

TEMA: CONSENTIMIENTO INFORMADO - Cuando existe una urgencia que implica la atención inmediata, en este caso de un menor, se puede justificar que no se haya obtenido el consentimiento sustitutivo de los padres.

HECHOS: El día 30 de enero del 2020 los actores, por intermedio de apoderado judicial, demandaron a la Nueva EPS S.A., Jorge Alberto Díaz Peláez y Santiago Cárdenas Escalante, para que, a través del proceso declarativo con trámite verbal, se declarara a los demandados civil y solidariamente responsables de los perjuicios ocasionados a los demandantes, a causa de la falta o ausencia del consentimiento informado, con ocasión de un procedimiento denominado artrotomía, que propició la posterior contaminación intrahospitalaria por la bacteria del *Staphylococcus Aureus*.

TESIS: En términos generales, para que se configure una responsabilidad civil, en su modalidad de contractual o extracontractual, aparte de la prueba del contrato para la primera, deben reunirse tres requisitos esenciales para ambas, como son: el daño antijurídico, el hecho culposo y el nexo de causalidad. (...) las EPS son responsables por cualquier incumplimiento de su deber de garantizar la calidad y eficiencia de los servicios de salud, sin que importe para ello si lo prestan directamente o por intermedio de Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) que hacen parte de su red de servicios o de profesionales de la medicina vinculados a estas. En consecuencia, si la deficiente prestación del servicio de salud causa daño al paciente o a sus familiares, la EPS está obligada a indemnizarlo. (...) Del consentimiento informado. Se afirma que es un presupuesto y elemento de la *lex artis* "...que en términos generales, lo que se persigue con la ejecución del débito informativo, es que el médico sabedor del desconocimiento técnico-científico por parte de su paciente -in actuos o in futurum-, le suministre oportuna y fidedigna información que objetivamente, le permita identificar o elucidar una serie de aspectos para él cruciales y decisivos y, de paso, así sea de alguna manera, paliar la desigualdad existente en lo que a ilustración técnica y científica concierne, todo con fundamento en el acrisolado concepto de la buena fe", para que el paciente, en este caso sus padres, advertidos de los pormenores del procedimiento médico y sus probables secuelas, elija si voluntariamente se somete al mismo. No existe en la ley el señalamiento de unos requisitos de forma y contenido de lo que debe ser el consentimiento informado. Con todo, el médico debe utilizar un dialecto que se acomode a la condición cultural de su paciente, que le explique cuál va a ser el procedimiento y los riesgos inherentes al mismo, de acuerdo al estado de la ciencia. (...) La ausencia de consentimiento informado, pues, solo resulta trascendente cuando acaece, sin culpa del galeno, un riesgo previsible, no informado ni asumido por el paciente, ya que, bajo ese supuesto, sí es posible asignar, total o parcialmente, el gravamen de reparación de las secuelas del resultado adverso al profesional médico. (...) En la historia clínica del menor, quien tenía 10 años para la época, no se registra que a los padres se les haya informado los riesgos previstos. Además, es dicente que, en la contestación a la demanda, la clínica no haya dado explicaciones suficientes con relación al consentimiento informado, no obstante, es deber del Tribunal reparar en la URGENCIA que implicaba la atención inmediata del menor, lo que de por sí puede justificar que no se haya obtenido el consentimiento sustitutivo de los padres; además, si en gracia de discusión se admitiera que sí era posible haber obtenido el consentimiento informado, no obstante, como tampoco hay prueba que la bacteria que infectó al menor y le ocasionó a la postre daños irreparables en su salud y movilidad, hayan sido adquiridos durante su estadía en el Hospital San Rafael de Itagüí, eso de por sí probatoriamente conlleva una falta de causalidad que de todas maneras impide la prosperidad de las pretensiones.

M.P. JULIÁN VALENCIA CASTAÑO

FECHA: 11/07/2023

PROVIDENCIA: SENTENCIA

S-2023

Proceso:

Demandantes:

Demandada:

Radicado:

Asunto:

Verbal

Yorfan Alexis Palacio Arias y otros

Nueva EPS S.A. y otros

05001 31 03 004 2020 00031 01

Confirma sentencia impugnada

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

Medellín, once (11) de julio del dos mil veintitrés (2023).

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia del 13 de julio de 2022, mediante la cual el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Medellín dirimió la controversia en el proceso Verbal con pretensión declarativa de Responsabilidad Civil Médica, promovida por Yorfan Alexis Palacio Arias, Adelaida María Arias Yepes, Eduar Andrés Arias Yepes, Óscar Javier Palacio Arias, Octavio de Jesús Arias y Blanca Rosa Yepes de Arias, en contra de la entidad Nueva EPS S.A., Jorge Alberto Díaz Peláez y Santiago Cárdenas Escalante. Función juzgadora que se acomete de la forma como se sigue:

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones. El día 30 de enero del 2020 los citados actores, por intermedio de apoderado judicial, demandaron a la Nueva EPS S.A., Jorge Alberto Díaz Peláez y Santiago Cárdenas Escalante, para que, a través del proceso declarativo con trámite verbal, se declarara a los demandados civil y solidariamente responsables de los perjuicios ocasionados a los demandantes, a causa de la falta o ausencia del consentimiento informado, con ocasión de un procedimiento denominado artrotomía, que propició la posterior contaminación intrahospitalaria por la bacteria del Staphylococcus Aureus, debiendo ser condenados, según la demandante, a pagar a favor de Yorfan Alexis Palacio Arias la suma equivalente a **100 smlmv** por daño a la vida de relación, igual monto por perjuicios morales y, el equivalente a **2500 smlmv** por concepto de pérdida de oportunidad.

Sus familiares, solicitaron la suma de **50 smlmv** para Adelaida María Arias Yepes y Óscar Javier Palacio Arias y **25 smlmv** para Eduar Andrés Arias Yepes, Octavio de Jesús Arias y Blanca Rosa Yepes de Arias.

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

1.1. Que el día 17 de abril de 2012, el entonces menor de 10 años de edad Yorfan Alexis Palacio Arias, es llevado por sus padres a la clínica el Sagrado Corazón para consultar por un dolor en la cadera, por lo que allí en la clínica le realizan los respectivos exámenes diagnósticos -radiografía de pelvis y ecografía de tejidos blandos de cadera derecha-, cuyos resultados arrojaron una tendinitis transitoria.

1.2. Que, al día siguiente, por persistir el dolor, fue remitido al hospital San Rafael de Itagüí, en donde se le diagnosticó OMA - Osteomielitis Aguda, al ingresar a ortopedia. Que el día 19 de abril de 2012, se le realiza una artrotomía, sin encontrar hallazgo patológico alguno, procedimiento del cual no se obtuvo consentimiento informado de los padres del menor.

1.3. Que, ese 19 de abril, se encuentra que la herida donde le habían realizado aquel procedimiento invasivo estaba sucia y se deja nota que sugiere lavado, pero este nunca se realiza.

1.4. Para el 23 de abril se le diagnostica sepsis por *Staphylococcus Aureus* Resistente a la Meticilina-SAMR, se le encuentra edema facial en extremidades y neumonía bilateral y derrame articular, posteriormente, entra en choque séptico y es remitido al hospital Pablo Tobón Uribe, con diagnóstico de osteomielitis en la cabeza del fémur y cadera y endocarditis, patologías que no sufría antes de su ingreso al hospital San Rafael de Itagüí.

1.5. Que, además de todo lo que sufrió el paciente, presentó secuelas como la desmineralización y fractura del hueso producido por las infecciones, de igual forma, para el año 2013 se le diagnostica necrosis articular de la cabeza del fémur, secuela de la artritis séptica (CIMA) y, para el 15 de agosto de 2013 se le diagnostica discrepancia de longitud como secuela de Artritis Séptica De Cadera, se concuerda (sic.) alargamiento femoral cuando termine adolescencia.

1.6. Que, los problemas para el menor Yorfan Arias surgen a partir de la artrotomía realizada sin consentimiento informado de sus padres y debido a que se contaminó

con una infección nosocomial, que generó una sepsis en el paciente y sus posteriores complicaciones y secuelas.

1.7. A la fecha de los hechos, el menor Yorfán Arias contaba con 10 años de edad y pertenecía a una escuela de fútbol, donde destacaba por ser futbolista y encontrarse en trámite para ingresar al Atlético Nacional, sueño que se vio truncado por los hechos presentados en el Hospital San Rafael de Itagüí.

1.8. Los aquí demandantes acusan sufrimiento moral y consideran que dicho daño se dio por negligencia e imprudencia de los accionados, los cuales generaron daño inmaterial, en la modalidad de perjuicio moral y daño autónomo, en la modalidad de pérdida de oportunidad, en las cuantías atrás relacionada.

2. Actuación procesal. El Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Medellín admitió la demanda mediante auto del 17 de febrero de 2020. Los demandados fueron notificados debidamente y, dentro del término del traslado, contestaron la demanda en los siguientes términos:

2.1. El doctor **Jorge Alberto Díaz Peláez** llegó al proceso manifestando no ser cierto que al paciente no se le haya encontrado ninguna patología, pues, desde su ingreso a la clínica el Sagrado Corazón se realizó diagnóstico de posible artritis séptica de cadera y se ordenó la realización de hemograma, VSG, PCR, radiografía de cadera y ecografía, además de analgesia. Que, se realizó por parte del galeno el diagnóstico presuntivo de artritis séptica debido al cuadro que cursaba el menor, ya que esta patología consiste en la invasión del espacio articular por una bacteria o por otro agente infeccioso que produce inflamación de la articulación –artritis- que se manifiesta con dolor, enrojecimiento, hinchazón y/o aumento de temperatura.

Advierte que la cirugía de artrotomía estaba indicada, pese a que no se logra aislar líquido, ya que las infecciones son difíciles de reconocer en las fases precoces de la enfermedad, al tiempo que el diagnóstico clínico que cursó el menor y las secuelas posteriores corroboraron que sí existía una infección de cadera; además que, por protocolo, no se ingresa a cirugía a ningún paciente si no se constata previamente que existe el documento firmado, máxime cuando se trata de menores de edad donde se tiene un especial cuidado de la situación para contar con el consentimiento de los padres. Seguidamente, formularon las siguientes

excepciones de mérito: **i)** ausencia de culpa; **ii)** ausencia de nexo causal; **iii)** improcedencia de perjuicios y tasación excesiva y la **iv)** genérica.

