



AL SERVICIO DE LA JUSTICIA Y DE LA PAZ SOCIAL

MAGISTRADA PONENTE: GLORIA PATRICIA MONTOYA ARBELÁEZ

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN CIVIL

Medellín, treinta de noviembre de dos mil veinte.

PROCESO: Ordinario. Responsabilidad Civil.

DEMANDANTES: George Albert de la Rosa Chacón y otro.

DEMANDADO: Clínica Cardiovascular Santa María y Otro

PROCEDENCIA: Juzgado 1° Civil del Circuito de Descongestión de Medellín.

C.U.D.R.: 05001 31 03 004 **2006 00107-01**.

RADICADO INTERNO: 014-15.

PROVIDENCIA: S.S. 014/20.

Acta N° 056 de Noviembre 30 de 2020.

TEMA: Responsabilidad Médica: Puede ser contractual o extracontractual, dependiendo de si el acto médico estuvo precedido de un acuerdo de voluntades. Cualquiera sea la modalidad en que ella se presente debe aparecer probada una conducta culposa del demandado, un daño y el nexo de causalidad. La culpa y el nexo causal en la responsabilidad médica deben ser probados, no pueden presumirse, ello comportaría responsabilidad objetiva. Consentimiento informado: Es obligación del médico informar al paciente de los posibles riesgos que conlleva el procedimiento o tratamiento que se le va a aplicar y obtener el asentimiento del mismo para ello. La información debe serle suministrada en primer lugar al paciente y es éste quien debe manifestar su asentimiento o rechazo, sólo en caso de minoría de edad, estado de inconsciencia o incapacidad mental, debe acudirse a sus familiares. No obtener el consentimiento del paciente constituye una conducta culposa, bien sea por negligencia o por violación de reglamentos. Así no se haya cumplido con la obligación de informar sobre el riesgo previsto, para que pueda imputarse responsabilidad al demandado, debe existir y aparecer probado el nexo de causalidad entre la aplicación de ese procedimiento no consentido y el daño. **CONFIRMA.**

Conoce la Sala de la APELACIÓN interpuesta por las partes, frente a la sentencia proferida por el JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE DESCONGESTIÓN DE MEDELLÍN, dentro del proceso ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL, instaurado por el señor GEORGE ALBERT DE LA ROSA CHACÓN, en nombre propio y en representación de GEORGE ALEXANDER DE LA ROSA MARTÍNEZ, en contra del CENTRO CARDIOVASCULAR COLOMBIANO CLINICA SANTA MARIA y del doctor JUAN FERNANDO SALDARRIAGA CANO, la cual procede a desatarse en los siguientes términos:

1.0. ANTECEDENTES.

1.1. HECHOS Y PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

El señor GEORGE ALBERT DE LA ROSA CHACÓN, actuando en nombre propio y como representante legal del menor GEORGE ALEXANDER DE LA ROSA MARTÍNEZ, por intermedio de apoderado judicial, formuló demanda ordinaria de responsabilidad civil, cuyos supuestos fácticos se pueden resumir así: (Fol. 6 a 14 Cdno. Ppal):

- La señora Johana Martínez Pinilla, nació en la ciudad de Barranquilla el 24 de junio de 1974, y contrajo matrimonio con el señor George Albert de la Rosa Chacón, el 26 de junio de 1996. Que de dicha unión se procreó al

menor George Alexander de la Rosa Martínez, quien nació el once de junio de 1997.

- La señora Johana Martínez Pinilla, su esposo e hijo tenían su domicilio en la ciudad de Los Ángeles (Estados Unidos de América), sin embargo, viajaba constantemente a la ciudad de Barranquilla a visitar a su familia materna y atender sus negocios particulares, pues tenía constituida una sociedad comercial denominada ALMACENES JM E.U., que tenía un establecimiento de comercio conocido como ADRENALINE TIENDA DE DEPORTES, ubicado en la calle 79 Nro. 51-72, Local 7 de esa ciudad.
- Con el fin de realizarse una cirugía plástica consistente en una liposucción posterior, lipoinyección glútea y prótesis mamaria, acudió donde el doctor Juan Fernando Saldarriaga Llano, siéndole practicada el primero de octubre de 2004, en la Clínica Cardiovascular Santa María, de la ciudad de Medellín.
- Durante la intervención quirúrgica practicada en el Centro Cardiovascular Colombiano CLINICA SANTA MARIA, por parte del doctor Juan Fernando Saldarriaga Llano, la señora Johana Martínez Pinilla, presentó un embolismo pulmonar masivo que ocasionó su muerte.
- En un documento o formato de la Clínica Cardiovascular Santa María, titulado autorización del paciente, la señora Johana Martínez Pinilla, manifestó que había sido informada acerca de su tratamiento quirúrgico, sin embargo, en este se evidencia la ausencia de consentimiento informado en los términos de que trata la Ley 23 de 1981, y en los términos que señalan las sentencias sobre el tema.
- Que la ausencia de información para obtener su consentimiento en el procedimiento quirúrgico ocasionó el fallecimiento de la señora Johana Martínez Pinilla, dado que le impidió conocer los riesgos inherentes a ese tipo de procedimiento para optar por practicarse o no la cirugía que culminó con su muerte.

- Como consecuencia de la muerte de su esposa y madre, los demandantes no solo sufrieron perjuicios patrimoniales en su modalidad de daño emergente y lucro cesante, sino también perjuicios extrapatrimoniales, en su modalidad de perjuicios subjetivados, a punto que el hijo se encuentra recibiendo ayuda psicológica.
- La fallecida además de administrar y explotar el establecimiento de comercio de su propiedad denominado ADRENALINE, estaba vinculada en los Ángeles, California (Estados Unidos de América), a la empresa familiar GADELAR TRADING CO, en el cargo de mánager, en la cual devengaba US 3.000 mensuales.

Sustentado en los anteriores hechos, la profesional del derecho depreca se declare a la CLÍNICA SANTA MARÍA y al médico JUAN FERNANDO SALDARRIAGA LLANO, civil y solidariamente responsables de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales sufridos por los demandantes, como consecuencia de la pérdida de su esposa y madre, señora Johana Martínez Pinilla, ocurrida en el procedimiento quirúrgico que se le practicó el primero de octubre de 2004.

Que, como consecuencia de la anterior declaración, se les condene a pagar las siguientes sumas de dineros, a favor del señor George Albert de la Rosa Chacón:

Por perjuicios patrimoniales, en la modalidad de daño emergente: \$2.329.000 por gastos funerarios, \$1.440.000 traslado del cadáver a Barranquilla, \$8.171.800, por sesiones de sicología de George Alexander y \$4.490.000, de pasajes del esposo, para un total de \$16.430.800, el cual debe ser actualizado al momento del pago.

Por perjuicios extrapatrimoniales, en la modalidad de perjuicios morales o *pretium doloris*, el equivalente al momento de la sentencia a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A favor del menor George Alexander de la Rosa Martínez, la suma de \$62.938.575 por concepto de lucro cesante consolidado, o el mayor valor que se logre acreditar en el desarrollo del proceso; \$503.034.693, atinente a lucro cesante futuro; y, el equivalente al momento de la sentencia de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por perjuicios extrapatrimoniales.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Una vez notificados los demandados del auto admisorio de la demanda, se pronunciaron frente los hechos enunciados en el líbelo demandatorio, así como respecto de las pretensiones invocadas en el mismo.

- **DR. JUAN FERNANDO SALDARRIAGA LLANO**, propuso las siguientes excepciones de mérito:
 - OBSERVANCIA DE LA LEX ARTIS, toda vez que el médico realizó un procedimiento quirúrgico liposucción plenamente aceptado por la cirugía plástica, fue correcta, carente de culpa y ajustada a los postulados de la ciencia médica al caso concreto.
 - CONSENTIMIENTO INFORMADO, porque le brindó a la paciente Johana Martínez Pinilla, una completa información sobre la intervención quirúrgica que le iba a llevar a cabo y sobre sus riesgos inherentes, dejando constancia expresa de ello en la historia clínica. Además, la paciente suscribió

documentos de consentimiento informado con anterioridad a la realización de la cirugía en el CENTRO CARDIOVACULAR COLOMBIANO CLÍNICA SANTA MARIA.

- **CENTRO CARDIOVASCULAR COLOMBIANO CLÍNICA SANTA MARIA**, propuso las excepciones que denominó:

- LA CLÍNICA NO PARTICIPÓ EN EL ACTO MÉDICO, teniendo en cuenta que no fue contratada por la paciente Johana Martínez Pinilla, ni por los demandantes para la realización de la cirugía estética a la que se refiere la demanda. La clínica se limitó a celebrar un contrato en virtud del cual puso a disposición el doctor Juan Fernando Saldarriaga Llano un quirófano, en el que se realizaría la cirugía estética, sin intervención de la clínica ni de su personal.
- AUSENCIA DE CULPA DE LA CLÍNICA, puesto que empleó toda su diligencia y cuidado en la atención de la señora Martínez Pinilla. Para cuando se presentó la complicación, dispuso de manera inmediata de un anestesiólogo, dos cirujanos cardiovasculares, un ecocardiógrafo y equipos de última generación. Dijo que, además, la clínica no participó en la realización del acto médico, no cometió culpa alguna y, por el contrario, fue lo suficientemente diligente en la atención de la paciente.
- SUFICIENTE ADVERTENCIA DE LOS RIESGOS, porque la paciente fue suficientemente informada de todos los riesgos que implicaba el procedimiento, incluso, estaba advertida de que una de las posibles consecuencias de la cirugía que se estaba practicando era la muerte. Además, tuvo múltiples fuentes de información sobre los riesgos inherentes al procedimiento, pues no era la primera cirugía estética a la que se sometía. en consulta con el doctor Saldarriaga Llano, antes de la cirugía, el profesional le brindó a la paciente toda la información relacionada con la

cirugía, y, asistió a consulta en el departamento de anestesia de la clínica, en donde le explicaron los riesgos, tanto del procedimiento de anestesia como de la cirugía estética, y en tal charla se dejó constancia expresa de lo que le había advertido.

