REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MANIZALES
SALA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA

MAGISTRADA PONENTE: SANDRA JAIDIVE FAJARDO ROMERO

Radicado: 17001-31-03-006-2018-00007-02

Manizales, siete (7) de diciembre de dos mil veinte (2020).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 12 de agosto de 2020, por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Manizales, Caldas, dentro del proceso de la referencia.

II. ANTECEDENTES

A. DE LA DEMANDA.

Los señores Gabriela Pérez Marín, Lily Pérez de Rendón, Gerardo Pérez Marín, María Lelia Pérez Marín, María Fabiola Pérez Marín, María Ligia Pérez de Flórez, Sandra Milena Arango Pérez, Norvey Arango Pérez, Ligia Ruby Villa Pérez y Bryan Andrés López Arango, presentaron demanda contra la Clínica Avidanti S.A.S., a fin de que se le declare civilmente responsable por las fallas médicas en las que incurrió durante el procedimiento quirúrgico practicado el 14 de mayo de 2015 a la señora Gabriela Pérez Marín, el cual le generó pérdida total de las funciones sensitivas y motoras del miembro superior derecho. En razón a lo anterior, solicitaron el reconocimiento de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales.

En contexto de sus pretensiones, los promotores refirieron, en lo esencial que, en el año 2014, la señora Gabriela Pérez Marín presentó un tumor en el antebrazo derecho, el cual, según el informe de la resonancia magnética nuclear que se le practicó en enero de 2015, resultó compatible con lipoma. Seguido, y con base en el anterior examen, el médico Herman Gómez Giraldo le programó la cirugía de resección, la cual fue practicada por su colega Fernando Ángel Pinzón[1] el día 14 de mayo de 2015, donde se le extrajo la masa cuya biopsia concluyó que se trataba de una tumoración benigna.

Se indicó que con posterioridad a la mentada cirugía se vio afectada la movilidad de la mano derecha de la paciente. En tal sentido, refirieron que el 12 de junio de 2015, asistió a control postquirúrgico con el mismo galeno que practicó la resección, quien encontró la mano en flexión sin extender, por lo que la remitió a fisioterapia y solicitó exámenes de electromiografía y velocidad de conducción de ambos miembros superiores, los cuales reportaron: "síndrome del túnel del carpo izdo, moderado. LESIÓN MOTORA AXONAL Y DESMIELINIZANTE, LEVE, DE NERVIO RADIAL DERECHO"[2].

---

[1] Ambos galenos especialistas en ortopedia y traumatología.
[2] Informe del 3 de agosto de 2015.

De ahí en adelante, relacionaron las distintas atenciones que recibió Gabriela Pérez Marín por medicina general, sicología, psiquiatría y fisioterapia, así como también, por ortopedia y traumatología[3]. Igualmente, reseñaron las posteriores electromiografías y estudio de conducción nerviosa que le fueron practicadas, cuyos resultados coincidieron en reportar: "lesión motora axonal y desmielinizante, moderada de nervio radial derecho".

Con lo anterior, insistieron en que, por causa de la intervención quirúrgica, a la actora se le cercenó el nervio radial derecho, generándole una limitación funcional permanente de dicha extremidad que le obstaculiza realizar actividades normales con la mano, lo que, a juicio de los demandantes, "refleja la actitud imprudente, negligente y con falta de la lex artis que desplegó el cirujano en la atención". Aunado, resaltaron, la resección del tumor "sin tener indicios previos del comportamiento benigno o maligno de la masa", situación que expuso a Gabriela a riesgos injustificados "en caso de que el resultado de la patología hubiese sido liposarcoma", pues ello hubiera cambiado su pronóstico.

De igual forma, pusieron en duda los protocolos que siguieron los galenos Herman Gómez Giraldo y Fernando Ángel Pinzón y si este último, evaluó o no la resonancia magnética nuclear antes de realizar la cirugía y si conoció o no las relaciones de las estructuras vasculares y nerviosas de la paciente; además, señalaron que a la paciente no se le explicó el procedimiento a realizar ni las complicaciones, es decir, no hubo un consentimiento debidamente informado.

Por último, concluyeron que las secuelas de las anteriores faltas condujeron a que la paciente tanga una mano caída, causándole una grave disminución física y un detrimento emocional.

B. DE LA CONTESTACIÓN.

La Clínica Avidanti S.A.S. contestó la demanda pronunciándose sobre los hechos, oponiéndose a las pretensiones y formulando las siguientes excepciones: **1.** Ausencia o inexistencia de falla en el servicio, diligencia y cuidado en la atención suministrada a la paciente; **2.** Adecuado cumplimiento de los atributos de calidad en la prestación de los servicios de salud dispensados. Obligaciones médicas son de medio y no de resultado; **3.** Los riesgos inherentes de los tratamientos fueron explícitamente asumidos por la paciente; **4.** Ausencia de nexo causal; **5.** Ausencia de daño patrimonial denominado lucro cesante e inexistencia de prueba; **6.** Hecho del paciente; y **7.** La genérica. Así mismo, llamó en garantía a Allianz Seguros S.A.

Por su parte, Allianz Seguros S.A. se resistió a lo pretendido por la parte actora, formulando los siguientes medios de defensa: **1.** Inexistencia de relación de causa a efecto entre los actos del equipo médico, es decir, el servicio prestado por Avidanti S.A.S. y las supuestas secuelas de la señora Gabriela Pérez Marín; **2.** Inexistencia de omisión por parte de la Clínica Avidanti S.A.S; **3.** Inexistencia de los elementos configurativos de la responsabilidad médica; **4.** Inexistencia de la obligación de indemnizar por la ausencia de los elementos estructurales de la responsabilidad; **5.** Los perjuicios materiales reclamados no reúnen los requisitos del daño indemnizable; **6.** Los perjuicios extrapatrimoniales reclamados por los demandantes son inexistentes y/o se encuentran ampliamente sobrestimados – inexistencia y sobrestimación de los perjuicios extrapatrimoniales reclamados; **7.** Objeción a la estimación de perjuicios; **8.** Inexistencia de obligación al no existir responsabilidad imputable a la Clínica Avidanti sucursal

[3] Consultas del 25 de septiembre y 18 de diciembre de 2015, 5 de febrero, 12 y 29 de abril y 13 de junio de 2016, las primeras cuatro con el doctor Oscar Julián Padilla y la última, con el médico Gilberto Andrés Gil Henao, donde se comenta que la paciente presenta una lesión del nervio radial derecho y se resalta el postquirúrgico de resección de lipoma.

Manizales; y **9.** La genérica. También coadyuvó las excepciones de mérito formuladas por la demandada.

En lo atinente al llamamiento en garantía, propuso como excepciones: **1.** Sujeción de las partes a los contratos de seguros, pólizas de responsabilidad civil profesional clínicas y hospitales No. 022280491-0 y a las normas legales que lo regulan; **2.** Ausencia de cobertura; **3.** Límite de amparo asegurado y deducible en cuanto al pago de la indemnización bajo la póliza objeto del llamamiento en garantía; y **4.** La genérica.

C. DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Evacuadas las fases de pruebas y alegaciones, mediante sentencia del 12 de agosto de la corriente anualidad, el funcionario de primer grado declaró prosperas las excepciones de mérito formuladas por Avidanti S.A.S. y, en consecuencia, denegó las pretensiones de la demanda.

En sustento de su decisión, comenzó por recordar que la reclamación se centró en la lesión del nervio radial derecho de la señora Gabriela Pérez Marín, según los demandantes, como consecuencia de la intervención quirúrgica para la resección de un lipoma que tenía en su brazo derecho; falla del servicio que concretaron en la inobservancia de los pasos ordenados por la *lex artis*, entre ellos, la no práctica de la biopsia para establecer la benignidad o malignidad del tumor.

En el punto, señaló que la biopsia es un paso previo y fundamental en el diagnóstico de tumores malignos o sarcomas, más no en los benignos como los lipomas, pues en estos casos es suficiente la experticia médica y el apoyo de la resonancia magnética nuclear, lo que se cumplió; asimismo, destacó, con posterioridad se comprobó que el tumor era benigno, de manera que no les asistió razón a los promotores respecto a sus reparos frente al procedimiento seguido por los galenos, pues tampoco acreditaron la incidencia que tuvo la no realización de ese examen con la lesión del nervio radial, destacando que ello no se explicitó en la demanda o en los alegatos, dejando un interrogante que no logró ser despejado en el presente juicio.

Igualmente, llamó la atención frente a las afirmaciones expuestas por el vocero judicial de los demandante referentes a la falta de idoneidad del galeno que practicó el acto quirúrgico por no tener experticia en oncología, pues, además de tratarse de argumentos que no fueron planteados en el demanda y que por tanto, no podían ser tenidos en cuenta, lo cierto es que de acuerdo con lo relatado por los galenos que rindieron testimonio, la resección de un lipoma la puede realizar cualquier cirujano.

De otro lado, de acuerdo con la descripción hecha por el médico tratante, memoró la forma en que se realizó la cirugía, concluyendo que no hay prueba de la relación causal entre la falta de la biopsia y el cercenamiento del nervio, como tampoco, de la cirugía con la lesión, destacando que solo se presentaron especulaciones al respecto, sin que hubiera una prueba que diera certeza de una conexión entre esos eventos. Igualmente, precisó, de admitirse tal causalidad, no podía pasarse por alto que la paciente aceptó y asumió los riesgos propios de la intervención, incluyendo la posible afectación de los nervios, y es que, según el consentimiento informado suscrito por ella, la lesión del nervio radial es un riesgo inherente a la resección del lipoma dada la proximidad entre el nervio y la tumoración.

D. DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Inconforme con tal determinación, el extremo actor la impugnó, concretando su refutación en los siguientes reparos:

En primer lugar, refirió que el juzgado incurrió en un error en la interpretación de la demanda, toda vez que en ningún momento se argumentó que la falta de la biopsia generó la lesión en el nervio radial, afectación que, insistió, se debió a un descuido evidente del cirujano que la intervino, de ahí que la falla médica radicara en que a causa de la cirugía se le cercenó el mentado nervio, situaciones ambas que son contemporáneas con el procedimiento quirúrgico; mientras que el tema de la biopsia, corresponde a una irregularidad que solo demuestra el desconocimiento de los protocolos y la *lex artis*, lo anterior implicó una transfiguración del objeto del litigio.

Cuestionó la valoración de la prueba científica en relación con el acto quirúrgico, pues allí se describió una cápsula que no aparece ni en la resonancia magnética ni en el informe patológico.

Señaló que se demostraron los 3 elementos de la responsabilidad; específicamente frente a la culpa, la centró en la omisión de la lectura de la RMN por parte del cirujano, en donde identificaría las estructuras anatómicas (nerviosas y vasculares) adyacentes a la masa, para conocer su ubicación y no afectarlas, como efectivamente sucedió y, en lo atiente al nexo causal, precisó que se le "cercenó (CORTÓ) el nervio radial del miembro superior intervenido de la demandante, lo que ineludiblemente le generó el daño".

Recalcó que hubo ausencia de consentimiento informado cualificado, pues entre los riesgos advertidos, si bien se hizo referencia a la lesión de los nervios de la extremidad que puede generar disminución de la sensibilidad o parálisis transitoria o permanente, no se especificó "cuál nervio estaría comprometido, qué tipo de lesión o lesiones, en qué consiste la disminución de la sensibilidad o parálisis transitoria o total y, tratándose del nervio radial, cuáles serían las consecuencias o secuelas específicas"; aunado, no se le explicó que sucedería si no se realizaba la cirugía, de manera que "el supuesto consentimiento informado cualificado se malogró". Por último, añadió que la lesión del nervio radial no es un riesgo inherente a una resección de lipoma.

E. TRASLADO DE LA DEMANDADA Y LLAMADA EN GARANTÍA.

Dentro del término procesal oportuno, los representantes judiciales de Avidanti S.A.S y Allianz Seguros S.A., presentaron sendos escritos de oposición a los argumentos de la apelación, en los cuales, solicitaron la confirmación del fallo atacado.

III. CONSIDERACIONES

A. MANIFESTACIONES PRELIMINARES.

Mediante el Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020[4], el Gobierno Nacional dispuso la modificación transitoria de algunos artículos del Código General del Proceso y estableció en su canon 14, la forma como se debe surtir el recurso de apelación de sentencias en materia civil - familia; precisándose que en aquellos eventos en que no sea necesaria la práctica de pruebas, el fallo se proferirá por escrito, tal y como aquí ocurre.

[4] Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

De otro lado, se advierte que, en el curso de la audiencia inicial, el juzgador de primer grado se abstuvo de recibir la declaración de parte de todos los demandantes[5]; pese, a tratarse de una prueba que debe practicarse "oficiosamente y de manera obligatoria", conforme las previsiones del artículo 372 del C.G.P. Sin embargo, tal omisión no fue objeto de impugnación las partes, razón por la que la irregularidad atisbada se entiende saneada de conformidad al numeral 1° del artículo 136 *ibídem*.

B. DE LA DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE DECISIÓN.

En atención a los reparos concretos expuestos por el apelante, encuentra la Sala que por la relación que algunos guardan entre sí, estos se reducen estrictamente a tres puntos de inconformidad. El primero, con el que se atribuye indebida interpretación de la demanda y la tergiversación del objeto del litigio por parte del *a quo*, quien entendió que la causa de la lesión del nervio radial derecho de la señora Gabriela Pérez Marín fue la ausencia de la biopsia como examen diagnóstico que se debió practicar previo a la cirugía de resección del lipoma, siendo que en realidad, lo que se debatía era si esa afectación se produjo como consecuencia de la intervención quirúrgica; el segundo, direccionado a demostrar la concurrencia de los tres elementos de la responsabilidad, escenario en el que habrá de valorarse el acto médico al momento de estudiar la culpa, lo que de suyo, obliga al análisis del reparo formulado por la indebida valoración de la prueba técnica al respecto; por último, el tercero, orientado a refutar la suficiencia del consentimiento informado y si la lesión del nervio radial es o no, un riesgo inherente a este tipo de procedimientos quirúrgicos.