2.2. La nueva EPS S.A., señaló que no está dentro de sus labores hacer ningún tipo de seguimiento médico, ni tampoco tiene algún tipo de corresponsabilidad frente a los diagnósticos, valoraciones, tratamientos, intervenciones quirúrgicas, procedimientos, sus resultados, ya que la responsabilidad médica está radicada en cabeza de las IPS, así que cualquier responsabilidad de este tipo que se le quiera endilgar a la NUEVA EPS constituye un error fundamental, dado que la parte actora no tiene en cuenta las funciones dadas por la Ley a las EPS, y en general a cada uno de los partícipes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, aduciendo no constarle los hechos narrados por el demandante y que, en el asunto, no existe lo que la jurisprudencia ha denominado pérdida de oportunidad, ni ninguna otra figura jurídica que implique incumplimiento alguno de la EPS respecto a su afiliado, ya que nunca ha retardado, omitido o negado autorización alguna al paciente, dando así estricto cumplimiento a sus obligaciones contractuales.

Por ahí mismo, se opuso a la prosperidad de las pretensiones por encontrarlas infundadas y, blandió en su favor las siguientes excepciones perentorias: **i)** inexistencia de nexo causal por culpa exclusiva de los padres del paciente; **ii)** inexistencia de daño indemnizable imputable a NUEVA EPS; **iii)** inexistencia del factor de imputación a NUEVA EPS de culpa a título de falla en el servicio; **iv)** cumplimiento cabal de las obligaciones de la NUEVA EPS en su condición de asegurador; **v)** inexistencia de responsabilidad de NUEVA EPS por hecho de tercero; **vi)** carencia absoluta de prueba de nexo causal entre la omisión endilgada a NUEVA EPS y el daño alegado; **vii)** inexistencia de responsabilidad por carencia del daño antijurídico; **viii)** indebida tasación de perjuicios y enriquecimiento sin causa o cobro de lo no debido; **ix)** en responsabilidad médica, los actores del sistema no están obligados a lo imposible (obligación de medio no de resultado); **x)** inexistencia de daño por pérdida de oportunidad; **xi)** la genérica.

2.3. Llamamientos en garantía. La nueva EPS S.A.S. presentó diversos llamamientos en garantía, a saber: llamó a la IPS Nueva Clínica Sagrado Corazón, Hospital Pablo Tobón Uribe y a **Ese Hospital San Rafael -Itagüí**, de los cuales solamente fue admitido este último mediante auto del pasado 03 de mayo de 2021.

2.3.1. La llamante manifestó que con la E.S.E. **Hospital San Rafael -Itagüí** suscribió un contrato de prestación de servicios médicos en modalidad por evento, el cual se encontraba vigente para la fecha de ocurrencia de los hechos. Situación última suficiente para llamarle en garantía y condenarle al reembolso cuando resultare procedente.

La llamada en garantía E.S.E. **Hospital San Rafael -Itagüí** –por su parte-, dio respuesta tanto a la demanda como al llamamiento. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y formuló en su modalidad de mérito las siguientes excepciones: **i)** ausencia de carga probatoria del demandante; **ii)** inexistencia de elementos de la responsabilidad; **iii)** indebida tasación de perjuicios y cobro de lo no debido; **iv)** ausencia de responsabilidad médica. Sobre el llamamiento en garantía la entidad formuló excepciones que denominó: **i)** ausencia de responsabilidad médica y **ii)** cumplimiento del clausulado contractual.

2.4. El Dr. Santiago Cárdenas Escalante no contestó la demanda.

3. De La sentencia de primera instancia. Fenecido el trámite del proceso previsto en el C. G. del P., incluido el decreto y práctica de pruebas y alegatos de conclusión, el juzgado Cuarto Civil del Circuito de Medellín dictó sentencia el pasado 13 de julio de 2022, en la que resolvió negar las pretensiones de la demanda.

En efecto, luego de referirse a los presupuestos que integran los elementos de la responsabilidad civil médica, el funcionario centró su estudio en la historia clínica de la ESE Hospital San Rafael -Itagüí, a fin de contextualizar las patologías y las atenciones inicialmente brindadas por la especialidad de pediatría al paciente, donde se tuvo como diagnóstico sepsis OMA y otras complicaciones como osteomielitis aguda, neumonía bilateral de derrame y endocarditis, motivo por el cual se solicitó remisión para valoración por pediatría ortopédica, la cual se realizó el 25 de abril de 2012 en el hospital Pablo Tobón Uribe.

Refiriéndose al trabajo pericial entregado por el experto Diego Fernando Luna Dussan, compartió las conclusiones en torno a las cuales señaló que lo procedente en la atención en urgencias ortopédicas era el examen físico y la condición clínica del paciente, prácticas médicas para establecer el diagnóstico de artritis séptica y que la artrotomía era el procedimiento adecuado para controlar la emergencia, de

esta forma, indicó que ningún reproche merecía la atención allí brindada por el galeno demandado Jorge Alberto Díaz Peláez.

En relación con el médico Santiago Cárdenas Escalante, adujo que, pese a no haber contestado la demanda, no existían hechos personales del confesante para tenerlos como ciertos, a lo que sumó que de la historia clínica se advertía que actuó con diligencia al disponer los exámenes, ayudas diagnósticas y su posterior remisión a ortopedia pediátrica.

Seguidamente, pasó a analizar la alegada responsabilidad derivada de la ausencia de consentimiento informado, allí, indicó que en la hoja de ruta del procedimiento quirúrgico denominado artrotomía realizada el 18 de abril de 2012, se autorizó el mismo por la madre del menor, señora Adelaida María, a lo que sumó que la ausencia documental de ese consentimiento informado, no fue la causa de las secuelas que padece Yorfán Alexis Palacio Arias, como sí lo fue el *Staphylococcus Aureus* Resistente a la Meticilina, que no es una bacteria intrahospitalaria -sino que se halla en el ambiente-, como lo explicó el experto y el testigo Álvaro Toro Posada, por ende “...la atención brindada en el Hospital San Rafael -Itagüí, fue adecuada y apropiada...” concluyó.

4. Del recurso de apelación. La parte actora impugnó la sentencia. Así, concedido el recurso de apelación en primera instancia, el mismo fue admitido por la Sala Unitaria del Tribunal, seguidamente, se otorgó el término de rigor para la sustentación, el cual recorrió dicho extremo litigioso de la manera como pasa a compendiarse.

4.1. La inconformidad de la parte actora radicó inicialmente en la ausencia de consentimiento informado, señalando que no había constancia en el expediente que este se haya otorgado, advirtiendo que en los interrogatorios realizados, los padres del menor declararon que no firmaron ningún documento referente al consentimiento, el que además, fue vulnerado en tanto no se les explicó las alternativas terapéuticas que tenía su hijo, aceptadas por la ciencia médica, como lo eran la artrocentesis y la artroscopia, errando el funcionario en la interpretación de la prueba documental y testimonial practicada al interior del proceso.

Que se debió analizar en su totalidad la historia clínica, para apreciar las consecuencias de no realizar el lavado sugerido, pues los galenos del Pablo Tobón Uribe, se vieron en la obligación de realizar esos lavados, por lo menos 4 veces como forma de tratar la infección localizada en la cadera. Así mismo, alega que los medicamentos que recibió el paciente en esta institución, son sugerentes de una infección nosocomial por SARM.

Asintió así mismo, que quienes tendrían que demostrar a plenitud de modo tal que se llegara a la certeza de que no hubo infección nosocomial y que el paciente llegó con SARM desde el inicio en este proceso, son los demandados, pues tienen las condiciones técnicas, científicas, y económicas para que así sea, pues, de lo contrario, se estaría incurriendo en un error de derecho e invirtiendo la teoría del riesgo.

Culminó argumentando que *“...respecto del análisis del SARM de origen comunitario, el juez incurre en error de valoración de las declaraciones dadas por el testigo y el perito, por la imposibilidad de superar su estado de ignorancia respecto al tema, impidiéndole el esclarecimiento de la verdad, lo anterior, por cuanto no se contó con un perito infectólogo especializado, los declarantes pusieron al estafilococo aureus común, que es el que todos tenemos en la piel y las fosas nasales, con el resistente a la meticilina, del cual se encuentran algunas cepas, que si bien pueden hallarse en la comunidad, son muy extrañas y que estas son diferentes a las cepas intrahospitalarias las cuales requieren un tipo de tratamiento diferenciado, reitero entonces a la sala, esta ignorancia respecto al tema genera un barrera la cual debe ser superada con el decreto de la prueba pericial de un infectólogo ...”*.

De esta forma, solicitó *“...revocarse la sentencia de primera instancia por los errores mencionados y conceder las pretensiones de la demanda...”*.

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

II. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales. Cumplidos como se encuentran y, atendiendo a que la apelación fue interpuesta en tiempo, así como que el recurso fue bien concedido y admitido, se estima que la Sala ha adquirido competencia para despachar el presente asunto en segunda instancia. De igual manera, se le ha permitido a la parte recurrente exponer su tesis dentro del término para la sustentación del recurso.

1.1. Salvedad preliminar frente a la congruencia de la sentencia. Por técnica del fallo, hemos de entender que el *thema decidendum* que se impone para impartir mérito al recurso de apelación, en general, pasa por establecer la suficiencia o no del consentimiento informado brindado para la artrotomía realizada al entonces joven en edad escolar Yorfán Alexis Palacio Arias, exponiéndolo de esta forma a un riesgo injustificado, al no permitirse conocer y elegir a sus padres otras alternativas de tratamiento; así como también se trata de determinar si existe prueba irrefutable de que aquél adquirió la bacteria que produjo la osteomielitis Aguda y artritis séptica durante la atención brindada en el hospital San Rafael de Itagüí, por lo que solamente a estos puntos se contrae el debate judicial, como quiera que en la demanda no se presentaron hechos diferentes.