- INDEBIDA TASACIÓN DE PERJUICIOS, en tanto las pretensiones exceden notablemente el valor de una eventual indemnización. Para el caso del lucro cesante, es necesario tener en cuenta que la muerte de la señora Martínez no implica la liquidación o parálisis del establecimiento de comercio, que, al constituir una unidad de explotación económica, bien puede seguir funcionando y reportando ingresos para los herederos de su propietario.
- IMPOSIBILIDAD DE PRESUMIR PERJUICIO MORAL, con el argumento de que la señora Johana Martínez Pinilla, no convivía con el señor George Albert de la Ros, sino con el señor Alexander Bula, quien fue relacionado en las fichas de ingreso a la Clínica como novio y como pareja de la paciente. Incluso, en la casilla correspondiente al estado civil, la paciente indicó que era soltera y, en la casilla correspondiente al nombre del cónyuge quedó vacía, indicando con ello la paciente que no tenía ninguna relación marital.

1.3. DEMANDA DE RECONVENCIÓN Y EXCEPCIONES.

Por medio de apoderado legalmente constituido, el demandado CENTRO CARDIOVASCULAR COLOMBIANO CLÍNICA SANTAMARÍA, interpuso demanda de reconvenCIÓN en contra de GEORGE ALBERT DE LA ROSA CHACÓN y su representado GEORGE ALEXANDER DE LA ROSA MARTÍNEZ, pretendiendo el reconocimiento y pago de la suma de

\$17.936.088, causados por los servicios médicos prestados a la paciente Johana Martínez Pinilla, el primero de octubre de 2004, en las instalaciones de la demandante en reconvención. (Fls. 1 a 8, C-2).

Adujo como hechos sustento de la pretensión que, el primero de octubre de 2004, el doctor Juan Fernando Saldarriaga Llano, cirujano plástico, estaba realizando una cirugía (liposucción, lipoinyección y prótesis mamaria) a la paciente Johana Martínez Pinilla, en un quirófano de la clínica, el cual le había sido arrendado para el referido procedimiento.

Refirió que durante la cirugía la paciente sufrió un embolismo graso pulmonar masivo, que es un riesgo inherente al procedimiento de lipoinyección glútea que se estaba realizando. Tan pronto se presentó la complicación, en una reacción rápida, la clínica desplegó y dispuso de todos los recursos médicos y tecnológicos para la atención de la paciente; específicamente recibió la aplicación de medicamentos, suministro de medicamentos, realización de pruebas de laboratorio, suministro de unidades de sangre, realización de cirugía de urgencia, utilización de material médico quirúrgico, utilización de equipos de alta tecnología, suministro de oxígeno, realización de biopsia, instrumentación durante la cirugía, realización de ecocardiograma intraoperatorio bidimensional y ecocardiograma intraoperatorio transesofágico, prestación del servicio de perfusión y suministro de material quirúrgico de hemodinamia. La señora Johana Martínez Pinilla falleció el primero de octubre de 2004

Dijo que, por la prestación de los servicios antes relacionados, se causaron cargos por un valor de \$17.936.088, que a la fecha no han sido cancelados por nadie.

Aseveró que, de acuerdo con la demanda inicial, para la fecha de los hechos el señor George Albert de la Rosa Chacón, se encontraba casado con la señora Johana Martínez Pinilla, unión de la cual es hijo el menor George Alexander de la Rosa Martínez, según certificados de registro civil aportados.

Notificada la parte demandante de la demanda de reconvención en su contra, la contestó formulando las siguientes excepciones de:

- **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA**, toda vez que el señor George Albert de la Rosa Chacón, no está obligado ni contractual ni legalmente a reconocer ningún tipo de suma de dinero al CENTRO CARDIOVASCULAR COLOMBIAO CLÍNICA SANTA MARÍA, ya que no es heredero de su esposa Johana Martínez Pinilla, ni tampoco se trata de una deuda de la sociedad conyugal. Respecto de su heredero, la falta de legitimación se evidencia porque no es una obligación que pueda ser trasmisible por causa de muerte, ya que se deriva de la prestación de un servicio emanada de una orden legal o en últimas de un acuerdo intuito persone entre el paciente y la institución médica, cuyos efectos cesan con la muerte de una de las partes.
- **INADMISIBILIDAD DE LAS PRETENDIDAS OBLIGACIONES RECLAMADAS**, porque al no ser trasmisible los derechos que se pretenden constituir, a los demandados en reconvención no se les puede condenar a reconocer la existencia de obligación alguna a su cargo, y mucho menos pagar sumas de dinero por concepto de servicios inmateriales que aparentemente le fueron prestados a su causante.
- **BENEFICIO DE INVENTARIO EJERCIDO POR LOS HEREDEROS**, debido a que una culminada la sucesión y liquidación de la herencia de la señora Johana Martínez Pinilla, los herederos solamente podrán ser responsables a pagar hasta el valor que a ellos le fueron adjudicados.

- CUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN LEGAL PROPIA DE LA DEMANDANTE EN RECONVENCIÓN, teniendo en cuenta que cuando el CENTRO CARDIOVASCULAR COLOMBIANO CLÍNICA SANTA MARÍA prestó los servicios de urgencias a la señora Johana Martínez Pinilla, lo hizo cumpliendo su propia obligación, tal y como lo establece el artículo 10 del Decreto 5261 de 1994.
- NO EXISTE OBLIGACIÓN DE RESPONDER, fundamentada en el hecho de que los demandados en reconvención no están obligados legal ni contractualmente a responder por las sumas de dinero reclamados por la Clínica.
- INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN UNA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL, pues no existe ningún tipo de obligación contractual que obligue a los demandados en reconvención a reconocer las sumas de dineros solicitados por la Clínica, toda vez que no hicieron parte de la relación contractual. Partiendo de una responsabilidad extracontractual, sería un absurdo, porque los demandados no realizaron ningún hecho que generara daño a la demandante, ni muchos menos han actuado en forma culposa para generar una indemnización a los demandantes en reconvención.

Del mismo modo, llamó en garantía al doctor JUAN FERNANDO SALDARRIAGA LLANO, a fin de que este respondiera por las sumas de dinero a que fueran eventualmente condenados.

Dentro de la debida oportunidad, el llamado en garantía se pronunció por intermedio de apoderado judicial, oponiéndose al mismo, no solo porque no existió culpa alguna de su parte, sino también por la improcedencia de la demanda de reconvención formulada por el CENTRO CARDIOVASCULAR COLOMBIANO CLINICA SANTA MARÍA a la parte demandante. Adujo que

el señor George Albert de la Rosa Chacón no es heredero de Johana Martínez Pinilla, los gastos hospitalarios no constituyen una deuda de la sociedad conyugal ni son trasmisibles.

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Evacuado el período probatorio y los trasladados para alegar de conclusión, el JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE DESCONGESTIÓN DE MEDELLÍN, puso fin a la primera instancia, desestimando las pretensiones de los demandantes (Fol. 442 a 449, Cdno. Ppal). Consideró que no se había demostrado la ausencia de consentimiento, fundamento fáctico esencial de las pretensiones; así como tampoco el comportamiento malicioso, negligente, descuidado del médico demandado o de los dependientes de la institución médica en la que se realizó el procedimiento.

1.4. APELACIÓN Y ALEGACIONES EN SEGUNDA INSTANCIA.

Dentro del término de ejecutoria de la sentencia, los apoderados de la parte demandante y el demandado CENTRO CARDIOVASCULAR COLOMBIANO CLÍNICA SANTA MARÍA, interpusieron recurso de apelación.

La apoderada de los demandantes manifestó que no estaba de acuerdo en que se hubiera determinado en la sentencia, que los documentos de fecha uno de octubre de 2004, denominado autorización del paciente y el del consentimiento

de anestesia, constituyan en el presente caso el consentimiento informado dado por la paciente según la reglamentación legal. Expresó que el consentimiento informado no consiste en un simple papel firmado por la paciente, sino que, por el contrario, debe implicar la trasmisión previa de una información clara, detallada y entendible al paciente para que este pueda estar facultada para emitir su consentimiento, todo lo cual se origina en las diferentes técnicas que existen entre el paciente y el médico tratante, por cuanto este último conoce todos los riesgos, beneficios, implicaciones, procedimientos y demás tratamientos que puedan ofrecerle, quien los debe conocer para tomar una decisión. Señaló que no se logró establecer cuál fue la información que se le brindó a la señora Johana Martínez Pinilla, ni los riesgos previstos informados.

Refirió que no es cierto como lo afirma el fallador de primera instancia, que el consentimiento informado del procedimiento de anestesia implique también el consentimiento para el procedimiento quirúrgico.

Por su parte, el apoderado del CENTRO CARDIOVASCULAR COLOMBIANO CLINICA SANTA MARÍA, frente a la decisión de la demanda de reconvención, expuso que los gastos generados por las atenciones de emergencia brindadas a la señora Johana Martínez, pueden ser atribuidos a los demandados, por ser estos cessionarios naturales de los derechos y obligaciones en cabeza de la fallecida. Dijo que se reunían los presupuestos para solicitar en reconvención el reconocimiento de la obligación, pues existía un contrato válidamente celebrado entre la paciente y el Centro Cardio-Vid, se probó la obligación y el valor de los bienes y servicios efectivamente prestados, y, además, se trata de una obligación transmisible a los demandados, con ocasión de la muerte de la señora Johana Martínez.

Señaló que si bien en principio, las obligaciones contractuales sólo están llamadas a regir entre aquellos que acordaron en forma directa el nacimiento

del vínculo obligacional, ello no puede entenderse inmutable, bien por el deseo de los sujetos vinculados o incluso en aquellos eventos en los que, sin mediar la voluntad de los obligados, el acaecimiento de ciertos hechos impacta la relación negocial.