Ahora, también conviene precisar frente al primer punto de apelación identificado que, ciertamente, del análisis integral del expediente se sigue que la falta del examen diagnóstico referido no fue planteada por los promotores como causa de la lesión[6], de manera que su mención se hizo con miras a enrostrar, las que a su juicio, fueron malas prácticas en que incurrió la demandada y su personal médico durante la atención brindada; razón por la cual, al resultar acertada la refutación se procederá a establecer si en el *sub examine* se encuentran acreditados los elementos de la responsabilidad médica, especialmente, la culpa y el nexo causal que fueran echados de menos por el *a quo*.

C. DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

El régimen de la responsabilidad civil descansa en el principio general de que quien causa un daño injustificado a otro debe repararlo, bien sea que aquél se genere en hechos, acciones u omisiones que contraríen el ordenamiento legal o un negocio jurídico; emanando así en términos muy generales la responsabilidad civil extracontractual o contractual.

En el caso que nos convoca, se solicitó la declaración de la demandada como "civilmente responsable por los daños ocasionados a la parte demandante, como consecuencia de las fallas médicas en que incurrió dicha entidad en la realización del procedimiento quirúrgico efectuado a la señora

[5] Solo se recibieron la de los siguientes demandantes: Gabriela Pérez Marín, Sandra Milena Arango Pérez, Bryan Andrés López Arango, María Lilia Pérez Marín y Gerardo Pérez Marín; prescindiéndose de los demás, en consideración a que, frente a ellos, su reclamación era sobre perjuicios morales.

[6] Importa destacar que si bien en los hechos 23 y 24 del libelo introductor no se hizo referencia explícita a este asunto; también lo es que, en el acápite "razonamientos asociados a los hechos en relación con la medicina" se indicó que "[e]n el caso que nos convoca, el especialista decide realizar una resección del tumor sin tener indicios previos del comportamiento benigno o maligno de la masa, situación que expone a la paciente a riesgos injustificados en caso de que el resultado de la patología hubiese sido liposarcoma. Imprudencia que hubiese cambiado el pronóstico a la señora GABRIELA PÉREZ". De igual forma, en lo que respecta a la "tergiversación del litigio", se tiene que, a lo largo de la instrucción del proceso, el vocero de los demandantes fue insistente en recabar sobre la necesidad de practicar la biopsia de manera previa para la planeación de la cirugía y así evidenciar que esa omisión constituyó una falencia en la prestación del servicio que, a su vez, tuvo incidencia en el resultado. Con lo anterior, encuentra la Sala que no es del todo cierto que los razonamientos expuestos por el *a quo*, careciera de algún sustento en los dichos de la demanda o en el objeto del litigio, respectivamente.

GABRIELA PÉREZ MARÍN, el cual le generó pérdida total de las funciones sensitivas y motoras del miembro superior derecho, procedimiento que se realizó el 14 de mayo de 2015"; para lo cual deprecó el reconocimiento de perjuicios patrimoniales, morales e incluso, de vida de relación ocasionados tanto a la paciente como a sus familiares demandantes.

Conviene indicar que, tal como se ha reiterado por vía jurisprudencial, es deber del juez realizar una interpretación sistemática y teleológica de la demanda, a fin de poder determinar la naturaleza de su intención jurídica[7]; en esa línea hermenéutica, habrá de colegirse que la parte demandante está ejerciendo tanto la acción contractual como la extracontractual, toda vez que reclama el reconocimiento de perjuicios padecidos directamente por la señora Gabriela Pérez Marín con ocasión de la inadecuada prestación del servicio de salud y al mismo tiempo, los sufridos por los demás demandantes con ocasión a la lesión sufrida por su familiar, posibilidad jurídica completamente viable según se ha decantado jurisprudencialmente, al señalarse: "no advierte la Corte, hay que decirlo sin ambages, que esa acumulación de pretensiones violente las reglas procesales que regulan la materia y, mucho menos, las sustanciales que gobiernan la responsabilidad civil.

No estas últimas porque si bien los hechos que soportan ambas reclamaciones fueron los mismos, los daños no lo son; la demandante está cobrando dos perjuicios distintos mediante sendas 'acciones' de las cuales es titular; tampoco ha confundido el objeto de cada pretensión, toda vez que contractualmente está cobrando el perjuicio sufrido por su causante y extracontractualmente el personal."[8]

Tratándose de responsabilidad derivada del acto médico, resulta pacífico afirmar que le corresponde al demandante asumir la carga de probar la culpa[9], toda vez que el galeno cumple labores de medio y no de resultado, salvo que exista algún tipo de pacto entre médico y paciente en cuanto al aseguramiento de resultados.

D. HECHOS QUE SE ENCUENTRAN ACREDITADOS.

Previo al abordaje de cada uno de los elementos que estructuran la responsabilidad médica invocada, han de precisarse unos supuestos fácticos que la Sala encuentra acreditados y que no fueron objeto de controversia, siendo estos los siguientes:

1. La calidad de hijos, nieto, hermanos y sobrina de los señores Sandra Milena Arango Pérez, Norbey Arango Pérez, Bryan Andrés López Arango, Lily Pérez de Rendón, Gerardo Pérez Marín, María Lelia Pérez Marín, María Fabiola Pérez Marín, María Ligia Pérez de Flórez y Ligia Ruby Villa Pérez, respectivamente, en relación con la señora Gabriela Pérez Marín -registros civiles de nacimiento- (F 10 a 20, C.1).

2. La afiliación de la señora Gabriela Pérez Marín a la Nueva EPS en el régimen contributivo. (f 60, C.1)

3. Que, para la época de los hechos, Diacorsas hoy Clínica Avidanti S.A.S. formaba parte de la red prestadora de la Nueva EPS -historia clínica -; aspecto sobre el cual no existió controversia.

4. Que el día 28 de agosto de 2014, a la señora Gabriela Pérez Marín se le practicó ecografía de tejidos blandos en el antebrazo derecho; leyéndose en el informe suscrito por el radiólogo Cesar Augusto Gómez Franco: "Masa de contornos lobulados, con límites bien definidos, con mayor eje horizontal, sin atenuación posterior, con presencia de cápsula, patrón vascular periférico, midiendo cerca de 45 mm, localizado dentro de los tejidos musculares extensiores (sic) proximales del antebrazo. IMPRESION: HALLAZGOS COMPATIBLES CON LIPOMA ANTEBRAZO DERECHO SE RECOMIENDA RESONANCIA NUCLEAR DE ANTEBRAZO PARA ADECUADA LIMITACION Y PLANEAMIENTO QUIRURGICO DE LA LESION". (Historia clínica electrónica, F 100, C.1).