En realidad, a partir de lo planteado en la demanda, al asunto no le cabe otro entendido que el que acaba de darse, pues, tan siquiera podría interpretarse que se está atribuyendo responsabilidad a los demandados por **la demora en el traslado a un hospital de mayor nivel, -como en forma extemporánea e impertinente lo expuso el demandante en uno de los cargos concretos-**, cuando esa circunstancia no se halla ni siquiera sugerida en el escrito introductor, sin que ese hecho haya sido propuesto o sugerido por los demandantes, como criterio de imputación hacia la demandada.

Por consiguiente, en el caso que pudiera otearse por ese flanco, a lo largo del protocolo de atención brindado al paciente, un posible evento de desconocimiento de la *lex artis* o buen hacer médico, es suficientemente conocido que el artículo 281 del C. G. del P., tiene como finalidad ceñir la actividad de los jueces a la intención de las partes, pues son ellas quienes están en posición privilegiada para establecer con mayor acierto hasta dónde debe ir la intervención judicial en la composición del litigio.

Al respecto ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia: “...el principio de congruencia constituye un verdadero límite de competencia para la función decisoria del juez, al propender porque cuando se desate un conflicto, el fallo definitorio no se pronuncie sobre más (*ultra petita*), menos (*mínima petita*) o algo diferente (*extra petita*) de lo que fue reclamado por las partes, en tanto ello además de representar un proceder Inconsulto y desmedido, podría aparejar la vulneración del derecho a la defensa de los demandados, quienes a pesar de avenirse a los derroteros que demarca la discusión dialéctica ventilada en el juicio, se hallarían ante un decisión definitoria sorpresiva que, por su mismo carácter subitáneo e intempestivo, no pudieron controvertir...”.¹ quedan entonces dichos temas ya anunciados por fuera de la zona del presente litigio.

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

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

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

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

¹ Corte Suprema Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente doctor Edgardo Villamil Portilla, sentencia del 15 de diciembre de 2005, exp. 1996-19728-02; y Magistrado Ponente doctor William Namén Vargas, sentencia del 6 de mayo de 2009, expediente 2002-00083-01 .

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

Según el artículo 178 de la ley 100 de 1993, específicamente están obligadas a: **3. Organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional (...)** **6. Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.**

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

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

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

*“En tratándose **de la responsabilidad directa** de las referidas instituciones, con ocasión del cumplimiento del acto médico en sentido estricto, es necesario puntualizar que ellas se verán comprometidas cuando lo ejecutan mediante sus órganos, dependientes, subordinados o, en general, mediando la intervención de médicos que, dada la naturaleza jurídica de la relación que los vincule, las comprometa. En ese orden de ideas, los centros clínicos u hospitalarios*

incurrirán en responsabilidad en tanto y cuanto se demuestre que los profesionales a ellas vinculados incurrieron en culpa en el diagnóstico, en el tratamiento o en la intervención quirúrgica. Por supuesto que, si bien el pacto de prestación del servicio médico puede generar diversas obligaciones a cargo del profesional que lo asume, y que atendiendo a la naturaleza de éstas dependerá, igualmente, su responsabilidad, no es menos cierto que, en tratándose de la ejecución del acto médico propiamente dicho, deberá indemnizar, en línea de principio y dejando a salvo algunas excepciones, los perjuicios que ocasione mediando culpa, en particular la llamada culpa profesional, o dolo, cuya carga probatoria asume el demandante, sin que sea admisible un principio general encaminado a establecer de manera absoluta una presunción de culpa de los facultativos (sentencias de 5 de marzo de 1940, 12 de septiembre de 1985, 30 de enero de 2001, entre otras).”.

Dichas consideraciones quedaron igualmente plantadas en el pronunciamiento que hizo la Corte Suprema de Justicia² en reciente sentencia, donde realizó un juicioso análisis de la responsabilidad sistémica de las personas jurídicas, para concluir que, en los casos de responsabilidad médica, las EPS responden como si la falla del servicio médico hubiera sido obra suya. Destáquese de aquella providencia lo siguiente:

“Se ha afirmado líneas arriba que la atribución de un daño a un sujeto como obra suya va más allá del concepto de causalidad física y se inserta en un contexto de imputación en virtud de la identificación de los deberes de acción que el ordenamiento impone a las personas.

Uno de esos deberes es el que la Ley 100 de 1993 les asigna a las empresas promotoras de salud, cuya «función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados (...).» (Art. 177)

Además de las funciones señaladas en esa y en otras disposiciones, las EPS tienen como principal misión organizar y garantizar la atención de calidad del servicio de salud de los usuarios, por lo que los daños que éstos sufran con ocasión de la prestación de ese servicio les son imputables a aquéllas como suyos, independientemente del posterior juicio de reproche culpabilístico que

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

llegue a realizar el juez y en el que se definirá finalmente su responsabilidad civil.

Luego de quedar probado en un proceso que el daño sufrido por el paciente se originó en los servicios prestados por la EPS a la que se encuentra afiliado, es posible atribuir tal perjuicio a la empresa promotora de salud como obra suya, debiendo responder patrimonialmente si confluyen en su cuenta los demás elementos de la responsabilidad civil.”

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

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

3.3. Por su parte, **El médico** que es la persona natural que tiene como profesión la medicina y presta un servicio, obvio, profesional dirigido a mantener y recuperar la salud humana mediante el estudio, el diagnóstico y el tratamiento de la enfermedad o lesión del paciente.

4. El debate judicial. De entrada, la sala encuentra necesario analizar el estado de presanidad del paciente, previo a practicársele el procedimiento quirúrgico denominado “*artrotomía*”, para ello, nos remitimos a lo consignado en la historia clínica del Hospital San Rafael de Itagüí, desde el pasado **18 de abril de 2012** (pdf. 07 fl. 27 exp. digital), en la que se registra a un paciente que llega con diagnóstico presuntivo de: “...*sepsis secundaria a Osteomielitis Aguda en cadera derecha*...”, después de ser atendido en la Clínica Sagrado Corazón de donde fue remitido.

A partir de dicho historial médico, se observa que el entonces menor en edad escolar Yorfan Alexis Palacios Arias, fue valorado el día 17 de abril de 2012 en la clínica el Sagrado Corazón, al consultar por un dolor en la cadera, por lo que allí en la clínica le realizan los respectivos exámenes diagnósticos - radiografía de pelvis y ecografía de tejidos blandos de cadera derecha- cuyos resultados arrojaron una tendinitis transitoria.

Pero como el paciente continuó con los mismos síntomas debido a un fuerte dolor progresivo en la zona inguinal del muslo que irradiaba hacia la cadera con 4 días de evolución, fue remitido de inmediato al Hospital San Rafael, donde para ese momento se contaba con exámenes de imagenología sugerentes de una simple inflamación, pues, ni la ecografía o la radiografía mostraron hallazgos de derrame articular, en orden a lo cual, recibió un diagnóstico presuntivo de **“artritis séptica”**, a partir del cual se desencadenó todo un protocolo de atención interdisciplinario tendiente a encontrar el diagnóstico certero y definitivo, por encontrarse la infección en los estadios iniciales.

4.1. No cabe duda que estos síntomas, los que necesariamente venían generando dolor y dificultades al paciente para caminar, detonaron la necesidad de su valoración por la especialidad de ortopedia pediátrica, debido a la presencia de inflamación y la seria sospecha clínica de sepsis. En efecto, al ser valorado por el Dr. Jorge Alberto Díaz Peláez, ese mismo 18 de abril de 2012, éste observó intensificación de dolor y la inflamación, en virtud de lo cual ordenó la hospitalización del paciente para realizarle drenaje, cultivo y antibiograma de cadera derecha. Más adelante, luego de analizar la conducta a seguir, determinó la necesidad de la respectiva intervención quirúrgica denominada **“artrotomía”** -según consta en la epicrisis levantada por dicho especialista-.

4.2. Tal y como lo explicó el médico ortopedista pediátrico Álvaro Toro, quien declaró como testigo del Hospital, expuso que dicha intervención consiste en: *“... abrir la cadera que es lo que uno realmente recomienda, propone y hace, cuando tiene una sospecha clínica de artritis séptica de cadera para evitar el efecto tóxico que pueden producir las bacterias en una articulación tanto afectando el cartílago como la circulación que llega allí a la cadera...”* (pdf 69 mnto 27:43). Así mismo, en su trabajo pericial, el experto Diego Fernando Luna Dussán -Médico y Cirujano especialista en ortopedia y traumatólogo cursando en la actualidad cirugía avanzada en remplazos articulares (pdf. 16)-, señala: *“...La cirugía de **ARTROTOMÍA** no solo estaba indicada*

en este caso, sino que **se considera un procedimiento urgente o emergente debido al daño que puede provocar una artritis séptica en la articulación** o incluso puede poner en peligro la vida del paciente si no se llega a realizar un procedimiento a tiempo. **La necesidad de cirugía se establece por la clínica del paciente y examen físico realizado por ortopedia o pediatra, apoyado en paraclínicos como elevación de reactantes de fase aguda, incluso, sin necesidad de imágenes diagnósticas...**. Además, es pacífica la literatura hipocrática allegada por el mismo experto en señalar a la artrotomía como primera opción diagnóstica y terapéutica:

¿Cuál es su tratamiento?

Si existe una sospecha de una artritis de cadera el tratamiento ha de iniciarse de forma precoz. Es necesaria **la artrotomía, un procedimiento quirúrgico que consiste en abrir la articulación, extraer el líquido infectado (del que se tomará una muestra para análisis y cultivo), lavar la articulación y disminuir la presión intraarticular para evitar que se produzca un daño en la misma.**

4.3. En este punto concluye anticipadamente la Sala que: **i)** el diagnóstico presuntivo de sepsis secundaria a Osteomielitis Aguda y posterior Artritis Séptica no provino de forma caprichosa y unilateral, pues se precisó de exámenes diagnósticos y paraclínicos que sugerían, con alto grado de sospecha clínica, la presencia de un proceso infeccioso compatible con sepsis en la zona inguinal de la extremidad inferior derecha del entonces menor Yorfán Alexis Palacios Arias, dolor que se irradiaba por el muslo y el fémur hacia la cadera. Luego, el proceder del médico ortopedista Andrés Pinilla, quien finalmente practicó la *artrotomía* el 18 de abril de 2012, no es incorrecta a la luz de la ciencia médica, pues es evidente que este procedimiento presenta un doble enfoque: diagnóstico y terapéutico, ya que no sólo permite tomar muestras de líquido, sino que, paralelamente, permite realizar el lavado de la articulación para *“disminuir la presión intraarticular”*.