Refirió que esa alteración puede presentarse por la modificación de alguno de los sujetos interviniéntes, como lo es la *mortis causa*. Bajo este supuesto, las obligaciones en cabeza del difunto continúan en cabeza de sus sucesores, en virtud de la ficción legal conforme a la cual se considera que el sucesor continúa la personalidad jurídica del causante.

Indicó que las prestaciones del contrato no podían ser consideradas *intuito personae*, pues solo implican de parte de la paciente, el pago de los conceptos que se causaran con ocasión al uso del quirófano y de la eventual intervención del personal, si este se ve obligado a acudir, en caso de necesidad. Que tampoco es posible afirmar que se trató de una obligación adquirida por la señora Martínez cuando ésta se encontraba inconsciente, pues ella acordó previamente con su médico y con el Centro mismo, tanto el uso del quirófano, cuyo costo es incluido en el valor de la cirugía, como el eventual cobro de los conceptos adicionales, en virtud de los cuales se suscribe un pagaré que sería completado con los conceptos que eventualmente se causaran.

Concluyó que, en tratándose de una obligación de contenido dinerario, contraída válidamente por la causante con antelación a su fallecimiento, en la que la condición para el pago se materializó mediante la atención extraordinaria, y, siendo los demandantes cónyuge e hijo de ésta, por ende, continuadores de la personalidad, estaban obligados al pago de la deuda contraída con el Centro-Vid.

Solicitó se reformara la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Descongestión de Medellín, en el sentido de conceder las pretensiones formuladas en la demanda de reconvención.

2.0. CONSIDERACIONES.

2.1. DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA.

Como preámbulo de éste acápite vale la pena citar al profesor español Mariano Alfonso Pérez en su ponencia “La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil” dentro del marco de las Primeras Jornadas Internacionales sobre Responsabilidad Civil celebradas en el año de 1999 por la Universidad de Alicante:

“Hablar de responsabilidad civil del médico es referirse inevitablemente un fenómeno moderno, casi de nuestros días. Sólo la sociedad consumista y reivindicativa, “celosamente” defensora de los derechos individuales, que hace de la salud un bien de consumo de excepcional relevancia económica, inventó el espectáculo cotidiano y en muchos aspectos positivo de sentar en el banquillo o pedir reparación jurídica a los galenos que ocasionan un daño al paciente en el desempeño de su oficio. Las normas crueles inspiradas en el Talión que contenía el código de Hamurabi penalizando a los médicos imperitos, o las disposiciones de la Lex Aquilia, por citar sólo dos ejemplos clásicos, suponen manifestaciones aisladas de una incipiente responsabilidad....” (Perfiles de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio, Editorial Dykinson, Madrid, 2000, pág. 15).

Más adelante tocando el tema concreto de su exposición señala:

“La relación médico-enfermo, configurada durante siglos como relación paterno-filial, de hondo contenido ético, ha pasado en nuestros días a ser una relación jurídica: el médico ha perdido en buena medida su carisma sagrado y autoritario, y está gravado con una serie de deberes profesionales (lex artis) de gran trascendencia jurídica. Los médicos han perdido en buena medida su confianza en el enfermo y ven en él un posible adversario judicial. Pero la lex artis no sólo debe tutelarla el Derecho, evitando o sancionando su mala práctica. Si el médico no ejerce su arte impulsado también por criterios deontológicos, la peritía artis se resentirá. La judicialización de la Medicina, si bien ha traído indiscutibles ventajas, ha supuesto también un coste económico muy elevado y unos efectos psicológicos negativos en el médico, que ni siquiera puede evitar una sentencia favorable. Un sanitario condenado experimenta para siempre un sentimiento de desconfianza ante cualquier enfermo, que influirá (¿negativamente?) en el ejercicio correcto de procurar salud.” (Obra citada, página 51).

Planteamientos como los anteriores son los que nos llevan a aseverar que esa vieja expresión popular de que “.. los errores de los médicos se tapan con tierra” está llamada a ser desterrada de nuestra modernidad, porque se ha desarrollado doctrinaria y jurisprudencialmente una serie de principios que tienden a proteger a la “víctima” de los actos médicos cuando éstos han sido ejecutados con negligencia, imprudencia, impericia, violando reglamentos y con mayor razón, cuando ha existido dolo.

Se parte en principio de una premisa, los profesionales de la salud en cualquiera de sus áreas, así como las instituciones que prestan servicios de salud (Hospitales, Clínicas, E.P.S., I.P.S.), son responsables civilmente de los daños que causen a los usuarios de sus servicios.

Esta responsabilidad, para quiénes acogen la teoría dualista podrá ser contractual, si fue originada en desarrollo de un acuerdo de voluntades, razón por la cual los efectos del incumplimiento de este deberán ser examinados bajo la teoría de las obligaciones. Mientras que si no medió tal contrato o quien reclama la indemnización es un tercero ajeno al mismo, los efectos deberán mirarse bajo la perspectiva de la culpa aquiliana o de la responsabilidad civil extracontractual.

Para quiénes la obligación de reparar los daños es una sola (teoría monista), sin importar si tiene origen en un contrato o en un hecho ilícito (entendido como lesionador de un derecho), quien lo cause debe asumir las consecuencias del mismo:

“... De Cupis inclina la balanza del lado contrario y proclama que el factor decisivo en la teoría de la responsabilidad es el daño. Ningún daño debe quedar sin reparación adecuada. La teoría entonces mira predominantemente al interés de la víctima y es a ella, y no al agresor a quien se concede la opción. La víctima pude, según su conveniencia , pretender frente al agresor, bien como frente a su contratante o bien como frente a un tercero al contrato....” (Teoría Básica de la Indemnización, Beatriz Quintero Arredondo, Coojurídica, 1994, Medellín, pág. 23).

Pero, sin importar la tesis que se adopte, ninguno de los defensores de una y otra corriente pueden desconocer, que para elaborar un juicio de responsabilidad en cualquiera de sus dos modalidades (contractual o extracontractual), debe demostrarse la existencia de tres elementos comunes: una conducta culposa, un daño y un nexo de causalidad entre ambos:

“.... Pero esos distingos impiden, aún en teoría, concebir un régimen único, y de hecho se perciben diferencias en los regímenes que trazan las diversas legislaciones. Sin embargo, un ahondamiento en esas diferencias

puntualiza que los elementos constitutivos de ambas responsabilidades, por así nombrar en plural lo que apenas puede ser singular, son y no pueden ser sino idénticos: daño, culpa y nexo causal, y que es apenas una mayor o menor extensión cualitativa o cuantitativa que corresponde a la obligación de indemnizar la que se trace como elemento diferencial de los regímenes.” (Beatriz Quintero Arredondo, obra citada, pág. 17. Resaltado nuestro)

En nuestro sistema normativo la actividad médica se reguló a través de la Ley 23 de 1981, que estableció un código de ética, pero éste tiene efectos más amplios porque positiviza una serie obligaciones a cargo de los galenos, que tienden a garantizar los derechos del paciente. Esta ley fue reglamentada por el Decreto 3380 de 1981. Para cuando estos conjuntos normativos fueron expedidos la práctica común era la contratación directa entre médico y paciente: era el paciente quien escogía su médico, asumía el costo de la consulta así como del tratamiento y entre ambos se fijaban las condiciones en que se continuaría desarrollando tal relación. Lo mismo ocurría con los centros hospitalarios, con el simple hecho del ingreso a éstos se celebraba, así fuera verbalmente, un contrato de prestación de servicios hospitalarios (hospedaje, alimentación, servicio de enfermería, droga, etc.).

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, fue ampliado este panorama, por cuanto el Estado asumió la obligación de prestar el servicio de salud a aquellos sectores de la población que carecieran de vinculación laboral y que por sus condiciones económicas no pudieran sufragar sus gastos en salud. Es así como nos encontramos ante un régimen **contributivo** donde la prestación de los servicios de salud corresponde a las Empresas Promotoras de Salud (E.P.S.) a las cuáles se hayan afiliado los trabajadores públicos, privados o independientes y un régimen **subsidiado** donde corresponde prestar los servicios a las Direcciones Seccionales y Locales de Salud o a las EPS pero

bajo el régimen subsidiado, dependiendo de si los beneficiarios se encuentran vinculados (encuestados en el S.I.S.B.E.N.) o no vinculados y de la naturaleza del servicio.

En estos sistemas la relación médico-paciente y usuario-centro hospitalario no es tan directa, mírese que la elección de éstos no la hace ya el usuario del servicio, por tanto, se ha pensado que la responsabilidad se diluye de tal forma que quien ha sufrido un daño por un acto médico, se queda sin a quién deprecarle la reparación de éste.

Contrario a lo pensado, el espectro de los posibles responsables se amplía, pues, tratándose de Entidades Promotoras de Salud (E.P.S.) el artículo 177 de la Ley 100 de 1993 les otorgó una función de garantía frente a la prestación integral de los servicios a sus usuarios:

*“..... Su función básica será **organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados***” (Negrillas Nuestras)

En materia de responsabilidad médica, nuestra Corte Suprema de Justicia mantiene esa separación entre la contractual y la extracontractual partiendo de la base de que sus efectos tienen alcances diferentes y que debe analizarse cuál es la fuente que se invoca.

Colígese de lo anterior, que es al examinar cada caso en concreto, donde el juez debe establecer si se presenta una responsabilidad civil contractual o extracontractual, para que conforme a la peticionado en la demanda y a lo probado en el proceso deduzca si hay lugar a imponer condena por un acto médico, eso sí, debiendo tener presente los tres elementos comunes a las mismas: actuación culposa, daño y nexo de causalidad.