[7] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 20 de agosto de 1981, M.P. Alberto Ospina Botero.
[8] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 18 de octubre de 2005, Exp. 14491, M.P. Dr. Pedro Octavio Munar Cadena.
[9] Entre otras, las siguientes sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia: Cfr. CSJ SC 001-2001 del 30 de enero de 2001, Rad.5507; SC 22 de julio 2010, Rad. 2000 00042 01; SC12449-2014 del 15 de septiembre de 2014, Rad. N°11001 31 03 034 2006 00052 01.

5. Que el 25 de noviembre de 2014 fue evaluada por la cirujana general Gloria Inés Chávez, quien refirió como impresión diagnostica: "D 369 tumor benigno no especificado" y en los comentarios señaló: "masa en antebrazo derecho intramuscular por ecografía conducta valoración por ortopedia por ser intramuscular". (historia clínica electrónica, F 100, C.1).

6. Que el 1 de diciembre de 2014 asistió a consulta por ortopedia y traumatología con el médico Fernando Ángel Pinzón, quien conceptuó en la historia clínica: "paciente con masa en los epicondíleos derechos externos, dice que tiene el problema hace 1 año y en aumento". Para su manejo, solicitó resonancia magnética nuclear (F 67, C1).

7. Que la RMN fue practicada el 9 de enero de 2015 con el siguiente resultado: "masa de contornos bien definidos, homogénea, hiperintensa en el T1 y en la densidad de protones con leve hiperintensidal en la secuencia STIR que hace hipointensa en los cortes de densidad de protones con saturación de grasa, mide 6.2x3.5x3.1 cm adyacente al músculo supinador largo, compatible con lipoma. Las estructuras óseas radiocubitohumeral son de morfología, relación articular e intensidad de señal normal en las diferentes secuencias obtenidas, los restantes grupos musculares visualizados en el brazo y en el antebrazo son normales. Las estructuras tendinosas, estructuras vasculares y nerviosas visualizadas no presentan alteraciones. La bursa es de aspecto normal". El informe fue suscrito por la médica radióloga María Teresa Isaza Jaramillo (F. 82, C1).

8. La asistencia de la actora el 15 de abril de la misma anualidad a control por ortopedia y traumatología, siendo atendida por el médico Herman Gómez Giraldo quien, con base en el informe de la RMN le programó la cirugía de resección de lipoma.

9. La suscripción por parte de la paciente de consentimiento informado en el cual, entre otros riesgos, se le lee que podría haber "lesión de los nervios de la extremidad que pueden generar disminución de sensibilidad o parálisis transitoria o permanente" (F. 302 -303, C1).

10. La práctica de la intervención quirúrgica el 14 de mayo de 2015 por el médico ortopedista y traumatólogo Fernando Ángel Pinzón, quien en la descripción hallazgos, procedimientos y complicaciones refirió: "asepsia yb (sic) antisepsia de miembro superior derecho, torniquete elástico, incisión longitudinal en el antebrazo proximal de 12 cms (sic) de longitud se realiza un colgajo de más de 5 cms (sic) de vecindad , se diseca por planos y se realiza resección de el (sic) lipoma hasta la artulacion (sic) de el (sic) codo se retira el torniquete y se realiza hemostasia, se cierra por planos curación y colocación de vendaje bultoso, paciente tolera bien el procedimiento. Se envía a patología el lipoma" (F 73, C1).

11. Que el 22 de mayo de 2015, la señora Gabriela Pérez Marín acudió a consulta con el mismo cirujano quien refirió: "paciente con posoperatorio de resección de lipoma" y en el concepto y plan de tratamiento expresó: "paciente con herida seca y limpia se retiran puntos y se da control de 2 meses". (historia clínica electrónica, f 307, C.1).

12. Que la biopsia se realizó el 28 de mayo de 2015 en el Instituto Caldense de Patología y arrojó los siguientes resultados: "DATOS CLINICOS: Tumor lipomatoso de piel y tejido subcutáneo de miembros. DESCRIPCIÓN MACROSCÓPICA: Rotulado lipoma antebrazo derecho, se recibe en formol un fragmento irregular de tejido de aspecto adiposo que mide 7.5x4.5x3 cm. Se procesan cortes representativos. RGA. DESCRIPCIÓN MICROSCÓPICA: Se observa tumor mesenquimal constituido por tejido adiposo maduro sin signos de malignidad. DIAGNÓSTICO: LIPOMA ANTEBRAZO DERECHO, RESECCIÓN: LIPOMA" (F 64, C1).

13. Que el 12 de junio siguiente la señora Pérez Marín fue valorada por el doctor Ángel Pinzón quien conceptuó: "la mano se encuentra en flexión y no extiende, se envía a fisioterapia y férula con dorsiflexión de la muñeca, se pide electromiografía y velocidad de conducción de ambos miembros superiores y control las áreas de el (sic) nervio radial como la comisura de la base del pulgar esta conservada y toda la sensibilidad también" (F 80, C1).

14. El examen de electromiografía y de velocidad de conducción fue practicado el 3 de agosto siguiente y con base en el reporte, la médica fisiatra Martha Lucía Ángel Pinzón concluyó: "síndrome del túnel del carpo izquierda, moderado. Lesión motora axonal y desmielinizante, leve, de nervio radial derecho". Este examen se volvió a realizar en dos oportunidades posteriores: el 4 de noviembre de 2015 y el 11 de marzo de 2016, en ambos con resultados idénticos, donde la calificación de la lesión cambió de leve a moderada (F 85, 86 y 90).

15. La lesión del nervio radial derecho también aparece registrada en las consultas con el médico especialista en ortopedia y traumatología, doctor Oscar Julián Padilla, del 25 de septiembre y 18 de diciembre de 2015, 5 de febrero, 12 y 29 de abril de 2016 (F 93 A 97, C1). Asimismo, aparece en la valoración realizada el 13 de junio de 2016 por el

médico de la misma especialidad, doctor Gilberto Andrés Gil, quien, además, señaló que, dada la evolución, se puso en consideración de la paciente la opción quirúrgica para transferencias tendinosas (F 98, C1).

16. Que el 4 de febrero de 2016 la fisioterapeuta Ángela Natalia Vallejo expresó en su informe: "paciente con secuelas de extracción de lipoma en extensores de muñeca, con mano caída actualmente y debilidad muscular. Buena adherencia y mejoría con las medidas terapéuticas. Ha realizado aproximadamente 50 sesiones de terapia física, se sugiere valoración por terapia ocupacional" (F 91, C1).

17. La existencia de la póliza de seguro N°022280491/0 con vigencia del 1° de junio de 2018 al 31 de mayo de 2019, tomada por la Clínica Avidanti S.A.S. con la llamada en garantía, que cubre la responsabilidad civil profesional de clínicas y hospitales (F 48 a 75, C3).