4.4. Sin embargo, la queja constante de los demandantes consiste en que a partir de este procedimiento quirúrgico de artrotomía se presentó la vulneración de las reglas propias del ejercicio de la medicina, como que, a voces del demandante, se realizó **“sin consentimiento informado y su posterior contaminación intrahospitalaria, de allí en adelante se comienzan a diagnosticar todas las patologías la herida se contaminó con una infección nosocomial, creando así la osteomielitis y posterior artritis séptica...”**

El señor juez de primer grado, dedujo que el consentimiento informado fue firmado por la madre del menor ese mismo 18 de abril de 2012 (de lo cual no se aportó prueba escrita) y que, a la postre, la causa de las secuelas que padece Yorfan Alexis Palacio Arias fueron consecuencia del “*Staphylococcus Aureus*” resistente a la Meticilina, que no era una bacteria intrahospitalaria, sino que se hallaba en el ambiente y en el torrente sanguíneo del paciente, según lo declaró el médico Álvaro Toro Posada.

4.5. Para salirle al paso a lo anterior, la censura insiste en que los padres manifiestan no haber firmado consentimiento informado alguno sobre el procedimiento denominado “*artrotomía*”, del cual tampoco existía huella documental, omisión que conllevó no solo a someter al menor a riesgos innecesarios o injustificados, sino a la imposibilidad para los padres de escoger otros procedimientos, pero, además, postquirúrgicamente y, por el infrecuente lavado de la herida, contrajo la bacteria intrahospitalaria denominada “*Staphylococcus Aureus*” exigiendo a la parte demandada la prueba de que no hubo infección nosocomial a partir del decreto de la prueba pericial de un infectólogo. Estas líneas, enmarcan el *quid* del presente litigio.

5. Del consentimiento informado. Se afirma que es un presupuesto y elemento de la *lex artis* “...que en términos generales, lo que se persigue con la ejecución del débito informativo, es que el médico sabedor del desconocimiento técnico-científico por parte de su paciente -*in actuos o in futurum*-, le suministre oportuna y fidedigna información que objetivamente, le permita identificar o elucidar una serie de aspectos para él cruciales y decisivos y, de paso, así sea de alguna manera, paliar la desigualdad existente en lo que a ilustración técnica y científica concierne, todo con fundamento en el acrisolado concepto de la buena fe”³, para que el paciente, en este caso sus padres, advertidos de los pormenores del procedimiento médico y sus probables secuelas, elija si voluntariamente se somete al mismo.

No existe en la ley el señalamiento de unos requisitos de forma y contenido de lo que debe ser el consentimiento informado. Con todo, el médico debe utilizar un dialecto que se acomode a la condición cultural de su paciente, que le explique cuál va a ser el procedimiento y los riesgos inherentes al mismo, de acuerdo al estado de la ciencia. De otra parte, el paciente debe estar presto a requerir la información

³ JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. “Responsabilidad civil médica”. Colección Ensayos N° 8. Pontificia Universidad Javeriana. Pág. 224.

que considere necesaria y el médico atender con prontitud tal requerimiento, siendo lo más prudente -por parte de la clínica- dejar constancia del cumplimiento de este deber informativo, pero ello no traduce la imposición de una solemnidad para dotarlo de validez, pues la deliberación y libre sometimiento a un procedimiento puede reconstruirse a partir de una conducta específica, del cual logre inferirse una señal inequívoca de aceptación, al respecto se ha explicado:

*En cuanto a la forma cómo debe brindarse el consentimiento, vale destacar que no se requiere necesariamente que conste por escrito, puede expresarse en forma verbal, o inclusive tácita, lo cual puede inferirse por ejemplo de la aceptación de las prescripciones clínicas, de las cuales conoce los riesgos a los que se expone. El hecho de que el consentimiento no conste por escrito genera dificultades probatorias para la entidad que prestó el servicio, habida cuenta de que es la llamada a demostrar que obtuvo el consentimiento del paciente” pero no lo hace inexistente. Se considera, además, que el documento por excelencia para instrumentalizar el consentimiento es la historia clínica. (...) De ahí que si bien resulta deseable que el consentimiento informado sea manifestado externamente por el paciente de manera directa y expresa en un documento escrito, toda vez que este tipo de lenguaje es quizás el medio más idóneo para exteriorizar la voluntad en este tipo de situaciones, **nada impide que aquella se establezca a partir de otros instrumentos, como sería el comportamiento desplegado por el propio paciente frente a las indicaciones del médico tratante, que revelan su voluntad implícita manifestada en una declaración tácita.**⁴*

5.1. Respecto de la causalidad que se puede presentar entre la falta de consentimiento informado y el daño padecido por el paciente, pertinente resulta traer a cita el precedente jurisprudencial que la misma Corte cita, acoge y respeta en la casación **SC3604-2021**, fallo del cual se copia el siguiente fragmento.

5.2. En el contexto de la responsabilidad civil del médico, el consentimiento informado, por vía general, tiene un protagonismo residual, porque su existencia (o inexistencia) no suele ofrecer información relevante para el derecho de daños. Si la lesión corporal del paciente deriva de la negligencia, su asentimiento previo (o la falta de este) carecerá de utilidad para definir lo atinente a la responsabilidad civil del profesional sanitario; asimismo, si se produce un daño totalmente inesperado (imposible de prever ex ante), no surgirá para el médico la obligación de reparar,

⁴ Sección Tercera. Consejera Ponente Ruth Estella Palacio. sentencia del 23 de abril de 2008. Radicación número 63001-23-31-000-1997-04547-01

aunque el procedimiento o tratamiento en cuyo curso se generó ese daño no viniera precedido del consentimiento del interesado⁵.

La ausencia de consentimiento informado, pues, solo resulta trascendente cuando acaece, sin culpa del galeno, un riesgo previsible⁶, no informado ni asumido por el paciente, ya que, bajo ese supuesto, sí es posible asignar, total o parcialmente, el gravamen de reparación de las secuelas del resultado adverso al profesional médico. Así lo adocrinó, recientemente, la Sala de Casación Civil:

«Esta obligación [la de obtener el consentimiento informado del paciente, se aclara], en sí misma considerada, es de resultado, en tanto la ausencia de consentimiento **comprometerá la responsabilidad galénica, siempre que uno de los riesgos de aquellos que debieron ser objeto de comunicación se materialice y, como consecuencia, se produzca un daño;** en otras palabras, el personal tratante asumirá las consecuencias de la omisión en el proceso de información, sin que puedan excusar su deber indemnizatorio en un actuar diligente, prudente o perito.

Claro está, “[p]ara que la infracción a deberes de información dé lugar a responsabilidad civil se requiere que el daño sufrido por la víctima pueda ser atribuido causalmente a la omisión”⁷.

Es un punto pacífico en la jurisprudencia de esta Sala que: “[L]a omisión de la obligación de informar y obtener el consentimiento informado, hace responsable al médico, y por consiguiente, a las instituciones prestadoras del servicio de salud, obligadas legalmente a verificar su estricta observancia, no sólo del quebranto a los derechos fundamentales del libre desarrollo de la personalidad, dignidad y libertad, sino de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales causados a la persona en su vida, salud e integridad sicofísica a consecuencia del tratamiento o intervención no autorizado ni consentido dentro de los parámetros legales según los cuales, con o sin información y consentimiento informado, “[l]a responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto’ (artículo 16, Ley 23 de 1981), salvo si expone al ‘paciente a riesgos injustificados’ (artículo 15, ibidem), o actúa contra su

⁵ Es pertinente señalar que, a voces del canon 16 de la Ley 23 de 1981, «La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efectos del tratamiento, **no irá más allá del riesgo previsto. El médico advertirá de él [el riesgo previsto, se aclara] al paciente o a sus familiares o allegados».**

⁶ Sobre esta temática, se sostuvo: «No se exige que la divulgación recaiga sobre todas las posibles situaciones adversas, por quiméricas que sean, **sino que debe recaer sobre las normales o previsibles, con el fin de que el paciente asienta en su sometimiento.** Bien se ha dicho que “[e]ste deber se extiende a los riesgos previsibles, pero no a los resultados anómalos, que lindan con el caso fortuito, y que no cobran relevancia según el id plerumque accidit, porque no puede desconocerse que el operador de salud debe balancear la exigencia de información con la necesidad de evitar que el paciente, por alguna eventualidad muy remota, inclusive, evite someterse a una intervención, por más banal que ésta fuera” (...). 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 (SC9721, 27 jul. 2015, rad. n.º 2002-00566-01). En definitiva, “la información debe circunscribirse a la necesaria, incluyendo las alternativas existentes, para que el paciente entienda su situación y pueda decidir libre y voluntariamente. Por lo mismo, ha de enterársele sobre la enfermedad de su cuerpo (diagnóstico), el procedimiento o tratamiento a seguir, con objetivos claros (beneficios), y los riesgos involucrados” (SC7110, 24 may. 2017, rad. n.º 2006-00234-01)» (CSJ SC4786-2020, 7 dic.).

⁷ «Enrique Barros Bourie, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Ed. Jurídica de Chile, 2006, p. 685» (referencia propia del texto citado).

voluntad o decisión negativa o, trata de tratamientos o procedimientos experimentales no consentidos *expressis verbis*, **pues en tal caso, el médico asume los riesgos, vulnera la relación jurídica y existe relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño.** (SC, 17 nov. 2011, rad. n.º 1999-00533-01)» (SC4786-2020, 7 dic.).

5.3. La solución que acogió esta Corporación se finca en dos premisas esenciales. La primera, que al no obtener el consentimiento informado del paciente, el médico infringe el estándar de conducta que le es exigible, por contrariar una pauta imperativa que rige su profesión; puntualmente, la que consagra el artículo 15 de la Ley 23 de 1981, a cuyo tenor «[e]l 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**».

