, sirve para determinar, cuáles situaciones le son imputables a manera de reproche a los profesionales y a los centros asistenciales, esto es, determinar si se ha incurrido en una culpa, y esto es así, puesto que no hay otra manera para lograr comprometer la responsabilidad de un profesional, que con la prueba de hechos dañinos, merecedores de ser calificados como culposos, que hayan sido determinantes del resultado presentado.

Así las cosas, desde el año de 1940 la Corte Suprema Justicia, ha manifestado que la obligación de los profesionales de la salud es de medio, y ha generado una serie de pronunciamientos, como el del 26 de noviembre de 1986 que claramente corrobora la tesis de la obligación de medios de los profesionales de la salud y la imposibilidad de hacerlos responsables de un resultado negativo si no ha mediado culpa en su actuar, esto aunado a las disposiciones legales antes mencionadas:

"2. Como en general, la responsabilidad civil médica nace de un acto jurídico, o sea en un contrato de prestación de servicios, conviene analizar brevemente sus lineamientos para establecer cuándo se da esa responsabilidad.

Mediante contrato el médico se compromete con su paciente a tratarlo o intervenirle quirúrgicamente, a cambio de una remuneración económica, en la mayoría de los casos; pues puede darse la gratuidad, con el fin de liberarlo, en lo posible, de sus dolencias; para este efecto, aquél debe emplear sus conocimientos profesionales en forma ética, con el cuidado y diligencia que se requieran, sin que, como es lógico, pueda garantizar al enfermo su curación ya que ésta no siempre depende de la acción que desarrolla el galeno pues pueden sobrevenir circunstancias negativas imposibles de prever.

Por tal razón, la jurisprudencia considera que la obligación que el médico contrae por el acuerdo es de medio y no de resultado, de tal manera que si no logra alcanzar el objetivo propuesto con el tratamiento o la intervención realizada, solamente podrá ser declarado civilmente responsable y condenado a pagar perjuicios si se demuestra que incurrió en culpa por haber abandonado o descuidado el enfermo o por no



haber utilizado diligentemente en su atención sus conocimientos científicos o por no haberle aplicado el tratamiento adecuado a su dolencia, a pesar de que sabía que era el indicado. En efecto, La Corte, en su sentencia del 5 de marzo de 1940 expresó: "La obligación profesional del médico no es, por regla general, de resultado sino de medio, o sea que el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia, y los dictados de su prudencia, sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de éste..." (G.J.1935 PÁG 118). Así, el demandado podrá exonerarse de responsabilidad demostrando ausencia de culpa, por haber puesto todo el cuidado que el caso requería, caso fortuito, fuerza mayor o culpa del paciente por no haber cumplido las prescripciones respectivas."⁴⁸ (Resaltado y subraya fuera del texto)

En pronunciamiento más reciente de la Corte Suprema del año 2014, se dijo lo siguiente:

"(...) 9.- Las reclamaciones que se desprenden de una indebida prestación de los servicios aquí involucrados, requieren de un esfuerzo demostrativo por cuenta de quien las plantea. Esto si se tiene en cuenta que la Sala entiende desde hace considerable tiempo, como dijo en la SC de 5 de marzo de 1940, que por regla general las obligaciones que surgen de vinculaciones de este tipo son de medio, debiéndose establecer «no sólo la certidumbre de la culpa del médico sino también la gravedad».

De allí que se aplique el principio universal del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, según el cual «incumbe als partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen»"⁴⁹. (Resaltado y subraya fuera del texto)

Y en sentencia del año 2016 se reiteró la postura de que la medicina no es ciencia exacta, que implica una obligación de medio y que solo se puede comprometer la responsabilidad en estos eventos cuando haya prueba de una mala praxis:

"1-A pesar de los avances en todos los campos, la complejidad del cuerpo humano impide que hoy en día la medicina sea una ciencia exacta, de ahí que se estime que su práctica, en términos generales, corresponde a una obligación de medio... Es por eso que solo si se verifica una mala praxis surge la obligación de reparar, entre otros eventos, cuando se deja de actuar injustificadamente conforme a los parámetros preestablecidos, eso sí, siempre y cuando se estructuren los diferentes elementos de daño, culpa y nexa causal que contempla la ley."⁵⁰ (Resaltado y subraya fuera del texto)