Ahora, en cuanto al aspecto de la culpa, nuestra jurisprudencia ha sostenido que ésta debe ser probada porque la obligación del médico por lo general es de medio y no de resultado, éste se obliga a poner todos sus conocimientos y experiencia al servicio del paciente para procurar la recuperación de su salud, en manera alguna puede garantizar determinado resultado, de igual forma proceden las clínicas o centros hospitalarios. Presumir la culpa por considerar el ejercicio de la medicina como una actividad peligrosa, como han pretendido algunos doctrinantes, tornaría en imposible el ejercicio de ella, recuérdese que no estamos frente a una ciencia exacta sino de probabilidades.

En lo que respecta a la carga de la prueba, aplicando el Art. 177 del Código de Procedimiento Civil, y el actual 167 del Código General del Proceso, tenemos que la parte demandante debe probar los supuestos de hecho en que sustenta sus pretensiones, mientras que la demandada acreditar los que sustentan sus excepciones. Así las cosas, encontrándonos dentro del sistema de la “culpa probada”, en principio es al demandante a quien le incumbe probar la culpa en que ha incurrido el profesional de la salud o el centro hospitalario, sin embargo, en algunas ocasiones la doctrina y la jurisprudencia, atendiendo a las condiciones desventajosas en que se encuentra frente al demandado (por ser éste quien cuenta con la historia clínica, los medios técnicos y los especiales conocimientos científicos), ha dado a la afirmación del demandante la calidad de indefinida, para que sea el demandado quien pruebe lo contrario, o sea, que ha obrado con la debida diligencia, prudencia, cuidado y observando todos los protocolos científicos y normativos.

Sobre este tópico se ha pronunciado la doctrina extranjera:

“.... no se puede negar que una rígida aplicación de los clásicos principios

de culpa, causalidad y carga de la prueba, puede llegar a frustrar la finalidad reparadora de la responsabilidad civil, cuando de actividades técnicas y profesionales se trata. En efecto, la desigualdad entre víctima y profesional (o institución donde se ejerce la actividad profesional) es patente, en relación con las posibilidades de acceso al conocimiento que una y otros tienen acerca del desarrollo de los hechos, y de la valoración técnica o científica de esos hechos..... ”

“.... Por eso, la demostración de la culpa y la causalidad con arreglo a los esquemas tradicionales puede llegar a convertirse en una verdadera probatio diabólica . Lo que, en aplicación de la aequitas y del criterio hermenéutico que apela a la realidad del tiempo en que han de ser aplicados los artículos 1902 y 1903 del C.C. (interpretación sociológica a la que ya se vienen aferrando algunas sentencias que he venido mencionando), se traduce en el arbitrio de otros instrumentos que ayuden a la víctima a soportar ese onus probatorio que, nominalmente, sigue gravitando sobre sus espaldas..... ” (Eugenio Llamas Pombo, “Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba” en *PERFILES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL NUEVO MILENIO*, Ed. Dykynson, Madrid, 2000, pág. 305).

Por su parte, la autora argentina Celia Weingarten expone:

“Una de las cuestiones más debatidas es sin duda lo atinente a la problemática de la carga probatoria. La jurisprudencia durante mucho tiempo, y casi en forma unánime, sostenía que la prueba estaba en cabeza del acreedor o de la víctima que lo alega en toda su extensión. Actualmente el tema ha sufrido una importante evolución y fraccionamiento. El estado actual de la doctrina y la jurisprudencia, es que el médico debe contribuir en la prueba del antecedente y la relación de causalidad, que configuran los hechos centrales para la reparación del daño ”.

“.... ”

*“Desde el enfoque procesal, la necesidad de que ambas partes concurran en la carga de la prueba, recibe aplicación en el art. 377 Código de Procedimientos correspondiendo no sólo a quien **afirma** un hecho, sino también a quien **niega** su existencia”*

*“En suma, quien **alega** un hecho debe probarlo, de modo tal que cada parte debe postular y probar los **presupuestos de hecho** de la norma jurídica que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Se trata de una carga procesal que aparece no sólo como un deber jurídico, sino como un imperativo del propio interés. Es una facultad que se le adjudica a las partes para avalar su interés, e implica que, de no hacerlo, se asumirán sus consecuencias”*

*“Otro sector doctrinario y jurisprudencial trata de paliar la situación de la víctima frente a una **mejor posición** basado en el privilegio cultural y científico del facultativo, por tratarse de una vinculación procesal jurídica que enfrenta a un experto y un profano en la materia (las llamadas cargas probatorias dinámicas). Dada la naturaleza de los hechos que se ventilan, relacionado con aspectos técnicos científicos que el paciente no puede conocer ni valorar con la precisión científica, se entiende que sobre el médico debe pesar la carga de alegar y demostrar el desarrollo fáctico-científico de la conducta realizada, evitando colocar al paciente en desigualdad de condiciones. (Constitución Nacional).” (Artículo “Responsabilidad médica. Relación de causalidad y factores de atribución. Carga probatoria”, Revista Responsabilidad Civil y del Estado, N° 5, Julio de 1998, Publicación del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, Librería Jurídica Sánchez, Medellín, páginas 70, 71 y 72. Negrillas incluidas en el texto original).*

2.1. CONSENTIMIENTO INFORMADO O VOLUNTAD JURÍDICA DEL PACIENTE.

Conforme lo indicábamos en el acápite anterior las grandes transformaciones que ha sufrido el país en materia de salud han afectado seriamente la relación médico-paciente. De ello da cuenta el hecho de que antes existiera discusión sobre las condiciones de ese contrato de prestación de servicios médicos, encontrándonos ante un verdadero **consentimiento**, para pasar en la actualidad a un contrato de adhesión, donde al paciente ubicado en condiciones de desigualdad, debido a su ignorancia en los aspectos científicos, únicamente le queda **el asentimiento**.

En la estructura contractual del negocio individual nos encontramos ante un “sistema cerrado”, donde no hay ningún intercambio con el ambiente, solo un contexto ficticio de igualdad y libertad entre los contratantes:

“El contrato para Vélez Sarsfield, era el resultado de la expresión libre de la voluntad de las partes que se encuentran situadas en un plano de igualdad para discutir los términos del negocio y autorregular sus intereses, el consentimiento así estructurado, implica cabal conciencia del acto asumido y de sus consecuencias jurídicas”

“La única limitación que se impone es la preservación del orden público, la moral y las buenas costumbres que se convirtieron en instrumentos reguladores.....” (Graciela Lovece, “Relación Médico – Paciente”, Revista “Responsabilidad Civil y del Estado”, N° 10, Marzo de 2001, Librería Jurídica Sánchez, Medellín, pág. 104).

En el contrato de adhesión, se pasa a un “sistema abierto” denominado asentimiento, que permanece en una constante relación con su entorno, encontrándonos así con elementos económicos y culturales que afectan el acto voluntario:

“De tal forma; se ven afectados los elementos componentes del acto voluntario; el discernimiento, la intención y la libertad, no interaccionan con el nivel de pureza pretendido por Vélez Sarsfield, sino que, por el contrario, se encuentran contaminados entre otros factores, por el estado de necesidad del paciente, por la falta de libertad ante la imposibilidad de

opción y por el desconocimiento técnico – científico propios del contexto en el cual se desarrolla la relación; por tanto; al carecerse de los elementos constitutivos de la estructura básica, no puede desarrollarse el sistema del consentimiento”

“En conclusión, el paciente sólo habrá de aceptar y asumir los riesgos que se le informen de manera clara y suficiente, adecuada a su nivel socio cultural; prestando su asentimiento a las prácticas médicas, y no su consentimiento; esto nos lleva a sostener que el contrato médico-paciente es de adhesión y no de negociación individual; con las consecuencias jurídicas que tal diferencia ocasionan.....” (Gabriela Lovece, obra citada, pág. 108 y 109).

Esta cláusula de consentimiento informado, que algunos doctrinantes han denominado más acertadamente **voluntad jurídica del paciente**, aparece desarrollada legislativamente en Colombia en los artículos 15 y 16 de la Ley 23 de 1981, cuyo tenor literal es el siguiente:

“ARTÍCULO 15. *El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente”*

“ARTÍCULO 16. *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”
(Subrayas fuera del texto original).

Por su parte el artículo 10 del Decreto 3380 de 1981, que reglamentó la referida ley, preceptúa:

“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” (Subrayas nuestras).

El artículo 1°, numeral 2° de la Resolución número 13.437 de 1991 expedida por el Ministerio de Salud Nacional, por medio de la cual reconocieron algunos derechos del paciente, establece:

“..... disfrutar de una comunicación plena y clara con el médico, apropiadas a sus condiciones sicológicas y culturales, que le permita obtener toda la información necesaria, respecto a la enfermedad que padece, así como a los procedimientos y tratamientos que se le vayan a practicar y al pronóstico y riesgos que dicho tratamiento conlleve. También su derecho a que él, sus familiares o representantes, en caso de inconsciencia o minoría de edad, consientan o rechacen estos procedimientos, dejando expresa constancia ojalá escrita de su decisión”

Estas normas plantean una serie de conductas a observar: 1. Impone la obligación para el médico de no exponer al paciente a riesgos injustificados. 2. Le ordena obtener el asentimiento del paciente para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que puedan afectarlo física o psíquicamente. 3. Exige que la advertencia del riesgo sea anticipada. 4. Dispone que la información a terceros sea de carácter subsidiaria.

La Dra. María Patricia Castaño de Restrepo, quien ha profundizado sobre este tema, concluye que para que la información sea un presupuesto de la elección libre del paciente, debe ser *“simple, aproximada, veraz, leal, prudente, inteligible y oportuna”*

“..... cuando nos referimos a que la información debe ser simple y aproximada, queremos señalar que se le deben suministrar al paciente los elementos básicos, los aspectos normalmente destacables, los que ordinariamente se deben tener en cuenta, en las áreas atrás mencionadas, para propiciar el espacio de reflexión en el paciente con miras a que pueda tomar una decisión acorde con sus mejores intereses...”