E. DE LOS ELEMENTOS AXIOLÓGICOS DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA.

1. EL DAÑO: Considerado como la lesión a un interés jurídicamente tutelable y que genera el deber de indemnizar, se caracteriza por ser cierto, real y en cabeza de quien lo alega o que se trate de la razonable probabilidad de obtener una ganancia, pues resulta claro que no hay responsabilidad sin daño.

En el presente caso, el daño consistió en la lesión del nervio radial derecho de la señora Gabriela Pérez Marín, el cual está ampliamente documentado en la historia clínica de la paciente y no generó discusión alguna.

2. LA CULPA. Definida en sentido estricto como la falta de intención en el sujeto activo de provocar las consecuencias que el acto que emprende genera, se manifiesta por la *negligencia* -descuido-, *imprudencia* -ejecutar actos que se realizan sin la diligencia debida-, *impericia* -falta de sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en una ciencia o arte- o *inobservancia de reglamentos o deberes* -cuando al desempeñar ciertas actividades o cargos, el sujeto omite cumplir los deberes impuestos por normas reglamentarias-.

Tal como arriba se precisó, tratándose de responsabilidad derivada del acto médico, estamos por regla general ante obligaciones de medio, como expresamente lo señala el artículo 104 de la Ley 1438 de 2011[10], sin que en el asunto que nos ocupa se hubiese acordado aseguramiento de resultados.

Con la claridad factual detallada en líneas anteriores, se procederá al abordaje de las inconformidades presentadas por el apelante, con las que se pretende probar el elemento culpa en cabeza de la demandada. En ese orden, recuérdese, los ataques se centraron en los siguientes puntos: (i) la indebida valoración de la prueba técnica con relación al acto quirúrgico; (ii) la omisión por parte del cirujano de la lectura de la resonancia magnética nuclear, donde podía identificar las estructuras anatómicas (nerviosas y vasculares) adyacentes para conocer su ubicación y no afectarlas; y, (iii) la impericia del Dr. Fernando Ángel Pinzón para realizar la intervención por no contar con estudios en oncología.

a. De la indebida valoración de la prueba técnica en relación con el acto quirúrgico.

Sostuvo el apelante que en la descripción testimonial de la cirugía por parte del doctor Fernando Ángel Pinzón, este mencionó que el lipoma se encontraba en una especie de cápsula, lo que permitió su extracción con los dedos; sin embargo, dicha característica no

[10] Por medio de la cual se reforma el Sistema de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

se reportó ni en la resonancia magnética ni en el informe de anatomía patológica, último que por el contrario, demuestra "que la masa era un fragmento irregular de tejido adiposo que se adherida (sic) a los tejidos adyacentes por muchas partes, lo cual debió obligar a la utilización de elementos cortantes como tijeras, para su extirpación, además de pinzas", concluyendo que al no haberse referido la presencia de esa "cápsula" en las notas de la cirugía, ello solo revelaba "una nueva fantasía para disimular la falta de cuidado en el manejo del instrumental utilizado en la práctica de la resección con el cual, sin duda, lesionó el nervio radial".

Ciertamente, el ataque así planteado esta direccionado a demostrar que el cirujano sí debió hacer uso de instrumental cortante como tijeras y pinzas durante la cirugía para la extracción del lipoma, con los cuales pudo lesionar el nervio radial; por lo que concluye que el declarante no fue exacto en su declaración, de manera que admitir como ciertos sus dichos, constituyó una indebida valoración de esa prueba técnica.

Al respecto, reséñese que si bien el galeno manifestó haber utilizado durante la intervención quirúrgica dos elementos cortantes, el bisturí para la incisión superficial y una "tijerita" para cortar la cápsula y extraer la masa adiposa con los dedos -el lipoma-; también lo es, que enfatizó en que las pinzas "Kelly" usadas no tienen filo y por tanto no cortan, solo facilitan la divulsión, describiendo al respecto: "se corta la piel y después se introducen unas pinzas denominadas pinzas de Kelly con las que se va divulsionando, haciendo como la cueva para ir sacando el tumor, el cual comienza salir ´como un repollo´, entonces uno abre como una capsulita que hay ahí delgada con esa misma Kelly, a través de una ´divulsión roma´, entonces ´uno va viendo un mundo de grasa amarilla´" (…) "la incisión es en la piel, no en las capas siguientes, puesto que se hace con una pinza Kelly que no tiene filo y no corta, con esta se va abriendo hasta llegar al tumor el cual sale de una, porque los lipomas no tienen cimiento o anclaje" (…) "la disección que se usa ahí es una disección roma con una pinza Kelly con la que uno va abriendo camino, solo se abre la piel y luego se abre la cápsula con "una tijerita" y ya, se saca el lipoma" (…) "empiezo la divulsión roma con los dedos después de que ya abrí la cápsula que es un tejido parecido a un plástico super delgado […] abro eso y ahí encuentro la masa del lipoma, meto los dedos, lo divulsiono con los dedos y lo saco, ahí sale ´como una rosa´".

De la lectura de los anteriores apartados, pronto se advierte que contrario a lo expuesto por el apelante, en momento alguno el cirujano negó el uso de instrumentos cortantes, pues, de hecho, no solo lo admitió, sino también, precisó su utilización en dos momentos: (i) en la incisión superficial de la piel y (ii) para abrir la cápsula; sin que con ello se pueda colegir que por el manejo de esos elementos, se presentó el corte o cercenamiento del nervio radial, pues tal afirmación solo se basa en una inferencia teórica, amen a posible –lo que no se descarta-, pero que en el *sub examine*, no quedó acreditado.

Ahora, en lo que respecta a la cápsula, si bien los resultados de la resonancia magnética nuclear y de anatomía patológica, no relacionan su presencia, ello, de por sí, tampoco demuestran lo contrario. Es así como, el primer examen evidencia una imagen que como lo explicó el médico Herman Gómez no es 100% detallada, de manera que pueden existir aspectos que no quedan revelados; mientras que el segundo (la anatomía patológica) se practicó sobre un "fragmento irregular de tejido de aspecto adiposo", el cual, si se sigue el relato expuesto por el cirujano Ángel Pinzón, difícilmente podía continuar encapsulado, pues la capa o tejido que lo envolvía fue cortada por él para extraer la masa.

Aunado, en contraposición al esfuerzo de los demandantes por desmentir la declaración del doctor Ángel Pinzón, según la historia clínica[11], se encuentra el informe del radiólogo Cesar Augusto Gómez que da cuenta de la ecografía de tejidos blandos del antebrazo derecho practicado a la paciente el 28 de agosto de 2014, que muestra: "Masa de contornos lobulados, con límites bien definidos, con mayor eje horizontal, sin atenuación posterior, **con presencia de cápsula**, patrón vascular periférico, midiendo cerca de 45 mm, localizado dentro de los tejidos musculares extensiores proximales del antebrazo" (se resalta); de modo que, las afirmaciones del

[11] historia clínica electrónica de la Nueva EPS, F 100, C.1

cirujano, de algún modo, encuentran convalidación en un examen diagnóstico previo que había referenciado la presencia de la cápsula.