Y, la segunda, que la omisión del galeno –consistente en no obtener el consentimiento informado– está ligada causalmente con la materialización de uno cualquiera de los riesgos esperados del tratamiento o intervención correspondiente. Para arribar a esa conclusión, es necesario considerar –ab initio– que si se supusiera que el médico indagó oportunamente por el consentimiento de su paciente, surgirían dos cursos causales plausibles: (i) que este, tras escuchar la información acerca de los riesgos y beneficios de la terapia propuesta, se hubiera decantado por rechazarla; o, (ii) que, pese a ser consciente de esas variables, decidiera asumir todas esas contingencias.

En estos términos se expone la cuestión en la doctrina comparada:

«(...) en la causalidad hipotética no se trata de determinar qué es lo que sucedió, sino que, cosa distinta, qué es lo que hubiera sucedido de haberse observado el comportamiento ordenado al médico. De esta manera, una vez realizada la operación se puede llegar a dos resultados. El primero de ellos es que si el médico hubiese informado al paciente los riesgos de la intervención éste último igualmente se habría sometido a ella. En ese caso, suele aceptarse, el requisito de la causalidad hipotética falla. Por el contrario, si se asume que, habiendo recibido el paciente la información, no se hubiese sometido a la actuación médica que, en definitiva, produjo el daño, se entiende cumplido el requisito de la causalidad.

Como se puede ver, la idea de causalidad hipotética reposa sobre una voluntad que el paciente no tuvo oportunidad de manifestar, es decir, reposa sobre el consentimiento hipotético del paciente. Esta figura recaba su contexto de otra más amplia y, relativamente familiar para la dogmática civil: el “comportamiento alternativo lícito” (*rechtmässiges Alternativverhalten*).

La cuestión del comportamiento alternativo lícito ha sido presentada, a propósito de un criterio de imputación objetiva –el incremento del riesgo– con singular elocuencia por Fernando Pantaleón Prieto, conviene servirse de sus palabras: “un evento dañoso no puede ser objetivamente imputable a la conducta negligente que lo ha causado, cuando dada la configuración de los hechos a enjuiciar, dicha conducta, comparada con su alternativa diligente (con la conducta que, en esas circunstancias, no habría pasado los límites del riesgo permitido), no ha incrementado el riesgo de que se produzca el evento dañoso en cuestión.

De otra forma, el operador jurídico estaría tratando de manera diferente supuestos que, en lo relevante, son idénticos; puesto que respecto del concreto evento dañoso efectivamente acaecido, la conducta negligente del dañante (sic) ha sido exactamente igual a su alternativa diligente: ha creado el mismo riesgo que ésta (o un riesgo menor; un riesgo permitido en todo caso) de que dicho evento se produzca. no habrá existido incremento del riesgo y, por ende, no cabrá imputar objetivamente el resultado cuando se constate con seguridad rayana en la certeza, que un resultado sustancialmente idéntico al acaecido se habría producido también de haber obrado el dañante (sic) diligentemente»⁸»⁹.

Partiendo de la existencia de esas dos posibilidades, la Corte ha considerado pertinente presumir que el juicio hipotético que se planteó supra debe resolverse de forma negativa¹⁰, es decir, asumiendo que, de haber sido oportunamente informado, el paciente no se habría sometido al tratamiento o la intervención que, a posteriori, le causó daño. Lo anterior, con el propósito de reafirmar la relevancia de los bienes jurídicos que protege el consentimiento informado (libertad, autodeterminación, dignidad humana), y de generar incentivos adicionales para que los médicos extremen cuidados sobre su tempestiva obtención.

Dicha presunción permite establecer un vínculo causal material entre la omisión y el daño, el cual, además, se muestra jurídicamente apto para atribuir responsabilidades, precisamente porque se trata de la realización de un riesgo previsible, esto es, un evento adverso identificado por cada especialidad de la medicina como de frecuente realización, y que, por lo mismo, tendría que haber sido puesto en conocimiento del paciente ex ante, para que resolviera razonadamente si estaba de acuerdo en asumirlo.

5.2. Ciertamente, en este particular, es cierto que la descripción del procedimiento no fue la más completa y acertada, de ello no puede inferirse ni mucho menos afirmarse **i)** que el galeno no haya informado a los padres del menor afectado sobre la artrotomía, como mecanismo invasor terapéutico con el cual podría ser diagnosticada la osteomielitis y artritis séptica, como tampoco hay prueba de que frente a **la urgencia manifiesta** que ponía en riesgo la salud y la vida del menor, se requiriera de dicho consentimiento informado, a la vez que mucho menos existe prueba de que esta intervención haya sido practicada al menor de forma

⁸ « Fernando PANTALEÓN PRIETO, “Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación”, en AA.VV., Centenario del Código Civil (1889-1989), Madrid, Ministerio de Justicia, 1990, tomo II, pp. 1.577-1.578» (referencia propia del texto citado).

⁹ DE LA MAZA, Íñigo. *Consentimiento informado y relación de causalidad*. En: Cuaderno de Análisis Jurídico – Colección de derecho privado, Santiago de Chile. 2008, p. 137.

¹⁰ Esta presunción es de aquellas *iuris tantum*, de manera que admite prueba en contrario. En consecuencia, el demandado podrá acreditar que, de haber sido oportunamente informado, el paciente habría consentido el tratamiento o intervención –asumiendo sus riesgos–, lo que impediría consolidar el vínculo causal entre la ausencia de consentimiento informado y el daño.

innecesaria e injustificada y, **ii**) y mucho menos hay prueba de que tal circunstancia de falta de consentimiento informado haya sido la causa eficiente y determinante del daño cuya reparación se depreca, o por lo menos una concausa que permitiera admitir que la falta de consentimiento intervino en el daño, como quiera que por ese concepto no se materializó ningún riesgo inherente que tipificara el daño. Veamos por qué:

5.3. La artrotomía fue realizada el 19 de abril de 2012, fecha para la cual regía la **Resolución 1995 de 1999** del Ministerio de Salud, que establece normas para el manejo adecuado de la historia clínica. Así, en su artículo 11 prescribe:

*ANEXOS. Son todos aquellos documentos que sirven como sustento legal, técnico, científico y/o administrativo de las acciones realizadas al usuario en los procesos de atención, tales como: **autorizaciones para intervenciones quirúrgicas (consentimiento informado)**, procedimientos, autorización para necropsia, declaración de retiro voluntario y demás documentos que las instituciones prestadoras consideren pertinentes.*

El artículo 14 de la Ley 23 de 1981 dispone:

El médico no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata.

5.4. En la historia clínica del menor, quien tenía 10 años para la época, no se registra que a los padres se les haya informado los riesgos previstos. Además, es dicente que, en la contestación a la demanda, la clínica no haya dado explicaciones suficientes con relación al consentimiento informado, no obstante, es deber del Tribunal reparar en la **URGENCIA** que implicaba la atención inmediata del menor, lo que de por sí puede justificar que no se haya obtenido el consentimiento sustitutivo de los padres; además, si en gracia de discusión se admitiera que sí era posible haber obtenido el consentimiento informado, no obstante, como tampoco hay prueba que la bacteria que infectó al menor y le ocasionó a la postre daños irreparables en su salud y movilidad, hayan sido adquiridos durante su estadía en el Hospital San Rafael de Itagüí, eso de por sí probatoriamente conlleva una falta de causalidad que de todas maneras impide la prosperidad de las pretensiones,

pues ya lo dijo la Corte Suprema en la casación **SC3604-2021**, en la que asumió su propio precedente sobre el tema, para fulminar que:

5.4. Recapitulando, el precedente de esta Corporación establece la posibilidad de ligar causalmente un específico resultado dañino con la ausencia de consentimiento informado, en tanto omisión (culposa, per se) atribuible al galeno, a condición de que ese daño (i) no se hubiera producido de eliminarse el tratamiento o intervención no consentidos; y, además, (ii) sea la manifestación de un riesgo previsible. Si estos requisitos concurrentes no se satisfacen, la ausencia de la manifestación de voluntad se tornará inane, al menos en cuanto tiene que ver con la reparación de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales derivados de la lesión a la salud o la vida del paciente.”

5.5. Es que, no puede aquí afirmarse que exista prueba de que, si al menor no se le hubiese sometido a la artrotomía, éste no habría sufrido el daño en su cuerpo y su salud, como que fue sometido a un tratamiento URGENTE que no daba espera, con lo que se estaba protegiendo su salud y hasta su vida y de verdad que se logró una atención inmediata y acorde con la Lex Artis, que con seguridad evitó males mayores.

5.6. Al revisar el historial clínico se observa la siguiente anotación en el documento que se denominó hoja de ruta:

2012/04/18	PACIENTE SE ENCUENTRA EN URG SEDE1, PAQUETE ADM OK, SE HX CON COD N-18482988, COD CE CX N-18483158, SE HABLA CON LA MADRE ADELAIDA ARIAS SE LE EXPLICA SOBRE EL TOPE QUE DEBE CANCELAR Y ME INFORMA QUE EL PADRE SE ACABA DE IR QUE REALIZA EL ANTICIPO MAS TARDE O MAÑANA A PRIMERA HORA. SE FIRMA AUTORIZACION YA QUE EL ORTOPEDISTA LO ESTA ESPERANDO EN QX.
------------	---

Esa anotación en la historia clínica no implica propiamente un consentimiento informado, sin embargo, es prueba de que la madre del menor sí estaba enterada del procedimiento quirúrgico que el médico iba a realizarle a su hijo y por eso ella en -vez de rechazar el procedimiento y/o pedir al galeno explicación sobre el mismo-, lo que hizo fue ir en busca de su esposo y padre del menor para que depositara el dinero que se exigía previamente a la cirugía, comprometiéndose a pagar ese mismo día o por tardar al día siguiente, hecho que si bien no configura un consentimiento informado, se repite, al menos es prueba de que los mismos padres sabían que la salud de su hijo requería de una atención inmediata y urgente, lo que sugiere que el consentimiento informado no se hacía mandatorio, máxime cuando los padres sabían que la dolencia de su hijo comenzó en casa y llevaba

varios días de evolución, siendo tanta la dolencia del niño que le pidió a su padre que lo llevara al hospital, donde fue atendido el 17 de abril del 2012 en urgencias de la clínica el Sagrado Corazón y se le practicaron algunos exámenes diagnósticos y se le mantuvo en observación hasta el día 18 de abril, pero como el estado de salud del menor no evolucionó satisfactoriamente, es por lo que la misma entidad decide remitirlo al hospital San Rafael de Itagüí, centro de mayor complejidad de atención, siendo allí donde el galeno se apersonó del caso y tomó la determinación de proceder con la intervención quirúrgica de artrotomía, porque esa era la solución inmediata según la *lex artis* y así procedió el galeno, claro está, sin que aparezca prueba de haberse obtenido el consentimiento informado, aunque de todos modos, para dicha urgencia no se hacía necesario, dada la urgencia y gravedad que presentaba la salud del paciente, como bien lo señaló el mismo perito ortopedista.