En sentencia del año 2017, se dijo por parte del alto tribunal, que la distinción entre obligaciones de medio y de resultado es trascendental, para determinar el tema de la carga de la prueba, y para verificar cuando un resultado desafortunado puede ser endilgado a título de responsabilidad, y cuando dicho resultado a pesar de no ser satisfactorio, no puede ser atribuido a los profesionales de la salud como obra de su actuar, y por ello no compromete su responsabilidad.

"De ahí, sin abandonar el contenido prestacional asumido, en las obligaciones de medio el médico cumplirá su deber desplegando la actividad impuesta por la lex artis, independientemente del fin perseguido; y si son de resultado, por así haberse pactado expresamente, habrá cumplimiento cuando el acreedor obtiene las expectativas creadas. En las primeras, por tanto, el objeto de la obligación es una conducta idónea, al margen del éxito esperado, como sí acaece en las últimas.

De esa manera, si el galeno fija un objetivo específico, cual ocurre con intervenciones estéticas, esto es, en un cuerpo sano, sin desconocer su grado de aleatoriedad, así sea mínimo o exiguo, se entiende que todo lo tiene bajo su control y por ello cumplirá pagando la prestación prometida. Pero si el compromiso se reduce a entregar su sapiencia profesional y científica, dirigida a curar o a aminorar las dolencias del paciente,

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia 26 de noviembre de 1986. M.P. Dr.: Héctor Gómez Uribe.

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia 14 de noviembre de 2014. M.P. Dr.: Fernando Giraldo Gutiérrez. Exp. 15746-14

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia 20 de junio de 2016. M.P. Dr.: Fernando Giraldo Gutiérrez. Exp. SC8219-2016.



basta para el efecto la diligencia y cuidado, pues al fin de cuentas, el resultado se encuentra supeditado a factores externos que, como tales, escapan a su dominio, verbi gratia, la etiología y gravedad de la enfermedad, la evolución de la misma o las condiciones propias del afectado, entre otros."⁵¹ (Resaltado y subraya fuera del texto)

En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia hasta la fecha, siendo claro que la obligación que estos asumen, en su calidad de profesionales de la salud, es la de medios y no la de resultado y ante la ausencia de una prueba que determine que existió en el presente caso un actuar culposo de los profesionales de la salud o las instituciones prestadoras de servicio, deben declararse infundadas las pretensiones de la demanda, y declarar probada la presente vía exceptiva.

5-CUMPLIMIENTO CABAL DE LAS OBLIGACIONES LEGALES Y CONTRACTUALES A CARGO DE LA CLINICA PALMA REAL, COMO ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS DE SALUD

La Clínica PALMA REAL está constituida como una entidad prestadora de servicios de salud, cuya función según la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios y leyes modificatorias, es prestar la atención en salud a los afiliados al sistema de seguridad social en salud a través de las EPS. Así lo describe la ley 100 de 1003:

"Ley 100 de 1993. ART 156-. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. El Sistema General de Seguridad Social en Salud tendrá las siguientes características:

(...) i) Las Instituciones Prestadoras de Salud son entidades oficiales, mixtas, privadas, comunitarias y solidarias, organizadas para la prestación de los servicios de salud a los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud, dentro de las Entidades Promotoras de Salud o fuera de ellas. El Estado podrá establecer mecanismos para el fomento de estas organizaciones y abrir líneas de crédito para la organización de grupos de práctica profesional y para las Instituciones Prestadoras de Servicios de tipo comunitario y Solidario;

Ley 100 de 1993. ART 185-. INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD. "Son funciones de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente Ley.