En suma, los argumentos esgrimidos por la parte apelante para censurar la valoración de las pruebas practicadas en relación con el acto quirúrgico carecieron de sustento, en primer lugar, porque el cirujano, en su testimonio, sí refirió haber utilizado instrumental cortante en la intervención precisando la forma en que se usó, sin que el empleo de este tipo de elementos en la cirugía, *per se*, demuestre que con ellos se cercenó alguna estructura adyacente, específicamente, el nervio radial; en segundo lugar, tampoco se desvirtuó la existencia de una cápsula que envolvía el lipoma y que fuera descrita por el testigo Angel Pinzón.

b. De la omisión de lectura de la resonancia magnética nuclear.

En el punto, recuérdese, la parte apelante fue reiterativa en sugerir que hubo una indebida planeación de la intervención por parte del cirujano que la practicó, pues se abstuvo de leer la resonancia magnética nuclear y, por tanto, no ubicó e identificó las estructuras nerviosas adyacentes que podían verse afectadas.

Nótese como, la censura así planteada, entraña dos aspectos a revisar: de un lado, si el cirujano tuvo en cuenta el examen para la preparación de la cirugía y de otro lado, si el mentado galeno, al momento del acto quirúrgico, identificó los componentes anatómicos próximos al lipoma, puntualmente, el nervio radial.

Para lo primero, huelga resaltar, la lectura de la resonancia magnética nuclear, según enseñaron los testigos técnicos, debe hacerse por un especialista en radiología, de modo que lo que el cirujano ve en las imágenes le da unas pautas, pero, en definitiva, el significado real de las mismas lo define el radiólogo[12]. Justamente, en el presente caso, tanto las impresiones como el informe fueron vistas por el doctor Herman Gómez quien programó la cirugía, entretanto, el médico Ángel Pinzón quien la practicó, solo leyó el reporte del especialista[13] en el que, como se referenció en los hechos probados, se expresó que las estructuras tendinosas, vasculares y nerviosas no presentaban alteraciones.

Con lo anterior, el apoyo imagenológico sí fue tenido en cuenta, especialmente el informe del radiólogo quien es el profesional idóneo para hacer la lectura de la resonancia magnética nuclear. Ahora, si en gracia de discusión se admitiera que era imperativo al cirujano hacer el análisis directo de las imágenes, debe tenerse en cuenta que este examen no es 100% concluyente sobre la identificación de los nervios, músculos y vasos que están próximos al lipoma. Al respecto, el médico Gómez Giraldo refirió que "la resonancia ayuda a ubicar al cirujano, pero hay cosas que no se ven en esa imagen (…) la resonancia no es 100% efectiva para establecer posible compromiso de los nervios por el lipoma". Incluso, de acuerdo con lo explicado por el especialista Oscar Julián Padilla[14], el examen en comento no es imprescindible para la planeación de este tipo de procedimientos y, en los eventos en que se realiza, señaló que la ausencia de lectura no expone a mayores riesgos al paciente.

[12] Los doctores Gloria Inés Chávez y Herman Gómez Giraldo, en sus declaraciones, fueron coincidentes en indicar que, a pesar de conocer las generalidades sobre la lectura de una resonancia magnética nuclear, corresponde al especialista en radiología hacer el reporte de esta, quien, por sus estudios, está más preparado para ello. Al respecto, la doctora Chávez señaló que el cirujano puede evaluar las imágenes y en lo que a ella concierne, siempre revisa tanto las imágenes como el informe del radiólogo, aunque, comoquiera que no es su especialidad, da prevalencia a lo que dice el especialista. Por su parte, el doctor Gómez Giraldo refirió que cuando se revisan estos resultados, se observa tanto la imagen como el informe del radiólogo quien es la persona más capacitada para hacer el reporte

[13] El doctor Ángel Pinzón explicó que este examen es más difícil de ver y de interpretar, razón por la que precisó que "para mi es muy importante el concepto del radiólogo" y aclaró que no toda persona puede leer una resonancia magnética, solo el radiólogo que ha hecho "fellow" (seguimiento o especialización) en resonancia magnética (primera audiencia de instrucción, 1´32")

[14] Médico ortopedista y traumatólogo. Atendió a la señora Pérez Marín con posterioridad a la cirugía.

En cuanto al segundo aspecto, esto es, si el cirujano identificó los componentes anatómicos próximos al lipoma al momento de la intervención y específicamente el nervio radial, recuérdese que la censura se basó en las declaraciones tanto del doctor Ángel Pinzón, como también, de los galenos Gloria Inés Chávez y Herman Gómez, quienes, según lo expone el apelante, fueron coincidentes en establecer la necesidad de identificar, en el acto quirúrgico, las estructuras vasculares, nerviosas y tendinosas que se puedan ver comprometidas por la ubicación del tumoración.

Al respecto, es cierto que los mencionados médicos expusieron en los términos indicados, la forma en que se debía realizar este tipo de procedimientos; sin embargo, ello no demuestra la inobservancia de esas precauciones en la cirugía practicada a la señora Gabriela Pérez Marín, pues los testigos, al no haber estado presentes en la disección, limitaron su declaración a describir, de forma general, los aspectos teóricos sobre la manera en que se debe proceder en este tipo de intervenciones.

En el punto, la doctora Chávez señaló que si las estructuras adyacentes están "cerquita" "no hay problema porque se puede hacer una disección cuidadosa para no ir a lesionar[las]" y si están en relación con la masa que se debe sacar, el cirujano "debe fijarse muy bien de esas estructuras"; entretanto, el doctor Gómez Giraldo, sobre el mismo punto, reseñó que, en teoría, "si se va a sacar una masa se debe mirar por donde va, si se está cerca a (sic) una estructura vascular o nerviosa". Además, conviene traer a referencia la exposición del médico Oscar Julián Padilla, quien sobre la forma en que se realizan estas intervenciones, refirió que "se debe conocer la anatomía, el procedimiento y una disección delicada de los tejidos para disminuir la posibilidad de lesión de un nervio" (…) "no siempre hay que ir a buscar las estructuras vasculares y nerviosas cercanas, si no se ven se supone su ubicación y se mantiene la intervención lo más retirado posible".

Como se dijo, las exposiciones de los galenos fueron generales y teóricas, sin que de estas pueda extraerse una indebida práctica por parte del cirujano, quien, en concordancia con lo expresado por sus colegas sobre la importancia del cuidado en la disección, señaló que de acuerdo al informe de la resonancia, las estructuras tendinosas, vasculares y nerviosas no presentaban alteraciones, de manera que la tumoración estaba más arriba, lo que se debía según explicó, a que esta "florece hacia arriba, aumenta la piel, sobresale por encima del tejido celular subcutáneo y forma la bola"; de ahí que en la cirugía no encontró dichas distribuciones anatómicas. Asimismo, resaltó que "no quiso buscar el nervio" por lo que la incisión para comenzar la divulsión se hizo en un lugar por donde no estuviera, es decir, "uno o dos centímetros más hacia donde él pasa".