“... La información también debe ser veraz. Significa que no se le debe mentir al paciente.... la veracidad tiene una estrecha relación con la lealtad, ya que el paciente no se debe sentir traicionado por su médico mediante una mentira o de cualquier otro comportamiento malicioso o amañado”

“La prudencia indica que se debe informar con suma cautela, buen juicio y en términos ponderados y comprensibles....”

“... Se predica que la información debe ser inteligible para el paciente, porque si no se utilizan términos susceptibles de su comprensión, dicha comunicación no va a cumplir la función ilustrativa que se requiere....”

“La información también debe ser oportuna, porque si se suministra después de realizar el acto médico para el cual se requería el asentimiento del paciente o de sus responsables, se habrán vulnerado varios de los del paciente al cercenar su facultad de decisión; salvo en los casos de urgencia en que se requieren intervenciones inmediatas y en los restantes, en que se exonera al médico del deber de informar..... para que la información sea oportuna debe ser previa, al acto médico como regla general”. (“El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica”, Ed. Temis, Bogotá, 1997, páginas 96, 97 y 98).

Por su parte la H. Corte Constitucional en la sentencia C-264 de 1996 sostuvo:

*“En relación con el ejercicio médico, se considera que éste se encuentra estructurado a partir de dos principios fundamentales: 1) **capacidad técnica del médico** y 2) **consentimiento idóneo del paciente**. La capacidad técnica del médico depende de su competencia para apreciar, analizar, diagnosticar y remediar la enfermedad. El **consentimiento idóneo**, se presenta cuando el paciente acepta o rehusa la acción médica luego de haber recibido información adecuada y suficiente para considerar las más importantes alternativas de curación.*

2. La efectividad del principio de autonomía está ligada al consentimiento informado. La medicina no debe exponer a una persona a un tratamiento que conlleve un riesgo importante para su salud, sin que previamente se haya proporcionado información adecuada sobre las implicaciones de la intervención médica y, como consecuencia de ello, se haya obtenido su consentimiento.

*3. En esta materia se presenta una dificultad adicional que consiste en saber bajo qué criterio general debe juzgarse la información, con el objeto de determinar, por ejemplo, hasta qué punto el médico está obligado a divulgar ciertos detalles que pueden causar perjuicio en el estado anímico y físico del paciente. Resulta temerario formular una pauta de conducta objetiva que pueda ser seguida en todos los casos posibles. **La información que el médico debe trasmisir al paciente es un elemento para ser considerado dentro de un conjunto de ingredientes que hacen parte de la relación médico-paciente”.***

“Recientemente la Corte, insistió en la necesidad de contar con el consentimiento informado del paciente:

“Dada la distancia científica que generalmente existe entre el médico y el enfermo, lo mínimo que se le puede exigir a aquél es que anticipadamente informe al paciente sobre los riesgos que corre con la operación o tratamiento o las secuelas que quedarían, con la debida prudencia, sin minimizar los resultados pero sin alarma al enfermo en tal forma que desalentaría el tratamiento; es un equilibrio entre la discreción y la información que sólo debe apuntar a la respuesta inteligente de quien busca mejorar la salud, superar una enfermedad o mitigar el dolor.

“Antonio V. Gambaro pone de relieve en relación con el consentimiento que tanto el ordenamiento francés como el ordenamiento americano reconocen la exigencia de que los actos médicos sólo se lleven a cabo en relación con el cuerpo del paciente después de que haya sido informado de las finalidades e ilustrado sobre las ventajas y riesgos de la terapia y,

en fin, exista el consentimiento expreso. Incluso la terminología con que esta exigencia viene expresada es análoga, se habla de informed consent en USA y de consentement éclairé en Francia. También las excepciones a la regla del consentimiento del paciente son tan obvias que resultan similares, aparece así mismo homólogo el punto de partida de la problemática del consenso cuya base se encuentra, tanto en Francia como en Estados Unidos, con la antigua idea jurídica y civil de que todo individuo es titular de un derecho exclusivo sobre el propio cuerpo, por lo que cualquier manipulación del mismo sin consentimiento del titular del derecho constituye una de las más típicas y primordiales formas de lo ilícito”.

*“Esto se ha llamado el **CONSENTIMIENTO INFORMADO**; no es otra cosa que la tensión constante hacia el porvenir que le permite al hombre escoger entre diversas opciones. Es la existencia como libertad: tomar en sus manos su propio devenir existencial”.*

“De acuerdo con lo expuesto, la Corte concluye que las revelaciones del médico a su paciente, lejos de significar la violación del secreto profesional, constituyen el cumplimiento del deber mínimo de información al cual está obligado con el objeto de garantizar que de su parte pueda darse un grado adecuado de conocimiento informado. En consecuencia, el literal a del artículo 38 de la Ley 23 de 1981, será declarado exequible bajo el entendido de que en la relación médico-paciente la información a este último es la regla y no la excepción.” (Negrillas fuera del texto original).

Al indagarse sobre quién debe recibir la información y dar su asentimiento, existe unanimidad en la doctrina para señalar que corresponde hacerlo a quien tiene capacidad para decidir, o sea, que en primer lugar y de forma excluyente, tiene esta facultad el paciente y en caso de que él no pueda ejercerla, por ser un incapaz, encontrarse en estado de inconsciencia o ser demente, corresponde a sus familiares, éstos, por tanto, actúan en forma subsidiaria.

En cuanto a los riesgos que deben ser informados al paciente, no puede establecerse una condición objetiva para ello, todo depende de las circunstancias especiales de cada caso. Al respecto la Corte Constitucional ha distinguido entre procedimientos ordinarios y extraordinarios:

“Una circunstancia especialmente relevante en el análisis casuístico es la referente al tipo de intervención médica que se lleva a cabo sobre el paciente. Desde un punto de vista tipológico se suele hacer la diferencia entre una intervención ordinaria, que no conlleva una mayor perturbación en el curso ordinario de las actividades del enfermo, y una intervención extraordinaria, que trae consigo una intromisión determinante en la vida del paciente.

“Al vincular la variable del consentimiento con el tipo de intervención, resultan cuatro situaciones cuya solución normativa demanda un análisis específico (intervención extraordinaria con o sin consentimiento e intervención ordinaria con o sin consentimiento). De todas ellas la que con mayor facilidad se presta a una respuesta es aquella que combina la capacidad para consentir con la intervención extraordinaria. En tales circunstancias no parece haber dificultad en aceptar una concepción autonomista que condicione la acción médica a la manifestación volitiva del paciente. Así lo ratifica, además, el artículo 15 de la Ley 23 de 1981, citado más arriba.

Ahora bien, el concepto de intervención extraordinaria es más amplio que el de “procedimiento experimental para circunstancias excepcionalmente graves”, utilizado en el parágrafo del artículo 12 de la Ley 23 de 1981. En efecto, no parece necesario que exista un riesgo grave, ni que se trate de una tentativa experimental para que un tratamiento sea considerado como “intervención extraordinaria”. Basta con que sea notorio el carácter invasivo y agobiante del tratamiento médico en el ámbito de la autonomía personal y que, por lo tanto, se afecte de manera sustancial el principio

de la autodeterminación personal. Esta noción —abierta y forzosamente ambigua— debe ser apreciada y sopesada —como un principio— por cada médico en las circunstancias específicas.

2. En caso de presentarse una intervención de tipo ordinario, que no afecta esencialmente la autodeterminación del paciente, su consentimiento parece ser menos decisivo que en la primera situación estudiada, pero su importancia no es tan pobre como para considerar que puede ser indiferente respecto de la acción médica. Dicho en términos más concretos. Todo paciente tiene derecho a rehusar la aplicación de un determinado tratamiento sobre su cuerpo. Sin embargo, el hecho de no manifestarlo y de aceptar las prescripciones clínicas, es un indicio suficiente para considerar una aceptación tácita que puede bastar para que el médico proceda con su tratamiento.

3. En los dos casos restantes —caracterizados por la incapacidad para manifestar el consentimiento—, la doctrina internacional ha considerado que el médico debe acudir a los parientes del paciente antes de adelantar su tratamiento. Si bien esto es especialmente claro en el caso de intervenciones extraordinarias, tratándose de las ordinarias parece también recomendable el mismo recurso, teniendo en cuenta el hecho de que ningún consentimiento implícito puede ser deducido del silencio del paciente.

3.1. En relación con el consentimiento que deben dar los familiares respecto del tratamiento del paciente incompetente para manifestar su voluntad, debe acudirse a la normatividad sobre consentimiento en materia de trasplantes y disposición de órganos (Ley 73/88). El artículo 5º de dicha ley establece un orden de prioridades encabezado por el cónyuge no divorciado o separado de cuerpos y seguido por los hijos legítimos o ilegítimos mayores de edad, los padres legítimos o naturales, los hermanos legítimos o naturales mayores de edad, etc.” (Sentencia T-401 de 1994. Subrayas y negrillas nuestras).

Es de tal importancia la obtención del denominado “consentimiento informado” que de ello depende el juicio de responsabilidad que se le puede formular al profesional de la salud o la entidad hospitalaria:

“El hecho de que el paciente conozca y asuma los riesgos no implica su sometimiento a cualquier clase de riesgos, ni garantiza per se; que la terapéutica elegida por el profesional sea la científicamente aconsejable, por lo que el médico deberá además superar el control científico de su actuación”

“Al prestar el paciente su asentimiento al tratamiento; este no lo convalida por cuanto carece del conocimiento específico para ello quedando siempre abierta la posibilidad de revisión del contenido del contrato”

*“Para eximirse de responsabilidad el facultativo deberá demostrar **que el evento dañoso no se encuentra en una relación de adecuada causalidad con su conducta científica”** (Graciela Lovece, Ob. cit. pág. 112)*

En suma, constituye obligación para quienes prestan servicios de salud, informar al paciente de los riesgos de cualquier intervención o procedimiento y obtener su asentimiento para la práctica de estos, por tanto, si no se cumple con ella, se incurre en **culpa** bien sea por negligencia (no obró como una persona normalmente diligente lo haría) o por violación de reglamentos (contravino disposiciones legales que le imponían tal obligación).