5.7. No olvidemos que mientras el menor se hallaba en urgencias en el hospital San Rafael, ya la madre del paciente era conocedora de que iba ser intervenido, tan cierto es, que de antes se le informó cuánto dinero debía cancelar con antelación al procedimiento, sin que ella se hubiera opuesto o le haya averiguado al médico por el procedimiento que iba a realizarle a su hijo de 10 años, además, si bien es cierto que no aparece documento firmado por los padres sobre el consentimiento informado, sin embargo, es de resaltar que los padres refieren en su interrogatorio que pese a la urgencia, dejaron a su hijo solo en la habitación asignada, para irse a tomar café, pero únicamente cuando llegaron a la sala de cirugía les explicaron el procedimiento, aunque siguieron confundidos y enojados, según narran, porque a su hijo lo habían trasladado sin decirles nada antes, recriminándole al médico que aquel no era ningún experimento.

Lo que muestran las pruebas es que, en vez del enojo de los padres, fue que procedieron a gestionar de inmediato el pago que se les exigía y, de todas maneras, aunque comprensible la angustia de los padres, se observa una conducta médica que, a la postre, es aceptable, si se tiene en cuenta que se trataba de una intervención diagnóstica prioritaria, realizada con la finalidad de identificar la bacteria para aislarla y atacarla, además, **calificada de urgente e impostergable por la ciencia médica**, pues así lo expuso el perito Diego Fernando Luna Dussan –médico cirujano especialista en ortopedia y traumatología con una vasta experiencia-, cuando expresó en audiencia: “...La cirugía de **ARTROTOMÍA** no solo

estaba indicada en este caso, sino que **se considera un procedimiento urgente o emergente debido al daño que puede provocar una artritis séptica en la articulación** o incluso puede poner en peligro la vida del paciente si no se llega a realizar un procedimiento a tiempo. **La necesidad de cirugía se establece por la clínica del paciente y examen físico realizado por ortopedia o pediatra, apoyado en paraclínicos como elevación de reactivos de fase aguda, incluso, sin necesidad de imágenes diagnósticas...**”.

5.8. No se olvide que el perito hizo su exposición en audiencia y allí no desvirtuó la parte demandante que se tratara de una URGENCIA que requería atención inmediata, debido a los daños que una artritis séptica puede ocasionar en la articulación, salud y hasta la vida de un paciente, por lo que la prueba pericial técnica se convierte en una prueba de mucha valía que no fue desvirtuada por la demandante, a lo que se suma que tampoco la falta de consentimiento informado conllevara una causalidad que hubiera incidido en el daño, esto es, que no hay prueba de que un riesgo se haya materializado en la salud del paciente a manera de daño, puesto que las secuelas que hoy sufre el joven no fueron consecuencia de la falta de consentimiento informado, porque no se arrojó prueba de que la bacteria que impactó al menor haya tenido un origen nosocomial y que necesariamente se haya inoculado con ocasión de la artrotomía cuando él ya había llegado al nosocomio con síntomas de una sepsis, sin embargo, los demandantes en forma sesgada y conveniente afirman en su demanda que simplemente el menor llegó a urgencias en buenas condiciones de salud, pero, en verdad, la historia clínica muestra otra cosa, debiéndose imponer esta prueba por sobre la afirmación de los demandantes, quienes quieren desconocer que era tanto el dolor que aquejaba al menor, que por eso hubo de consultar por urgencias y por eso el médico ordenó de inmediato su hospitalización y posterior cirugía, buscando siempre el bienestar y la mejoría del paciente menor de edad.

Frente a estos casos de urgencia manifiesta no se exige el consentimiento informado, primando la decisión médico-científica de bienestar al paciente enfermo y, mucho menos puede admitirse que los padres pudieran escoger entre dos de los procedimientos, que es lo de lo que a la postre se duele el recurrente, como que el primero de ellos que era una artrocentesis implicaba dilatar por varios días el diagnóstico, mientras que el elegido por el médico resultó además de certero, mandatorio, al punto que fue posible detectar la bacteria, hacer los lavados

necesarios y, según la evolución, remitir al paciente a un hospital de mayor nivel de atención.

6. En virtud de esta anotación, no sobra recordar que, desde el punto de vista legal, el concepto de **urgencia** que trae el numeral 1, del artículo 3, del decreto 412 de 1992, se ve afianzado en el artículo 9º de la resolución No. 5261 de 1994, al prever: **ARTICULO 9:** “Es la alteración de la integridad física, funcional y/o psíquica por cualquier causa con diversos grados de severidad, que comprometen la vida o funcionalidad de la persona y que requiere de la protección inmediata de servicios de salud, a fin de conservar la vida y prevenir consecuencias críticas presentes o futuras.” (Negrillas fuera de texto).

Por consiguiente, nada había que preguntar a unos padres confundidos, sobre la viabilidad de realizar o no el procedimiento de artrotomía, ya que no era desconocido por el galeno tratante del Hospital San Rafael el riesgo que se cernía para la vida del menor, por lo que haber dejado de practicársele la intervención quirúrgica sí habría sido un desconocimiento de la lex artis, pues a decir del experto “...se considera un procedimiento urgente o emergente debido al daño que puede provocar una artritis séptica en la articulación o incluso puede poner en peligro la vida del paciente si no se llega a realizar un procedimiento a tiempo... (...) Se reporta en escritos médicos que el daño articular puede presentarse rápidamente, incluso antes de 8 horas se pueden observar cambios en el cartílago articular y por esto debe tratarse rápido...” (pdf. 16).

6.1. En efecto, el ortopedista no contaba con uno o dos vagos indicios, como para ir a pedir autorización, sino que contaba con serios y suficientes signos indicativos de una osteomielitis aguda progresando desde la epífisis del hueso hacia la articulación, todo lo cual hizo prevalecer el criterio médico acerca de que un tratamiento quirúrgico oportuno era apremiante y por su URGENCIA no tenía por qué ser sometida al escrutinio o consentimiento informado de los padres, menos para indagarles por las diversas modalidades de tratamiento terapéutico previsto para las aludidas sospechas clínicas, como lo alega el recurrente, pues, bien lo explicó el experto en audiencia al señalar que la artrocentesis no era la indicada en este caso, dado que consiste en una simple punción que extrae líquido articular para pasarlo al laboratorio, donde se retardan alrededor de 5 días sus resultados versus la artrotomía, que permite revisar intra-quirúrgicamente focos infecciosos en la epífisis ósea desplazándose hacia la articulación, hacer lavado, drenar y extraer

muestras del líquido directamente, por eso, como se referenció *ut supra*, la artrotomía es un método de tratamiento invasivo terapéutico de primera línea para afrontar una sepsis, procedimiento acorde con lo descrito por la literatura médica especializada, por lo mismo, no puede aceptarse el argumento contrario de la parte demandante, en cuanto que al paciente se le expuso a un riesgo innecesario, afirmación que carece de apoyo científico, máxime cuando –se repite–, no hay prueba de que la bacteria haya sido adquirida por el paciente dentro del nosocomio, como para admitir que se haya realizado un riesgo por falta de consentimiento.

6.2. De modo que, si lo que el recurrente reprocha es la ausencia de consentimiento informado para la práctica de la artrotomía, su reclamo estaría basado en un hecho cierto, sin embargo, como ha quedado expuesto, a ello se opone que se trataba de una intervención quirúrgica urgente y necesaria, donde los padres poco o nada podían opinar, pero tampoco es que los padres hubiesen quedado absortos de que su hijo iba ser intervenido quirúrgicamente, pues, -dadas las circunstancias particulares de este caso-, según lo relata la madre del menor, cuando confiesa el acercamiento que tuvo con el médico que le mencionó la decisión de someter a su hijo a una artrotomía, hecho que quedó plasmado en la historia clínica, aunque no haya alcanzado a ser un consentimiento informado, pero sirve para asumir que la madre era consciente de la gravedad que revestía la salud de su hijo y por eso no se opuso al procedimiento, pues al recibir la noticia de la artrotomía de inmediato corrió fue a buscar a su esposo y padre del menor para que pagara la suma que como anticipo estaba exigiendo el Hospital, sin que ni ella ni el padre se hubiesen opuesto a esa decisión médica.

6.3. Y es que la madre del menor, señora María Adelaida Arias Yepes dijo bajo juramento que *“el niño tenía un nacido en el lado izquierdo, el cual yo de eso no entendía mucho, entonces, yo no quise ni tocárselo ni nada, quedó unos diitas con el nacido ahí, siguió creciendo el nacido y él se sentía con un dolor y yo como mamá le dije que eso debe ser la seca del nacido”*; pero, más adelante, cuando se le interrogó del por qué en la historia clínica estaba escrito en las notas de enfermería del 18 de abril del 2012, que ella refirió haber drenado el nacido y que le había untado una pomada, su respuesta inmediata fue negarlo todo sin ninguna explicación, pero por la manera como ciñó su ceño durante el interrogatorio y sin dar mayores explicaciones en su respuesta, mostrándose desde su relato que se cuidó de no referir que había

manipulado el forúnculo o nacido que había presentado su hijo en el lado izquierdo, hecho que resultó ser cierto porque así quedó dicho por ella misma el 18 de abril del 2012 en nota de enfermería, cuando a folio 54 de la historia clínica se lee *“madre refiere haber tenido absceso inguinal izquierdo que resolvió con drenaje y aplicación de crema no descrita por familiares”*; pero resulta que la misma parte demandante fue la que aportó la historia clínica y en ningún momento acusó de falso ese segmento del historial, por lo que queda admitir que ella sí mencionó espontáneamente esa situación y ahora pretende negarla, hecho que de todas maneras cobra importancia para advertir que dicha señora es capaz de mentir fácilmente, pues no solo negó este episodio tan importante, sino que también fue capaz de negar que a ella ya le habían advertido de que su hijo iba ser operado, hecho que también resulta ser cierto, muy a pesar que ella lo niegue.