De lo expuesto, recuérdese, no basta con afirmar la ocurrencia de un yerro en la praxis médica para que la reclamación indemnizatoria se abra paso, pues, a no dudar, dicha incuria debe encontrar sustento fáctico; circunstancia que en el *sub examine*, no se evidenció. De hecho, encuentra la Sala que los demandantes nuevamente limitaron su esfuerzo suasorio a plantear una serie de inferencias en torno a la aludida culpa, sin concretar, con base en las pruebas, los hechos que revelaban la imprudencia o negligencia del cirujano, y en general, su desconocimiento de la *lex artis*; incluso, pareciere que las apreciaciones del apelante partieran de presumir la mala fe del galeno, lo cual, a todas luces, no es correcto, pues en su actividad, los médicos obran bajo el principio de benevolencia y no maledicencia, es decir, ellos dirigen su actuar a contribuir no solo al bienestar de los pacientes, sino a evitar que el daño físico o síquico se incremente.

En tal sentido, recientemente, la Corte Suprema de Justicia[15] recordó: "La formación teórica, la práctica rigurosa y la actualización permanente de los médicos, asegura que sus decisiones las adoptan en beneficio de los enfermos para evitar perjuicios innecesarios en su integridad física y moral. Los principios anotados, en consecuencia, conminan a los profesionales de la salud a optar siempre por los

[15] Sala de Casación Civil, sentencia SC 3847 del 14 de octubre de 2020.

procedimientos y alternativas terapéuticas menos dolorosas y lesivas para los pacientes y usuarios de los servicios"; de modo que se presume, en general, "que el actuar médico se realiza con diligencia y cuidado", por lo que "los menoscabos o las lesiones causadas a la salud, también en línea de principio, se entienden que son excusables" y solo ante la evidencia de "faltas injustificadas (groseras, culposas, negligentes o descuidadas)" se debe salir a su reparación integral.

En conclusión, la presunción de la diligencia y cuidado con la que actuó el cirujano en la resección del lipoma practicada a la señora Gabriela Pérez Marín el día 14 de mayo de 2015, puntualmente, en lo que refiere a su preparación (lectura de la resonancia magnética nuclear) y en la ejecución del acto (identificación de las estructuras adyacentes), en este caso, no logró ser doblegada, brillando por su ausencia la prueba que cimente lo contrario, razón por la cual, la censura planteada al respecto no está llamada a prosperar.

c. De la impericia del Dr. Fernando Ángel Pinzón para realizar la intervención por no contar con estudios en oncología.

Los demandantes también trataron de demostrar la culpa del cirujano, a partir de su posible impericia para practicar la intervención, ya que no contaba con la formación académica suficiente en oncología; ataque que tampoco está llamado a prosperar, pues, tal y como lo refirieron todos los galenos que declararon, para la resección de un lipoma no se requiere de un especialista en cirugía oncológica y, de hecho, fueron unívocos en señalar que dicho procedimiento, inclusive, puede ser realizado por un cirujano general.

Y es que, ciertamente, fue un hecho probado que el tumor resecado era benigno. En el punto, huelga destacar que ni la evaluación clínica (tamaño estable sin crecimiento, evolución de un año sin alteraciones de forma, la ausencia de vascularización, la movilidad de la masa y la falta de pérdida de volumen muscular en el brazo derecho de la paciente)[16] ni los apoyos diagnósticos previos (ecografía y resonancia nuclear magnética), dieron elementos de juicio al personal médico que atendió a la paciente para sospechar con la malignidad de la tumoración, criterio que fue confirmado con la prueba "estándar de oro", esto es, la anatomía patológica o biopsia; de modo que los juicios de los galenos fueran certeros.

Con lo anterior, si la intervención de un cirujano oncólogo solo se justifica cuando la lesión tumoral es maligna, no encuentran sustento las afirmaciones hechas por el apelante sobre la impericia del cirujano al no contar con esa especialidad.

3. EL NEXO CAUSAL. Entendido como la relación entre el acto médico y el daño producido, para lo cual, aclárese, su abordaje debe hacerse desde la teoría de la causalidad adecuada, según la cual, "(...) tan solo pueden estimarse efectos de una causa aquellos que según las reglas del sentido común y de la experiencia suelen ser su resultado normal"[17]. Asimismo, oportuno es precisar que, al no haberse acreditado la culpa, en principio, no sería necesario entrar a estudiar este último elemento de la responsabilidad; sin embargo, comoquiera que ello representó un punto de la apelación, procederá la Sala a hacer algunos comentarios al respecto:

[16] Los hallazgos clínicos o semiología de la tumoración para definir si una tumoración es benigna o maligna, fueron referidos por algunos galenos que declararon. Al respecto, la doctora Chávez señaló que la benignidad o malignidad de un tumor lo define la evolución de la masa, si tiene muchos años localizada en el mismo sitio y no presenta cambios en la piel y no tiene crecimiento, es de tipo benigno. Si aparece de un momento a otro y crece rápidamente es de tipo maligno. En similares términos, el doctor Ángel Pinzón, expresó clínicamente también se había llegado a esa conclusión, por las características blanda, móvil, sin vascularización aumentada, no estaba compenetrada con los huesos, "todo eso nos hizo pensar que era un lipoma".

[17] CSJ, Cas. Civil del 30 de marzo de 1993, G.J., T. CCXXII, Núm. 2461, Pág. 294.

Hecha la precedente aclaración, recuérdese, el apelante consideró que existió corte del nervio radial con ocasión de la cirugía, para lo cual se fundó en las declaraciones de los médicos Fernando Ángel Pinzón y Herman Gómez Giraldo, así como también de la fisioterapeuta Ángela Natalia Vallejo, de donde concluyó que en la intervención quirúrgica se le cercenó la mentada estructura nerviosa a la paciente, entendiendo por cercenar, el acto de "cortar mediante incisión con instrumento cortante como bisturí o tijeras, o bien mediante aplastamiento con pinzas o alguna otra herramienta quirúrgica, lo que ocasiona isquemia en el nervio".[18]

Como se anticipó, en el *sub examine*, no hay discusión sobre el daño invocado; empero, no pasa lo mismo sobre si este se produjo como consecuencia de una indebida práctica médica, es decir, si ocurrió por errores inexcusables del cirujano al momento de la intervención. En el punto, basta con referir que los testimonios de los médicos mencionados indicaron que, en el campo de las probabilidades, la lesión al nervio radial de la señora Pérez Marín pudo producirse por la falta de oxígeno derivada de un estrujamiento con el material quirúrgico.