"Decreto 4747 de 2007. ART 3-. Definiciones. Para efectos del presente decreto se adoptan las siguientes definiciones:

*a. Prestadores de servicios de salud: Se consideran como tales las instituciones prestadoras de servicios de salud y los grupos de práctica profesional que cuentan con infraestructura física para prestar servicios de salud y que se encuentran habilitados. Para efectos del presente decreto, se incluyen los profesionales independientes de salud y los servicios de transporte especial de pacientes que se encuentren habilitados."*⁵²

Ahora bien, para saber si una IPS puede prestar los servicios de atención en salud y cumple con los estándares de calidad exigidos por el ordenamiento jurídico Colombiano, debemos recurrir a lo expresado en el Decreto

⁵¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 24 de mayo de 2017. MP. Dr.: Luis Armando Tolosa Villabona. (Sc-7110-17)

⁵² Ministerio De La Protección Social. **Decreto 4747 de 2007**. "Por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, y se dictan otras disposiciones."



1011 de 2006, "Por el cual se establece el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud", sistema que es definido en el art 2 de la siguiente manera:

ART 2. DEFINICIONES. "Para efectos de la aplicación del presente decreto se establecen las siguientes definiciones: Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de Atención en Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud, SOGCS. Es el conjunto de instituciones, normas, requisitos, mecanismos y procesos deliberados y sistemáticos que desarrolla el sector salud para generar, mantener y mejorar la calidad de los servicios de salud en el país." (Resaltado fuera del texto)

Para poder cumplir con el SOGCS, se ha creado el entre otros, el sistema único de habilitación, el cual es definido en el artículo 6 del mencionado decreto de la siguiente manera:

TÍTULO III. CAPÍTULO I. SISTEMA ÚNICO DE HABILITACIÓN. ART 6. SISTEMA ÚNICO DE HABILITACIÓN. Es el conjunto de normas, requisitos y procedimientos mediante los cuales se establece, registra, verifica y controla el cumplimiento de las condiciones básicas de capacidad tecnológica y científica, de suficiencia patrimonial y financiera y de capacidad técnico-administrativa, indispensables para la entrada y permanencia en el Sistema, los cuales buscan dar seguridad a los usuarios frente a los potenciales riesgos asociados a la prestación de servicios y son de obligatorio cumplimiento por parte de los Prestadores de Servicios de Salud y las EAPB." (subraya fuera del texto)

En este orden de ideas y para poder quedar inscrito en el Registro especial de prestadores de salud, es necesario que las IPS, presenten un formulario con la indicación de los servicios que desean queden registrados y habilitados, previa realización de una autoevaluación, donde manifiesten que cumplen con las condiciones de habilitación exigidas por la ley⁵³. Una vez, verificado el cumplimiento de los requisitos exigidos para ser inscrito en el registro especial de prestadores de servicios de salud, el prestador debe radicar el formulario ante la entidad Departamental o Distrital de salud correspondiente, teniendo como gran efecto, según lo dicho por el art 13, que a partir de la radicación de la inscripción, el Prestador de Servicios de Salud se considera habilitado para ofertar y prestar los servicios declarados.

Como se puede ver, el decreto 1011 de 2006 es muy claro y preciso en exponer cuales son las condiciones que debe cumplir un prestador en salud para quedar habilitado y poder así ofertar y prestar los servicios en salud, y para nuestro caso, la CLINICA PALMA REAL SAS, se encontraba debidamente inscrita ante la Secretaría Departamental del Valle del Cauca, en el registro especial de prestadores de servicios de salud respecto a los servicios de ortopedia, hospitalización, cirugía, etc brindados al paciente LUIS MATEO OLANO

Así las cosas, la CLINICA PALMA REAL SAS, es un entidad debidamente inscrita y habilitada por la Secretaría Departamental de salud del Valle del Cauca en cumplimiento de las obligaciones legales impuesta a la misma como entidad prestadora de salud.

Ruego a usted Señor Juez, declarar en estos términos probada la presente vía exceptiva, que por sí sola, sirve para enervar todas las pretensiones de los accionantes en contra de mi representada.