6.4. Como puede verse, es apenas obvio que desde el comienzo del interrogatorio la señora Maria Adelaida se cuidó de no relatar hechos que pudieran ser perjudiciales al éxito de las pretensiones, pues negó que hubiera drenado el absceso que su hijo presentaba en la ingle o en la nalga izquierda, cuando eso es una verdad, toda vez que aparece consignado en la historia clínica desde el 18 de abril del año 2012, sin que al aportar la historia clínica al proceso hubiera tachado de falso ese hecho, mismo que debe tomarse como cierto, pues ese relato solamente pudo provenir de la progenitora y otra cosa es que quiera ocultar la verdad, pues además al iniciar su relato admitió que una vez llegó su hijo al Hospital San Rafael, muy pronto se le hizo saber que iba a ser intervenido quirúrgicamente, pero que se fue a tomar café con su esposo y cuando regresó se sorprendió junto con su esposo que al hijo lo tuviesen en el quirófano sin haberles informado nada a ellos, cuando la verdad es que ella ya sabía que al niño se le iba practicar una artrotomía, no por otra razón fue en busca de su esposo para el pago del anticipo que se les exigía. Otra cosa es que ese hecho no comporte un consentimiento informado como tal, pero de ahí no puede deducirse que no sabían de antes sobre que el niño iba a ser intervenido quirúrgicamente

6.5. Pero ahí no para todo, pues al proseguir con el relato dice que su hijo al proseguir con el dolor fue llevado a la clínica del Sagrado Corazón, donde le hicieron radiografías y exámenes y todo le salió muy bien, pero por ahí mismo dice que quedó en observación toda la noche y al día siguiente fue remitido al hospital San Rafael de mayor categoría, lo que muestra un deseo de hacer creer que su hijo

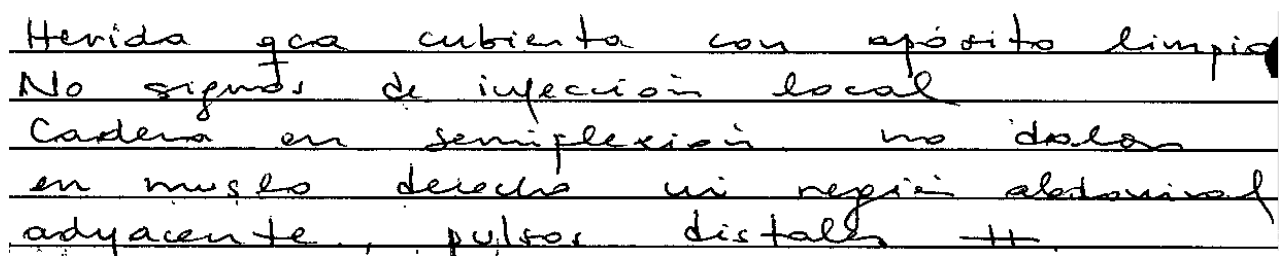
no estaba mal de salud, pero se olvida que fue dejado en observación el resto del día y toda la noche, siendo remitido en forma oficiosa hacia las 3:00 pm del día siguiente a un centro de mayor nivel de atención, lo que desmiente los hechos de la demanda y el relato de la madre, en cuanto no es cierto que el menor se hallara bien de salud y que los exámenes practicados hayan resultado satisfactorios, como ella lo quiere hacer ver, cuando la verdad es que requería una atención de urgencia, como quedó demostrado.

6.6. Y, es más, puesto que cuando relató lo sucedido en el Hospital San Rafael la madre expresó: “... cuando llegamos allá ya nos dijeron que pa cirugía, que le iban hacer cirugía, primero lo metieron a una pieza con un señor y fuimos a tomar café y cuando llegamos ya el niño no estaba allá y que se lo habían llevado pa cirugía y ahí fue donde empezó a sufrir y como que cogió la bacteria del *Stafilococo*...”. esto sirve para ver el hilo conductor que concluyó con la determinación del galeno ortopedista que atendió al menor en el hospital San Rafael, en cuanto que por tratarse de una URGENCIA decidió practicarle una artrotomía al menor para poder diagnosticar la dolencia que le aquejaba y que sugería una seria infección bacteriana que ponía en riesgo la salud y hasta la vida del menor, lo que no hacía mandatorio obtener el consentimiento informado por sustitución.

6.7. De otro lado y si en gracia de discusión se admitiera que el caso sí requería del consentimiento informado, de todas maneras, tampoco existe prueba de que se haya materializado un riesgo de los inherentes al procedimiento, como lo sería el hecho de que el paciente haya adquirido necesariamente el contagio bacteriano de *Staphylococcus aureus* al interior del hospital San Rafael, cuando no solamente que ya había sido atendido en otro centro asistencial en donde bien pudo también adquirir la bacteria, sino que los indicios más graves señalan que el menor paciente llegó al hospital con una seria infección por una bacteria desconocida, que obligó al médico practicarle de inmediato una artrotomía, procedimiento que a la postre permitió conocer la calidad de la bacteria que lo aquejaba y el posterior tratamiento que alivió al paciente y, por eso, útil es repetir que tanto doctrina como jurisprudencia coinciden en enseñar que la falta del consentimiento informado si bien puede considerarse como una especie de responsabilidad objetiva, no obstante, para ello se requiere la prueba irrefutable de que finalmente el paciente sufrió uno de esos riesgos inherentes, pero como consecuencia o a causa del

tratamiento médico que no fue informado como lo tiene establecido nuestra Corte Suprema de Justicia según se vio en la sentencia extractada *ut supra*¹¹.

7. De otro lado, alega el recurrente que se debió analizar en su totalidad la historia clínica, para apreciar las consecuencias de no realizar el lavado sugerido, pues los galenos del Pablo Tobón Uribe, se vieron en la obligación de realizar esos lavados. Sobre este punto, ha de notarse que el actor acoge esta premisa a partir de la anotación en la historia clínica donde se señala “*se sospecha osteomielitis aguda (...) sugiere lavado de curetaje (no se realiza) y se deja manejo por ortopedia con igual esquema antibiótico...*”, pero como bien lo destaca el apoderado del hospital llamado en garantía -San Rafael de Itagüí-, es apenas una conducta a seguir, además, se **refiere al curetaje**, mas no a la herida quirúrgica en sí, mismo aseo que, a la postre, se realizó por enfermería al día siguiente, como se observa en la anotación del 19 de abril de 2012 al decir: “... **Herida quirúrgica cubierta con apósito limpio. No signos de infección local Cadera en semiflexión. No dolor en muslo derecho ni región abdominal adyacente. pulsos distales...**” (cfr. fl. 81, pdf. 07.)



Herida qca cubierta con apósito limpio
No signos de infección local
Cadera en semiflexión no dolor
en muslo derecho ni región abdominal
adyacente, pulsos distales ++

8. Ahora bien, para la Sala, el proceso infeccioso osteoarticular focalizado en la cadera derecha del menor Yorfán Alexis Arias es un hecho probado, así lo reporta la historia clínica que consigna para el 25 de abril de 2012, la presencia de osteomielitis, sepsis secundaria a osteomielitis, artritis séptica, Trombosis venosa y pulmonar (cfr. fl. 86 y ss. pdf. 07), como consecuencia de la bacteria **estafilococo resistente SARM**, siendo tratado principalmente con clindamicina y cefazolina (cfr. fl. 90 pdf. 07), pero en este punto la queja del demandante se circunscribe a que la bacteria denominada *Staphylococcus Aureus Resistente a Meticilina-SARM*, tuvo venero en la proliferación de una infección durante el tiempo en que aquél fue atendido y permaneció en el hospital San Rafael de Itagüí, afirmación que no constituye un hecho porque no hay prueba que la confirme, quedándose esa narrativa en meras conjeturas.

¹¹ Ib. Corte Suprema de Justicia SC3604-2021,

8.1. Al respecto, debe indicarse que la ciencia médica, según la literatura adosada el plenario, decretada como prueba en la instrucción del proceso (pdf. 29), no descarta la etiología de un proceso infeccioso generante de osteomielitis y artritis séptica, proveniente de diversas causas, unas atribuibles al propio paciente (hematógenos), como la de más frecuente presentación en la infancia, lo que coincide con lo dicho por el experto sobre que: “...*El principal microorganismo causante de la artritis bacteriana es el Staphylococcus aureus, en todos los grupos de edad y en la mayoría de las articulaciones nativas. Se encuentra normalmente en la piel de cada persona, pero se manifiesta cuando se interrumpe la barrera protectora de la piel como en heridas, o infecciones...*”, (pdf 16 respuesta a pregunta 4), juicio científico que es confirmado por la literatura médica disponible en el mundo cibernético, al señalar que: “...*La artritis séptica puede deberse a infecciones bacterianas, virales o micóticas. La infección bacteriana por Staphylococcus aureus (estafilococo) es la causa más común. El estafilococo vive normalmente incluso en la piel sana...*”¹².