Si, por el contrario, a través de la cláusula de consentimiento informado:

“...el paciente se limita a asumir los riesgos inherentes al tratamiento científicamente aconsejable para su patología y correctamente informados, la cláusula tendrá absoluta validez; y de producirse daños estos integran la categoría de daños necesarios no reparables” (Graciela

Lovece, obra citada, págs. 111 y 112. Resaltado nuestro).

Cuando no se cuenta con el consentimiento informado y se produce un daño, aparecen dos posiciones, una sostiene que habiéndose probado la culpa debe establecerse el nexo de causalidad entre ésta y el daño:

*“... En caso de que sea cuestionada la actuación del profesional y, por lo tanto, el correcto ejercicio de la facultad discrecional que le reconocemos para graduar el contenido de la información, tanto el juez como las partes interesadas, los auxiliares de la justicia y demás personas intervenientes en un proceso, tendrán que darse a la tarea de analizar las razones que asistieron al profesional para adoptar determinada postura en materia de información y comparar esa actuación con la que hubiese realizado un médico prudente y avisado, colocado en las mismas circunstancias del médico investigado para determinar si se presentó una hipótesis culposa (imprudencia, negligencia, impericia, etc.), por parte del facultativo por violación a su deber de informar y si dicha hipótesis **tiene nexo de causalidad con la producción del resultado dañoso** (responsabilidad civil).”* (María Patricia Castaño de Restrepo, Ob. cit. pág. 85. Negrillas fuera del texto original).

Mientras que para la otra, de la mera ausencia de consentimiento surge la responsabilidad sin necesidad de establecer el nexo de causalidad, porque el solo hecho de atentar contra la autonomía del paciente, justifica la reparación:

“....DALCQ, por ejemplo, sostiene que no se trata de averiguar si existe una hipótesis culposa propiamente dicha, ni de advertir la presencia del nexo de causalidad, porque esto es prácticamente imposible desde la óptica jurídica en este caso. Lo que interesa, según el autor, es auscultar, en el caso de no contar con la voluntad del paciente o de obtenerla viciada (por ejemplo por error, por no suministrar la información pertinente), ¿quién debe correr con los riesgos producidos por la aplicación del

procedimiento no asentido, el médico o el paciente? DALCQ responde que indudablemente el médico, porque no se trata de una responsabilidad por culpa, sino, más bien, de la obligación de indemnizar al paciente por los riesgos que en relación con este asumió unilateralmente el médico. No se requiere entonces que la ausencia de asentimiento tenga un nexo causal con el daño. De lo que se trata es de averiguar quién asume los riesgos cuando no existiendo culpa del médico en la aplicación técnico – práctica del tratamiento y por ende en la producción del daño, dicho médico actuó sin el asentimiento del paciente” (Citado por María Patricia Castaño de Restrepo, págs. 401 y 402).

2.3. DEL NEXO DE CAUSALIDAD EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA.

Debe darse cierta relación entre el daño causado y la conducta del que está llamado a responder por el mismo. La causa tiene que ver con los conceptos de anterioridad y de necesidad, entonces, hay causa cuando una cosa ocurre después de la otra, pero de tal manera que sin la primera, la segunda no habría sucedido. Entre dos fenómenos existe relación de causalidad cuando uno de ellos existe o subsiste debido a la existencia de otro.

En principio la responsabilidad médica supone, también, la prueba del nexo causal entre el hecho del agente y el daño. De contera que basándose ésta en la culpa probada, compete al accionante acreditar la existencia de un nexo de causalidad entre la culpa del médico y el daño sufrido por el paciente (pretensión) y al accionado desvirtuar tal nexo (excepción o defensa).

Para abordar el problema del nexo causal en el campo médico debemos recordar que estamos aplicando una serie de conocimientos científicos a un **ser**

humano, que ya viene con una patología, con un deterioro físico, con una serie de antecedentes que pueden entorpecer más su proceso de curación, un ser humano que puede introducir modificaciones que afectarán ese tratamiento que ha optado por aplicar un médico (descuidarse, no cumplir con las dosis propuestas, alterar la medicación, etc.). Esas condiciones especiales son las que nos llevan a compartir los criterios esbozados por la autora Argentina Celia Weingarten cuando asevera:

“...En el ámbito de la responsabilidad médica, el nexo causal enlaza el obrar medical con el daño: de manera que éste debe haber sido producido causalmente por la conducta del médico, ya sea por acción o por omisión”

*“.... A diferencia de lo que sucede en otros campos, en el ámbito médico la conexión causal entre una acción y un determinado resultado debe ser establecido con arreglo a **criterios científicos**. Dada la índole de las cuestiones que se dilucidan y las características del hecho generador del daño, únicamente es la ciencia médica la que puede verificar si un hecho puede producir regular y normalmente y conforme al curso científico causal, un determinado resultado. Sólo la ciencia **legitimará** la comprobación de un curso causal que desde el antecedente lleve al consecuente”*

*“Ello por cuanto el hecho humano médico presenta un **contenido esencialmente científico**, que hace que el nexo de causalidad también deba ser valorado teniendo presente esta **estrecha vinculación del acto médico con la ciencia médica**, que tiene sus propias reglas y principios que es preciso anudar y articular. Es decir, una relación de causalidad dentro del hecho médico”*

“...”

*“Este enlace entre el obrar médico y el resultado dañoso debe verificarse entonces con arreglo a un **módulo científico** que valore o pondere si el daño que se le atribuye se conecta causalmente con su conducta, no en el sentido de que su acción haya materialmente promovido un resultado*

como en el enfoque tradicional, sino si la ha generado conforme a un criterio científico del curso causal” (Obra citada, páginas 62 y 63).

Para deducir ese nexo de causalidad la connotada jurista alude a tres tipos de conducta médica:

*“a) **Discrecionalidad:** posibilita la elección científica entre técnicas aceptada por la ciencia (presupuesto objetivo) conforme a una adecuación de la naturaleza de la patología, características del paciente y recursos materiales y económicos existentes. (Presupuesto subjetivo)”*

*“b) **Arbitrariedad:** es la elección que carece de rigor científico. Se actúa dentro del marco de la ciencia médica, pero sin considerar las circunstancias condicionantes del paciente y su patología.”*

*“c) **Autoritarismo:** elección basada en el solo fundamento de la presunta autoridad del profesional, como única razón y sin relación a los postulados científicos”* (Ibídém páginas 64 y 65).

Para luego concluir:

*“De los tres supuestos, sólo los de arbitrariedad y autoritarismo pueden dar lugar a que el daño acaecido pueda ser **atribuido a responsabilidad profesional**. Por el contrario, si el médico obra dentro de la discrecionalidad científica, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo, esa conducta no puede ser considerada jurídicamente como antecedente de un resultado dañoso, para efectuar la atribución de responsabilidad”*

“....”

“Si el médico actúa conforme a un criterio de discrecionalidad científica, optando por alguna de las variables objetivamente idóneas de acuerdo a las reglas de la medicina y conforme a la adecuación de las circunstancias en concreto, no introduce causalidad alguna para la producción del daño”

“El resultado lesivo no puede serle atribuido a su acción u omisión, sino a la propia causalidad natural del paciente (su enfermedad) o a condicionantes tecnológicos, económicas, regionales, etc., es decir desplaza la causa y lo coloca fuera del accionar medical”

“El paciente asume entonces el riesgo de su enfermedad y también el riesgo del tratamiento, realizado con condicionantes inadecuados no dependientes del médico”

“..... Es que la verificación del nexo causal no se agota en un mero enlace material o físico entre un hecho antecedente y un resultado consecuente, sino que es preciso que esa acción sea científicamente idónea para producirla, conforme al curso regular de la medicina. Ello por cuanto en materia de responsabilidad médica, el profesional no sólo tiene una obligación de acción, sino que su obligación debe además tener un contenido científico objetivo y subjetivamente adecuado”
(“Responsabilidad médica. Relación de causalidad y factores de atribución. Carga probatoria”, Rev. Responsabilidad Civil y del Estado, N° 5 de Julio de 1998, Librería Jurídica Sánchez, Medellín, páginas 68, 69 y 70. Las negrillas son de la autora. Subrayas nuestras).

En nuestra jurisprudencia, el Consejo de Estado ha presumido la culpa y con ella el nexo de causalidad, apoyado en la teoría de la falta o falla en el servicio. Para éste, basta que el daño se produzca como consecuencia del acto médico, para que se presuma que ese daño fue causado por culpa del médico tratante.

3.0. CASO CONCRETO.

Para proceder a desatar la apelación, debemos empezar por indagar frente a qué tipo de responsabilidad nos encontramos y cuáles son los conjuntos normativos que se van a aplicar al caso, porque sobre este puntual aspecto, la *a quo* aludió a una responsabilidad contractual (ante la existencia de un acuerdo de voluntades en la realización de una cirugía estética), sin embargo, la parte demandante encaminó el libelo a una responsabilidad extracontractual, pero realizando pretensiones relacionadas con el contrato de prestación de servicios.

Aparece acreditado en el proceso que la señora Johana Martínez Pinilla,

contrató con el doctor Juan Fernando Saldarriaga Llano, la práctica de una cirugía estética consistente en una liposucción posterior, lipoinyección glútea y prótesis mamaria, la cual sería realizada en el Centro Cardiovascular Colombiano CLINICA SANTA MARIA.

Despréndese de lo anotado, que estamos en presencia de un contrato de prestación de servicio médico quirúrgico, de carácter estético. Por tanto, siguiendo con este hilo argumentativo, los perjuicios derivados para las partes por el incumplimiento de ese contrato entre ellas celebrado, serían fijados aplicando las normas que rigen las obligaciones y en especial los contratos. Sin embargo, esos perjuicios solo pueden ser deprecados por quiénes fueron partes en él.