⁵³ Decreto 1011 de 2006. "Por el cual se establece el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud". Abril 3 de 2006. ART 11. FORMULARIO DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO ESPECIAL DE PRESTADORES DE SERVICIOS DE SALUD. "Los Prestadores de Servicios de Salud presentarán el formulario de inscripción en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud ante las Entidades Departamentales y Distritales de Salud correspondientes para efectos de su inscripción en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud. **A través de dicho formulario, se declarará el cumplimiento de las condiciones de habilitación contempladas en el presente decreto.** El Ministerio de la Protección Social establecerá las características del formulario". (Resaltado fuera del texto)



9- IMPOSIBILIDAD DE ENDILGAR Y ESTRUCTURAR UNA RESPONSABILIDAD EN CABEZA DE LA CLINICA PALMA REAL SAS, ANTE LA INEXISTENCIA DE UN DAÑO INDEMNIZABLE

La responsabilidad civil, como institución jurídica, tiene en nuestra sociedad la loable función de intentar restablecer las cosas al estado en el que se encontraban antes de la ocurrencia de la acción lesiva, obviamente, en aquellos casos en que ello sea física y jurídicamente posible, o en su defecto, generar un traslado patrimonial de esa situación negativa que se ha producido en el patrimonio de la víctima, al patrimonio de quien se considera como autor del daño, con el fin de que sea éste quien sufra las consecuencias de su actuar, generando para la víctima el derecho correlativo de ser reparada.

De esta manera, la responsabilidad civil no es más que la obligación que nace en cabeza del causante de un daño, luego de haberse demostrado los otros elementos de la responsabilidad civil, de resarcir el daño padecido por la víctima a través de las diferentes categorías de perjuicios admitidas en nuestro medio. En el caso que nos ocupa, no se ha demostrado la existencia de un daño que deba ser indemnizado, elemento indispensable que ante su ausencia hace inútil cualquier pretensión indemnizatoria de parte de los accionantes. Es por ello que se tiene establecido como uno de los principios de la institución de la responsabilidad civil, la necesidad de la prueba fehaciente de la existencia de un daño, el cual debe ser consecuencia de la acción u omisión de la persona al que se le imputa.

Conforme lo anterior, resulta en vano predicar la existencia de un daño indemnizable, cuando no se ha presentado en el caso bajo análisis ninguna violación de la *Lex artis* en la atención brindada al paciente LUIS MATEO OLANO, y por el contrario, la conducta desplegada por los médicos que lo atendieron, estuvo siempre apegada a los protocolos establecidos para el manejo integral de la patología presentada. Además, cualquier complicación presentada no se debe a un actuar culposo de los profesionales de la salud sino a hechos ajenos a su conducta médica, que incluso fueron calificados por un equipo de profesionales como una "fenómeno de neurotoxicidad idiosincrático de que no depende del manejo quirúrgico ni anestésico". Se reitera que la desafortunada evolución negativa del paciente luego del procedimiento realizado, NO corresponde a una indebida atención médica y tampoco tiene relación causal con la obtención o no del consentimiento informado.

Así las cosas, y en atención a que no se configuran en el caso concreto los elementos de "culpa y nexa causal" como presupuestos necesarios para configurar la obligación de reparar, no es posible declarar la responsabilidad de la Clínica Palma Real.

10- INDEBIDA TASACIÓN DE PERJUICIOS

Teniendo en cuenta que no existe relación entre el hecho dañoso alegado en este proceso (ausencia de consentimiento) y el daño que se pretende sea indemnizado (mielopatía), no es imputable a mi representada la obligación de resarcir los perjuicios materiales e inmateriales reclamados. Lo anterior, puesto que conforme lo narrado en la demanda, los perjuicios se justifican exclusivamente en la modificación de las condiciones de vida del Sr. LUIS MATEO OLANO y su familia por la mielopatía, más no tienen relación con la protección del bien jurídico tutelado con el consentimiento informado.

Pese a lo anterior, se exalta que el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, y no puede superar este límite. La explicación que se da a esta regla, se apoya en el principio general de derecho que determina que, si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin justa causa en favor de la víctima, de tal forma que se convierte



el daño en la medida de su resarcimiento (Juan Carlos Henao, "El daño." Ed. Universidad Externado de Colombia). Este principio es una regla que deberá respetarse siempre que se persiga el resarcimiento de un perjuicio, teniendo en cuenta que lo pretendido en una demanda es la indemnización exclusiva del daño probado en el proceso, bajo el presupuesto de la prueba de los demás elementos que conforman la responsabilidad.