8.2. También refiere aquella literatura que el proceso infeccioso puede provenir después de un traumatismo abierto, **herida postquirúrgica infectada**, implante de una prótesis, o también **puede ser secundaria a una insuficiencia vascular**, surgiendo de ese modo un interrogante sobre ¿cómo concluir entonces, con alta probabilidad, que el proceso infeccioso se generó por falta de asepsia en el nosocomio llamado en garantía y así atribuirle la responsabilidad en la infección al hospital San Rafael de Itagüí? Recuérdese que el paciente ya venía con una alta sospecha clínica de infección osteoarticular sugerente de osteomielitis y artritis séptica bacteriana y, previo a ello, con antecedente de absceso, conforme a los síntomas por los cuales consultó en la clínica el Sagrado Corazón, el 17 de abril de 2018, nos referimos a signos de inflamación local, edema en muslo, con dolor a la flexión y movilización, también con dolor en la zona inguinal, no fue otro el motivo de la remisión al hospital San Rafael de Itagüí, buscando atención más especializada para confirmar el diagnóstico -como a la postre se hizo- y, así orientar la terapia antibiótica ¿cómo descartar entonces que la infección bacteriana no provino de su humanidad, su piel o su torrente sanguíneo?

No hay manera de admitir con la parte demandante que la bacteria que presentó el menor haya sido por él adquirida únicamente durante su estadía en el hospital San

¹² <https://www.mayoclinic.org/es-es/diseases-conditions/bone-and-joint-infections/symptoms-causes/syc-20350755#:~:text=La%20artritis%20s%C3%A9ptica%20puede%20deberse,incluso%20en%20la%20piel%20sana.>

Rafael, pues al fin y al cabo esa bacteria puede habitar en nuestra propia piel y lo deletéreo de su desarrollo depende de factores inherentes a cada persona como si fuesen idiosincráticos, en ambos casos, es curioso que los mismos pacientes hayan sufrido al tiempo forúnculos, siendo esa una fuente de ingreso de dicha bacteria a nuestro cuerpo y si como en el caso del joven en edad escolar, su señora madre manipuló ese forúnculo o nacido a través del drenaje y aplicación de una pomada de la cual tan siquiera se sabe el nombre, luego, entonces, si el menor llegó al hospital en malas condiciones a consultar por un fuerte dolor en su cadera, cómo aceptar que su salud era normal –como quiere hacerlo ver su señora madre, mientras que, por el contrario, se pueda sugerir que el germen de sus males solamente pudo tener la génesis durante sus actividades sociales o en casa y no durante su hospitalización en el Hospital San Rafael.

8.4. Además, para el caso que nos ocupa, tampoco hay prueba de que el hospital San Rafael, por la época en que estuvo internado el paciente, estuviera pasando por una epidemia bacteriana de *Staphylococcus aureus*, o que existiera una falta de aseo tal que haya sido la causante del contagio, pues ya dijimos que dicha bacteria suele vivir en la piel de las personas y en el medio ambiente en general –incluido el ambiente hospitalario-, pudiendo contagiar a aquellos pacientes más expuestos, como por ejemplo, a quienes son sometidos a una cirugía, sin que ello conlleve per se una responsabilidad del hospital, pues a éste para cumplir con su obligación de seguridad, se le exige simplemente que conserve unos niveles de excelencia en cuanto la asepsia o limpieza de las manos del personal que atiende allí, de todos los utensilios quirúrgicos y en general de todo el ambiente hospitalario, pero aun así, es posible que se produzca el contagio, luego, no es cierto, que frente al mero contagio bacteriano, tenga que responder el nosocomio porque eso haría inviable la prestación del servicio de salud, máxime cuando en este caso no existe prueba de que dicha bacteria hubiese sido cultivada en el hospital y por eso, razón le asiste al destacado autor argentino, Marcelo López¹³, quien sobre el tema del contagio nosocomial ha dicho “...no cualquier infección hospitalaria compromete la responsabilidad del sanatorio. Pero si la infección hospitalaria era evidente, si la falta de limpieza era tal que el daño era previsible y evitable, claramente el sanatorio u hospital debe responder de los daños que dicha infección produzca”.

¹³ López Mesa, Marcelo J. Tratado de Responsabilidad Médica, Edit, Legis y UBIJUS, 2007, Primera Parte, pág. 247.

8.5. Reclama el recurrente a este propósito, que la ignorancia respecto al tema debió ser superada con el decreto de la prueba pericial de un infectólogo, de ese modo, entiende que eran los demandados quienes estaban en mejores condiciones de probar ese hecho, por lo que tendrían que haber demostrado a plenitud de modo tal que se llegara a la certeza que no hubo infección nosocomial y que el paciente llegó desde su casa con SARM desde el inicio en este proceso, pues son dichos galenos quienes tienen las condiciones técnicas, científicas, y económicas para producir dicha prueba, pues, de lo contrario, se estaría incurriendo en un error de derecho e invirtiendo la teoría del riesgo. Pero para la Sala dicha afirmación está muy alejada de la realidad, por lo que bien debe saber el togado recurrente que a partir de la doctrina que estudia el tema, se ha concluido que el contrato de prestación de servicios médicos genera obligaciones de medio, **lo que traduce que es el paciente quien corre con la carga de la prueba para demostrar una relación de causalidad entre el acto culposo del médico y el resultado dañoso.**

Ciertamente, de antes la jurisprudencia y ahora el art. 167 del CGP, ha permitido y justificado que en algunos casos de compleja demostración de la responsabilidad galénica, pueda el juez relevar a la víctima de tan difícil y a veces imposible tarea probatoria, al estimar que el paciente en muchas circunstancias puede estar ajeno a lo que pasa en el interior de un quirófano, ora por su estado de inconsciencia, ora por su estado cultural para comprender un procedimiento de alto contenido científico, etcétera, invirtiendo así la carga de la prueba que queda en cabeza de la entidad hospitalaria o del médico demandado, no obstante, debe precisarse al recurrente, que **no puede confundirse la carga dinámica de la prueba con la inversión de la carga de la prueba**, cosas bien distintas, como que en aquella situación ha de prevenirse al demandado desde el comienzo del juicio y así debe quedar establecido mediante providencia, que pruebe él, sin que eso implique una inversión de la carga de la prueba que conlleve a una presunción de culpa al final del periodo probatorio, como adoptando la premisa de que como al demandante le fue imposible probar la culpa y por el otro lado tampoco se demostró una culpa, entonces, debe presumirse que ésta existió de parte de la institución prestadora de salud o del médico tratante, posición jurídica que no solamente violaría el derecho de defensa y el debido proceso, sino que desconocería que, *“por antonomasia”*, la práctica de la medicina conlleva riesgos imponderables en cualquiera de sus etapas de ejecución.



8.6. Era tarea de la demandante, entonces, a voces del artículo 167 del C. G. del P., valerse de un concepto **científico** que diera luces al estrado debido a la inopia de su conocimiento clínico, respecto de saber cuál fue la fuente del agente bacteriano *Staphylococcus aureus* desencadenante del proceso infeccioso osteoarticular, esto es, si provino del mismo cuerpo del paciente o en qué medio ambiente se contrajo, en los términos establecidos en la especialidad de infectología; sin embargo, los indicios se inclinan en forma necesaria a que el paciente llegó al hospital con los síntomas propios de dicha patología, por lo que, a decir verdad, muy difícil que habiendo llegado el paciente con dicho proceso infeccioso pudiera un infectólogo concluir que la bacteria era de origen nosocomial, cuando precisamente el menor fue llevado por sus padres al hospital San Rafael por un cuadro evolutivo de cuatro días con un intenso dolor en su miembro inferior y luego de que la madre le había drenado en casa un forúnculo, hallándose que en realidad el paciente había llegado al nosocomio con una seria infección por *Staphylococcus aureus*, razón suficiente que llevó al médico ortopedista tratante a practicar de inmediato una artrotomía que era lo indicado para el caso, lo que nos lleva a concluir que el menor ingresó a la clínica con dicha bacteria que obligó suministrarle antibióticos de alto espectro y remitirlo a un centro de mayor complejidad como fue el pablo Tobón, pero si los demandantes tenían cómo probar de que dicha bacteria la adquirió el paciente dentro del hospital, entonces, eran ellos los que tenían la carga de demostrar ese hecho con un dictamen pericial y no lo hicieron.

8.7. A ello que hay que sumar que, independientemente de que haya indicios graves de que la bacteria haya provenido del propio cuerpo del paciente, sin que esa misma prueba resulte frente al centro hospitalario, lo cierto es que cualquiera que fuera su origen, el riesgo siempre iba existir, por la simple exposición del tejido al medio ambiente y por eso ya se explicó el porqué de la URGENCIA excusaba obtener el consentimiento informado, pero, lo importante para atribuirle responsabilidad a los médicos de las IPS y las EPS, no es que el riesgo de infección se haya materializado, sino que debía demostrarse que no sólo dicha infección ocurrió dentro del nosocomio durante la primera atención o las subsiguientes, sino y además, que se haya incurrido en una conducta culposa en el Hospital San Rafael de Itagüí, como que para las calendas de la atención se hubiere demostrado una falta de sepsis o una virulencia generalizada de ese tipo de bacterias sin control alguno, descuido que no se advierte haya ocurrido, lo que hace una tarea bien difícil

como para adjudicar de buenas a primeras una culpa médica en los términos alegados por el demandante, de modo que no es posible que el Tribunal se arrogue facultades científicas para llegar a conclusiones de responsabilidad que la prueba no refleja, pericia que tan siquiera fue solicitada por la parte a quien correspondía recaudarla.

9. Corolario de lo aquí expuesto, es que al no demostrarse el elemento culpa y/o nexo causal, como elementos estructurantes de la responsabilidad médica aquí demandada, no puede hacerse lugar a la misma y, por consiguiente, se impone confirmar la sentencia acusada y así se declarará.

Sin condena en costas de segunda instancia, toda vez que los demandantes gozan de amparo de pobreza.

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

III. FALLA:

PRIMERO: SE CONFIRMA la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Oralidad de Medellín-Antioquia, el día 13 de julio del 2022, dentro de la presente acción de responsabilidad civil médica, de conformidad con las consideraciones en que está sustentada la presente providencia.

SEGUNDO: Sin lugar a condena en costas de segunda instancia, comoquiera que los demandantes se encuentran cobijados con el amparo de pobreza.

TERCERO. Cumplida la ritualidad secretarial de rigor, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, DEVUÉLVASE Y CÚMPLASE,



JULIAN VALENCIA CASTAÑO
Magistrado



PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA
Magistrada



JUAN CARLOS SOSA LONDOÑO
Magistrado