De contera que, en el sub lite debamos examinar cuál fue la opción que tomaron los demandantes: Reclamar como heredero y cónyuge, en representación de su madre y esposa, los perjuicios que ésta sufriera por el incumplimiento del contrato de prestación de servicios médicos por parte del cirujano y el Hospital. O, reclamar en nombre propio, como terceros ajenos a ese contrato, los perjuicios que ellos directamente sufrieron por la muerte de su señora madre y cónyuge. Esta opción fue determinada en la demanda:

“....en ejercicio de una acción por responsabilidad civil...para que sean condenados solidariamente a reconocer la indemnización de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales que les causaron a mis poderdantes con la muerte de su esposa y madre la Sra. JOHANA MARTÍNEZ PINILLA, ocurrida el día primero (1) de octubre de 2004 en las instalaciones de la Clínica Cardiovascular de Medellín...” (Fol. 6, Cdno. Ppal).

“.... Que el CENTRO CARDIOVASCULAR COLOMBIANO CLÍNICA

SANTA MERÍA y el Dr. JUAN FERNANDO SALDARRIAGA LLANO son civilmente responsables de todos los daños y perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales sufridos por GEORGE ALBERT DE LA ROSA y GEORGE ALEXANDER DE LA ROSA, como consecuencia de la pérdida de su esposa y madre, la Sra. JOHANA MARTÍNEZ PINILLA...” (Fol. 9, Cdno. Ppal).

En los hechos de la demanda se alude a conductas culposas ejecutadas por el galeno Juan Fernando Saldarriaga Llano, que llevaron a la muerte de la señora Johana Martínez Pinilla y ocasionaron un profundo dolor a los actores. Estamos entonces frente a un típico caso de responsabilidad por culpa aquiliana regulado por el artículo 2341 del Código Civil.

Así las cosas, no podía solicitarse, como lo hizo la parte demandante, perjuicios patrimoniales a favor del menor George Alexander de la Rosa Martínez, en la forma peticionado en el libelo, por resultar impropio, en tanto se refiere a dineros que aparentemente percibía o tenía de ingresos su madre, los cuales no pueden ser trasladados a su hijo. Como los accionantes fueron ajenos al contrato, solo podían invocar su propio perjuicio por una conducta culposa del demandado, más no los de la señora Johana Martínez Pinilla.

En ese sentido, en el caso concreto, se deben aplicar las normas relativas a la “Responsabilidad común por los delitos y las culpas”, del Título XXXIV, artículos 2341 y s.s. del Código Civil.

Esa responsabilidad que se endilga al Centro Cardiovascular se deriva de la imputación al profesional en salud, cirujano Juan Fernando Saldarriaga Llano, con quien al parecer mediaba un contrato o facilitación del quirófano para la práctica de la cirugía estética que pretendía realizar, lo que conlleva a que genere una responsabilidad de tipo directo frente al médico cirujano Juan

Fernando Saldarriaga Llano, y, por el hecho de un tercero, en relación con el Centro Cardiovascular Colombiano Clínica Santamaría, de acuerdo con la jurisprudencia en materia de responsabilidad civil.

En tales condiciones, procederá analizar la Sala la responsabilidad del cirujano en mención, esto es, la conducta culposa en que incurrió, de manera de tal manera que, si se demuestra esta, pueda analizarse la del Centro Cardiovascular.

Debemos preguntarnos ahora, cuál fue esa conducta culposa que desplegó el galeno Saldarriaga Llano durante todo el tiempo que atendió a la señora Johana Martínez Pinilla. La parte demandante alude a una concreta: **La ausencia de consentimiento informado**, pues en su sentir, la paciente no fue debidamente informada de los riesgos inherentes al procedimiento que se le iba a realizar, de manera que esta hubiere podido optar por practicarse o no la intervención quirúrgica. Los demandantes resaltan que el documento con el que se quiso dar cumplimiento al consentimiento informado, titulado “AUTORIZACIÓN DEL PACIENTE”, no cumplió con los requisitos de ley, por tanto, no puede ser tenido en cuenta como tal.

Al respecto hemos de anotar que la no obtención del consentimiento informado constituye por sí misma una conducta culposa, por obrarse con negligencia y desconociendo claros preceptos legales. Deducida la culpabilidad por la violación al deber de informar y obtener el asentimiento del paciente, debe establecerse el nexo de causalidad entre esa conducta y el daño.

En el sub examen, la *a quo* concluyó que el consentimiento informado no está sujeto a prueba solemne, por lo que, con los documentos que analizó, consideró que se constituía y cumplía este requisito.

En efecto, es cierto que existe la obligación de obtener el consentimiento del paciente para aplicarle los tratamientos médicos y quirúrgicos (Arts. 15 y 16 Ley 23 de 1981), pero también lo es, que “*el médico dejará constancia en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto ...*” (Art. 12 D. 3380 de 1981), pero por ello no puede llegar a entenderse como que el otorgamiento de ese consentimiento sea solemne, hasta el punto de que el hecho de no consignarse por escrito todas y cada una de las explicaciones que el médico le dio al paciente lleve a deducir que éste no fue otorgado. Recuérdese que la norma antes referida únicamente exige “dejar constancia”, sin ninguna otra formalidad e incluso el que la deja es el médico, sin que sea necesario que el paciente la convalide con su firma.

En sentir de la Sala, el asentimiento del paciente puede ser acreditado por cualquier medio probatorio: documentos, testigos, interrogatorio de parte, incluso a través de indicios. Miremos entonces desde esta perspectiva qué nos indican las pruebas militantes en el encuadernamiento:

La historia clínica es pieza probatoria fundamental dentro del presente proceso, ella aparece en dos ejemplares: una aportada por la parte demandante y otra allegada por la demandada Centro Cardiovascular CLINICA SANTA MARÍA, como anexo de la contestación de la demanda, que tiene como particularidad el presentar las notas de “evolución del paciente” durante el procedimiento quirúrgico desde el momento de su admisión hasta su fallecimiento.

Es fundamental, porque en ella se consigna con detalle todo lo relativo a los procedimientos recibidos por la señora Johana Martínez Pinilla por parte del cirujano Juan Fernando Saldarriaga Llano, al igual que las actuaciones realizadas por el Centro Cardiovascular Colombiano Clínica Santa María, para

el momento en que presentó la complicación de la cirugía. A través de esta podemos reconstruir los hechos sucedidos con antelación al fallecimiento de la paciente y las actuaciones desplegadas por todos y cada uno de los profesionales de la salud que intervinieron en su tratamiento.

Remitiéndonos a ésta, encontramos una firma puesta por la paciente en el anverso del folio 37 (Fl. 211, Cuaderno principal), de fecha primero de octubre de 2004, donde autorizaba a la CLÍNICA CARDIOVASCULAR SANTA MARÍA y al doctor JUAN FERNANDO SALDARRIAGA, para que le practicara una liposucción y prótesis mamaria, al igual que se realizaran los estudios y procedimientos necesarios para su recuperación. Allí se indica que había sido informada acerca del tratamiento médico quirúrgico y además, que:

“Ni la institución ni el grupo médico, tiene responsabilidad civil por las eventuales complicaciones y consecuencias que puedan presentarse en mi tratamiento”.

Del mismo modo, a folios 35 y 36 de la referida historia clínica, se tiene un documento titulado como *“consentimiento informado procedimiento de anestesia general”*, donde se le advirtió de manera detallada sobre las posibles complicaciones en la aplicación de la anestesia general, así como de los riesgos en ella, entre estas, trombosis o embolias.

La firma que aparece puesta por la señora Johana Martínez Pinilla, no fue cuestionada por los demandantes a través de la tacha de falsedad, por tanto se presume auténtica. Tal presunción conlleva a otra, y es el de la veracidad del contenido de las declaraciones de voluntad consignadas con antelación a la firma. En otras palabras, la firma de la paciente en los mencionados documentos sienta el presupuesto de que ella fue informada por los médicos, cirujano y anestesiólogo, de los procedimientos que se le iban a practicar y

conociéndolos autorizó que se le practicaran éstos e incluso otros diferentes, en caso de ser necesario.

Esta presunción de veracidad, no solo podía, sino que debía ser desvirtuada por los demandantes para poder predicar una conducta culposa de la Clínica, pero esto no fue lo que sucedió en este asunto, la inconformidad de los recurrentes recae en que el consentimiento informado no cumplió con los requisitos de ley, y el que sí lo hizo, correspondía a la especialidad de la anestesiología más no al de cirugía, por tanto, no se podía tener cumplido el requisito con este.

Para la Sala, como lo ha venido replicando, tanto la autorización de la paciente como el consentimiento informado para la aplicación de la anestesia general, cumplieron con los requisitos de ley; ahora, hecho de no consignarse por escrito todas y cada una de las explicaciones que el médico le dio al paciente, no puede conllevar a que fue inexistente o nula la información suministrada por el galeno.

De todas maneras, la información atinente a la cirugía estética que se le iba a realizar le fue indicada a la paciente, pues ella así lo asintió al suscribir el documento obrante a folio 211 del cuaderno principal. Basta mirar el interrogatorio de parte, donde el doctor Juan Fernando Saldarriaga Llano fue enfático en afirmar que:

“...en mi consultorio el día treinta de septiembre de dos mil cuatro, en las horas de la tarde consulta que duró más de una hora, pues la paciente tenía mucha información por la cual, se le fueron explicando las dudas por las cuales ella misma consultaba y que están escritas en la historia clínica que entregue al despacho...le di toda la información como lo estipula la ley, lo dejé escrito como ella lo manda y JOHANA aceptó de que se le había dado la información (se anexa documento referido con

cinco folios, por tanto se ordena anexar los documentos al expediente y se dejan a disposición de las partes) ...” (Fl. 3, C-8. Negrilla intencional).