No obstante lo anterior, se advierte que en el presente proceso los montos indemnizatorios solicitados superan la magnitud del daño, los límites indemnizatorios y por tanto pretenden un enriquecimiento sin justa causa. Lo anterior, considerando que:

Los **perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante** solicitados, y equivalente a la totalidad de un ingreso mínimo por la vida probable de LUIS MATEO OLANO (59 años) devengados en la "actividad que debería desarrollar como beisbolista", corresponde a un perjuicio inexistente e incierto. Más aún, cuando **en el proceso no reposa calificación por parte de la junta regional de invalidez, o historia clínica que defina el estado actual del paciente con una "perdida de capacidad absoluta y definitiva"**. Así las cosas, no es procedente el lucro cesante por la expectativa de vida de LUIS MATEO OLANO sino por el periodo de incapacidad que los accionantes demuestren efectivamente en este proceso.

También corresponde a un hecho incierto, que el Sr. LUIS MATEO OLANO sería beisbolista considerando que a los 14 años practicaba dicho deporte, más aún, cuando el demandante presentaba a una corta edad y varias lesiones deportivas importantes (en tobillo izquierdo, y rodilla izquierda), que permiten colegir que dicha afirmación carece de certeza, y por el contrario, corresponde a una mera expectativa con baja probabilidad.

Si en gracia de discusión se acepta como actividad profesional que el Sr. LUIS MATEO OLANO se dedicaría profesionalmente al beisbol, también sería necesario considerar que el ingreso de los deportistas no se da por el tiempo de vida probable, sino, por un periodo más corto en que normalmente los deportistas pueden física y orgánicamente desarrollar dichas actividades.

Por otro lado, los **perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente**, equivalente a la totalidad de un ingreso mínimo por la vida probable de LUIS MATEO OLANO (59 años) "con ocasión de la contratación de una persona que lo asista", también es un daño que carece de certeza en cuanto a su existencia y magnitud. Basta con recordar, que el sistema actual de salud (ya sea en régimen contributivo o subsidiado), brinda y cubre los costos de dichos servicios cuando bajo criterio médico, de un profesional adscrito, se requiere del mismo. Así las cosas, en caso de ello ser necesario, la aseguradora del paciente cubriría de dichos gastos, y por lo tanto, no se genera una afectación real al patrimonio del demandante, y que hoy se pretende su reconocimiento.

En cuanto a los **perjuicios inmateriales**, existe una clara solicitud exagerada e infundada de dichos perjuicios por parte de los accionantes, pues solicitan una doble indemnización de los mismos perjuicios dándoles nombres diferentes (como la vida en relación, bienes de especial protección y bienes convencionales o constitucionales), y acogiendo la tipología del perjuicio y límites jurisprudenciales correspondientes a una jurisdicción diferente a la que nos ocupa.

Lo anterior, conlleva a que en el presente proceso se haga una cuantificación de perjuicios que superan los 4.600.000.000 (más de cuatro mil seiscientos millones de pesos), suma que constituye un enriquecimiento injustificado por parte de los accionantes, que va en contravía de los principios básicos de la responsabilidad civil de "reparar el daño, solamente el daño y nada más que el daño".

Conforme a lo anterior, es importante tener en cuenta que las acciones judiciales no deben constituirse en una herramienta para incrementar el patrimonio injustificadamente, siendo necesario revisar los perjuicios



efectivamente sufridos y la magnitud de los mismos, para así evitar un enriquecimiento injustificado por una de las partes, más aún, cuando en el caso que nos ocupa, se pretenden indemnizar perjuicios derivados de de una miopatía que no es imputable a título de culpa a mi representada, sino que deviene de un hecho aleatorio de poca ocurrencia, que tras descartar múltiples causas se relacionó con la reacción idiosincrática del paciente a un medicamento anestésico.

Por lo anteriormente explicado, de la manera más respetuosa me permito **OBJETAR EL JURAMENTO ESTIMATORIO** realizado en la demanda, por haber incumplido lo regulado en el artículo 206 del C.G.P en cuanto a las peticiones por perjuicios materiales.