En el aludido documento, quedó establecido que le indicó a la paciente que:

*“...se le explica uno por uno de las complicaciones, refiere haber consultado otro cirujano y ya se lo han comentado. Sepsis es infección de todo el cuerpo, se puede infectar la herida, dar una hemorragia y producir hematomas, perdida de piel local, **trombo embolismo pulmonar** (que le entre grasa o trombos en el pulmón, por la cirugía o quietud prolongada. Asimetría, resultado insatisfactorio. Cápsula de contracción, reintervención lo cual no cobraría los honorarios. La celulitis no le mejora igual que las estrías, si hay cremas para ello...” (Fl. 9, C-8. Negrilla fuera de texto).*

Además, nótese que esta era una información que no podía pasarse por alto, o haberse omitido por parte del demandado, en tratándose de un especialista en el ramo de la cirugía, pues así lo corroboran sus colegas, ya que fueron acordes en advertir sobre su idoneidad, experiencia y pericia en este tipo de cirugías, al igual que los vastos conocimientos técnicos y extenso recorrido profesional. (Fols. 5, 6 y 9-11, C-6).

En esa medida, surge diáfano que el médico le explicó a la paciente en qué consistía y los riesgos de la cirugía que se le iba a practicar, al igual que ella firmó el documento o autorización que así lo acreditaba, lo que implicó que se haya iniciado con el procedimiento.

En suma, no existió una conducta culposa de parte del médico Juan Fernando Saldarriaga Llano, que permita hacerlo responsable del daño material y moral sufrido por los demandantes con la muerte de su señora madre y esposa Johana Martínez Pinilla, y consecuencia de ello, la del Centro Cardiovascular

Colombiano Clínica Santa María; lo que implica la confirmación de la sentencia impugnada en cuanto a la negativa de acceder a las pretensiones de la demanda principal.

En lo tocante a la **DEMANDA DE RECONVENCIÓN**, la cual se encuentra encaminada al obtener el pago de la suma de \$17.936.088, correspondientes a los gastos que realizó la Clínica Cardiovascular Santa María en la atención de la urgencia que se realizó a la usuaria Johana Martínez Pinilla, después de sufrir en embolismo pulmonar graso en la cirugía estética que le estaba realizando el doctor Juan Fernando Saldarriaga Llano, hay que significar que, como bien lo afirmó la *a quo*, se trata de un emolumento que no puede ser cargado a la sociedad conyugal o de su heredero, es decir, a los demandados.

Lo anterior por cuanto, la señora Johana Martínez Pinilla, no suscribió contrato alguno que la vinculara en forma directa con la CLÍNICA CARDIOVASCULAR SANTA MARÍA, o por lo menos, ningún documento o soporte se adunó con el libelo demandatorio. Si bien se aportó una factura de venta de unos servicios y un listado detallado de cargos por concepto a nombre de esta, en ninguno aparece su aceptación o asentimiento alguno.

Frente a esta afirmación, es de resaltar que si bien la demandante en el hecho segundo de la demanda aceptó y dijo que:

“La Clínica no celebró ningún contrato con la paciente, ni con sus familiares, ni con el Dr. Saldarriaga Llano para la realización del acto médico consistente en la realización de la cirugía estética, pero sí celebró un contrato para el arrendamiento del quirófano...” (Fl. 2, C-2, Negrilla intencional)

En la contestación de la demanda principal también afirmó que:

“La relación de la clínica con la paciente consistió apenas en arrendar el quirófano para la práctica de la cirugía. Tanto el personal médico como el personal auxiliar fueron contratados directamente por la paciente. En suma: el acto médico no fue realizado por la clínica, ni ésta tuvo incidencia directa en él, pues se limitó a arrendar el espacio físico (quirófano) donde se practicó la cirugía que llevaba inherente el riesgo que lamentablemente se materializó...” (Fls. 170 y 171, C-1, Subraya intencional).

Por su parte, la representante legal del Centro Cardiovascular Colombiano Clínica Santa María, para ahondar más en la contradicción, cuando se le interrogó sobre si dentro de las actividades que normalmente desarrollaba la entidad, se encontraba la práctica de cirugías plásticas, dentro de las cuales se encontraban liposucciones y/o lipoinyecciones aseveró:

“La Clínica es una clínica de la especialidad cardiovascular, no tiene vinculados cirujanos plásticos, pero los cirujanos plásticos que cumplan con los requisitos establecidos por el ministerio de salud, pueden solicitar un quirófano para la realización de cirugías plásticas siempre y cuando hayan cumplido con los requisitos que exige la Clínica de acuerdo con las exigencias de ley”.

Y al preguntársele sobre si había autorizado al doctor Juan Fernando Saldarriaga para practicarle una cirugía plástica a la señora Johana Martínez Pinilla el primero de octubre de 2004, contestó:

“El Dr. JUAN FERNANDO SALDARRIAGA es un médico que ha cumplido con los requisitos para realizar el ejercicio libre de su profesión en la Clínica Cardiovascular, él directamente o a través de su secretaría hace la solicitud para reservar el quirófano y programar la cirugía.”.
(Fls. 3-4, C-9. Negrillas fuera de texto).

Con estas manifestaciones tan disímiles surgen varios interrogantes, ¿existió o no contrato entre la señora Johana Martínez Pinilla y el Centro Cardiovascular Colombiano Clínica Santa María?, ¿Si existió un contrato de arrendamiento del quirófano de la Clínica Santa María, con quien se realizó entonces?, y, ¿En qué consistió y cuál fue la relación que existió entre el médico cirujano que practicaría la intervención quirúrgica y el Centro Cardiovascular Clínica Santa María?

A pesar de estas inconsistencias, sea cual sea la figura que existió, que pretende hacer ver la actora en reconvención, lo único cierto es que en el quirófano perteneciente a la Clínica Cardiovascular Santa María, se inició una cirugía estética a la señora Johana Martínez Pinilla, la cual no pudo culminarse por una complicación que tuvo, por lo que se vio en la necesidad de atenderla de manera urgente, sin embargo, nada se conoció al interior del proceso sobre en qué consistía la negociación y cuáles fueron sus condiciones, ni con quien se realizó. Así, resulta sospechoso, por no decir lo menos, que en las instalaciones de la Clínica se estuviera llevando a cabo una cirugía de estas características, se estuvieran utilizando todos los implementos del quirófano, pero no haya quedado ninguna evidencia escrita de ello.

Lo anterior para concluir que, si no se acreditó dentro del proceso que la señora Johana Martínez Pinilla, se hubiere obligado contractualmente con el Centro Cardiovascular Colombiano Clínica Santa María, no puede pretenderse traslado de obligación alguna a su heredero y cónyuge.

Ahora, si bien al momento de realizar la inspección judicial por parte del fallador de primera instancia, se encontró en las instalaciones de la clínica un pagaré, al parecer firmado por la señora Johana Martínez Pinilla, no menos lo

es que el mismo se encuentra en blanco, sin soporte alguno de la razón para su suscripción, es decir, qué se pretendía cubrir, máxime que a lo largo del proceso fue coherente la Clínica en señalar que la única relación con ella fue la de arriendo del quirófano. (Fls. 9-11, C-7 y 2, C-7A).

Además, tal y como quedó anotado en la inspección judicial (Fl. 10 vto., C-7), al indagar sobre el contrato de arrendamiento del quirófano, o contrato de prestación de servicios, suscrito entre la paciente y la clínica, se indicó que : “*...éstos no existen, ya que la clínica no usa esta modalidad de contratos, lo que se usa es una vez prestado el servicio se genera la factura por el costo del mismo, y la firma de pagarés que respaldan el monto de las facturas...*”; quiere decir ello que para predicarse la existencia del título valor, se hacía necesario la suscripción o aceptación de la factura, atinente a la prestación o venta de servicios de salud, lo no sucedió en este caso, ante el fallecimiento de la usuaria.

Por esta razón, si la señora Johana Martínez Pinilla, no aceptó la factura de venta, ello conlleva a que el pagaré no se haya constituido debidamente, por tanto, se repite, mucho menos puede trasladarse obligación alguna a su cónyuge y heredero por causa de su muerte.

No obstante, si en gracia de discusión se pensara que la paciente sí se obligó con la clínica en cuanto a los procedimientos médicos que le realizaron en razón a la emergencia que se presentó en la cirugía, es clara nuestra legislación que cada uno de los cónyuges es responsable de las deudas personales, a menos que hayan sido adquiridas para satisfacer las necesidades de la sociedad conyugal, y como en este caso, los servicios hospitalarios generados por la cirugía estética que se pretendió realizar la señora Johana Martínez no estaba encaminada a su beneficio sino al personal, no puede trasmitirse al demandante George Albert de la Rosa Chacón.

Como consecuencia de lo anterior, había lugar a la denegación de las pretensiones de la demanda de reconvención, y como consecuencia de ello, al llamamiento en garantía realizado por los demandados al médico Juan Fernando Saldarriaga Llano, por lo que deberá confirmarse igualmente la sentencia de primer grado, en lo que a ello respecta.

Considerando que los recursos interpuestos por ambas partes resultaron infructuosos, no habrá lugar a imponer condena en costas por el trámite de la segunda instancia.

4.0. C O N C L U S I Ó N.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala Segunda de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE DESCONGESTIÓN DE MEDELLÍN el 31 de octubre de 2014, dentro del proceso ordinario instaurado por GEORGE ALBERT DE LA ROSA CHACÓN, en nombre propio y en representación de su hijo GEORGE ALEXANDER DE LA ROSA MARTÍNEZ en contra de JUAN FERNANDO SALDARRIAGA LLANO y el CENTRO

CARDIOVASCULAR COLOMBIANO CLÍNICA SANTA MARÍA,
conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin lugar a imponer condena en costas por el trámite surtido ante el Tribunal, dado que ambas partes interpusieron el recurso de apelación y a todas ellas les fue desfavorable.

TERCERO: Ejecutoriada la presente decisión, devuélvase el expediente a su lugar de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



GLORIA PATRICIA MONTOYA ARBELÁEZ



LUIS ENRIQUE GIL MARÍN



MARTHA CECILIA LEMA VILLADA