IV- **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Fundamento la presente contestación en la Constitución Política de 1.991, en las normas del Código Civil sobre responsabilidad civil contractual, las normas procesales del C.G.P ley 1564 de 2012, en la ley 100 de 1993, sus decretos reglamentarios y normas que la modifican, el decreto 1485 de 1994, el decreto 1011 de 2006, la ley 1751 de 2015 y en todas aquellas disposiciones constitucionales, legales, contractuales y las directrices jurisprudenciales que constituyen el marco jurídico con fundamento en el cual habrá de decidirse el presente litigio.

V- **PRUEBAS**

1-RESPECTO A LAS PRUEBAS SOLICITADAS POR LA PARTE ACTORA

a-Respecto a las pruebas documentales aportadas en la demanda, me atengo a ellas en lo que respecta a su verdadero alcance probatorio conforme a las reglas del C.G.P. por lo cual solicito al Señor Juez que dichos documentos sean tenidos en cuenta sólo en lo que legal y jurisprudencialmente corresponda.

b- Respecto a la prueba pericial aportada por los demandantes (numeral 1.7 de la demanda), y rendido por el Dr. **EFRAIN ARBOLEDA SAAVEDRA (sicólogo)**, pido al despacho respetuosamente **SE ORDENE LA CITACIÓN DEL PERITO** para que comparezca a la audiencia del artículo 373 CGP, con el fin de hacer la respectiva contradicción del dictamen.

c- Respecto a la prueba pericial, aportada por los demandantes (numeral 1.8 de la demanda), y rendido por **DARIO GUTIERREZ CUELLO (en calidad de doctrinante)** respecto de los "límites del consentimiento informado", pido al despacho respetuosamente **DESESTIMAR Y RECHAZAR EL DICTAMEN**, puesto que tiene como objeto **aspectos de derecho y no de hecho, que son excluidos de lo que probatoriamente se tiene como "objeto de prueba" por corresponder a una facultad y atribución exclusiva del operador judicial (Juez)**. Así las cosas, el consentimiento informado es una figura consagrada legalmente, con sus límites definidos en la misma ley, y cuyos límites, parámetros y alcance ha sido interpretada en múltiples oportunidades por la jurisprudencia nacional (ya que como operadores judiciales son los únicos encargados de interpretar y aplicar la ley), constituyendo el presente dictamen un medio de prueba **impertinente e inútil** por no ser parte del objeto de prueba ("se prueban hechos, no el derecho").

No obstante, en caso de que el despacho acepte la presenta prueba para probar es punto de derecho, pido respetuosamente **SE ORDENE LA CITACIÓN DEL PERITO** para que comparezca a la audiencia del artículo 373 CGP, con el fin de hacer la respectiva contradicción del dictamen.

REPUBLICA DE COLOMBIA
Juzgado 005 Civil del Circuito de Palmira
LISTADO DE ESTADO

Informe de estados correspondiente a:02/22/2023

ESTADO No. 012

Radicación	Clase de Proceso	Demandante	Demandado	Desc. Actuacion	Fecha Registro	Folio	Cuaderno
76520310300520220012100	Ordinario	LUIS MATEO HENAO Y OTROS	SOCIEDAD CLINICA PALMA REAL SAS	Auto de Trámite OBS. Auto Agrega Contestación y Corre Traslado Excepciones de Fondo C1.	21/02/2023	Sin Num.	1
76520310300520220012100	Ordinario	LUIS MATEO HENAO Y OTROS	SOCIEDAD CLINICA PALMA REAL SAS	Auto de Trámite OBS. Auto Agrega Contestación y Corre Traslado Excepciones de Fondo C3.	21/02/2023	Sin Num.	3

Numero de registros:2

Para notificar a quienes no lo han hecho en forma personal de las anteriores decisiones, en la fecha 02/22/2023 y a a la hora de las 8:00 a.m. se fija el presente estado por el término legal de un (1) día y se defija en la misma a las 5:00 p.m.

RAFAEL COLONIA GUZMÁN

Secretario