Es así como, por ejemplo, el doctor Gómez Giraldo mencionó: "el instrumental quirúrgico que usa el cirujano puede generar una compresión del nervio, aún de forma leve" y, en sentido similar, el galeno Padilla López explicó: "en estas intervenciones se usan unos separadores que lastimosamente pueden afectar los nervios, simplemente por la compresión de los tejidos, que puede ser muy similar o comportarse igual a una sección o corte del nervio"; incluso, el mismo cirujano Ángel Pinzón señaló que la lesión leve es una neuropraxia, es decir, que al nervio "le faltó un poquito de oxígeno durante un tiempo", precisando que estas estructuras son muy sensibles a la falta de oxígeno que puede producir esta afectación, entre otras causas, por estrujamiento.

Igualmente, la aludida relación causal tampoco se desprende de la exposición de la fisioterapeuta quien, contrario a lo manifestado por el impugnante, expresó no saber el tipo de lesión que presentaba Gabriela Pérez Marín, aclarando, con base en los resultados del tratamiento de fisioterapia, que ella consideraba que se trató de una neurotmesis, por cuanto no hubo un corte total del nervio, pues, de lo contrario, explicó que la paciente no hubiera podido poner la mano en neutro[19].

De lo expuesto, los profesionales consultados fueron claros en manifestar, dentro del campo de las probabilidades, que las estructuras nerviosas adyacentes pueden verse afectadas en la cirugía y no precisamente por un corte, sino también, por el estrujamiento propio del instrumental quirúrgico que se utiliza; empero, no hay prueba que ello haya sucedido en la intervención que se revisa, pues, nuevamente, el censor limitó su esfuerzo suasorio a afirmar, en general, que si la paciente presentó la lesión a su nervio radial con posterioridad a la cirugía, es porque fue en ese acto quirúrgico donde se le causo dicha afección, inferencia que, aunque posible, no conduce a establecer esa relación de causalidad.

Dicho en otras palabras, no existe medio de convicción alguno que permita establecer que la lesión al nervio radial de la mano derecha que ahora padece la señora Gabriela Pérez Marín haya sido ocasionada en la cirugía; conclusión a la que se arriba, no solo de

[18] Definición utilizada en el acápite final de la apelación denominado "aclaración sobre el verbo cercenar que se malinterpretó por el a quo"

[19] En su declaración sobre este punto, de forma general, enseñó que existen tres tipos de lesiones: neurotmesis, axonotmesis y neuropraxia. La primera es simplemente una parálisis del nervio donde no sigue conservada la conducción, pero tiene buen pronóstico; la segunda, se presenta cuando hay un fallo en la mielina que es la que conduce la información del nervio, eventos en los cuales, con medicación puede tener buen pronóstico; la tercera, representa un corte total de un nervio o una parálisis segmentada de un nervio, puede ser de lado anterior o posterior, solo un segmento se daña, destacando que se arregla a través de un procedimiento quirúrgico, cortando y uniendo extremidades, "se cambia por otro nervio". Con los resultados del tratamiento de fisioterapia, considera que la paciente tenía una neurotmesis, porque no tenía un corte total del nervio. Si hubiera sido total, ella no hubiera podido poner la mano en neutro. Señaló que el nervio radial en sus dos ramificaciones inerva los músculos y permite la extensión de la mano, de sus dedos. Según la sintomatología y desconociendo cual era el diagnóstico, el nervio sí pudo estar dañado cuando la remitieron a fisioterapia.

las declaraciones de los testigos técnicos con las que se pretendió demostrar el nexo causal, sino también, de la misma historia clínica de la paciente, pues en el informe de la intervención quirúrgica no se reportaron eventos o complicaciones que aludieran alguna afectación a las estructuras nerviosas, aunado a que en la primera cita de control llevada a cabo el 22 de mayo de 2015, tampoco se evidenciaron síntomas de paresia en la mano o algún otro hallazgo indicativo de la neuropraxia.

Entonces, omitió el apelante que previo a recabar en los aspectos de la lesión y su intensidad, debía probar que esta, sin lugar a duda, había sido producida en la cirugía y, en ese orden, no quedarse solo con sugerir dicha posibilidad con afirmaciones como "si la lesión del nervio radial se conoció durante el post operatorio, pues su producción se realizó durante la operación, eso es insoslayable". En otros términos, el censor centró su actividad procesal en pretender demostrar que la neuropraxia padecida por la señora tiene como fuente el cercenamiento por corte del nervio o en su defecto, por estrujamiento y dejó de lado la demostración preliminar de que ese "cercenamiento" ocurrió en la cirugía, con lo cual, el nexo causal quedó expósito de sustento fáctico; de manera que la refutación sobre este punto tampoco prospera.

F. DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LOS RIESGOS INHERENTES.

Alude la parte demandante que no medió un consentimiento informado calificado con respecto a la paciente, a quien no se le explicó de manera detallada "cuál nervio estaría comprometido, qué tipo de lesión o lesiones, en qué consiste la disminución de la sensibilidad o parálisis transitoria o total y, tratándose del nervio radial, cuáles serían las consecuencias o secuelas específicas"; aunado, no se le explicó que sucedería si no se realizaba la cirugía, de manera que "el supuesto consentimiento informado cualificado se malogró.

La relación médico-paciente se caracteriza por ser paternalista, concepción que viene desde Hipócrates -padre de la medicina-[20], fundada en la asimetría existente entre el portador del conocimiento y el enfermo que aspira ser sanado; interacción en la que el galeno escogía de forma autónoma el tratamiento a seguir, sin que le informara a su paciente la gravedad de su mal ni las posibilidades de su recuperación, pues lo relevante era única y exclusivamente la mejoría de su salud, interesando poco el conocimiento que el doliente tuviera de su padecimiento[21].

Esa aplicación radical del principio de la benevolencia empezó a ceder cuando los derechos a la libertad y autonomía permearon la relación médico-asistencial, dando paso a todo un desarrollo jurisprudencial en el derecho anglosajón, en el que se consolidó como derecho del paciente el aceptar o rehusar someterse a un tratamiento médico[22]; de igual forma, la necesidad de una información previa y completa por parte del médico como presupuesto de la manifestación de asentimiento del afectado, so pena de configurarse negligencia médica por desatención a la *lex artis*[23].

Actualmente, a nivel de instrumentos internacionales encontramos la protección de ese derecho, en el Convenio de Oviedo –art. 5-, así como en la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos -art. 6.1-; y en nuestro contexto interno, ubicamos su consagración en los citados artículos 15 y 16 de la Ley 23 de 1981 -Código de Ética Médica-, en concordancia con los artículos 10 y 12 del Decreto 3380 de 1981.

[20] Incluso, si se observa un tiempo atrás, encontramos que desde la época de Esculapio -Dios griego de la medicina-, el médico debía guardarse para sí la gravedad o levedad de la enfermedad de su paciente.
[21] Sobre toda evolución de la atención médica y el consentimiento informado, puede consultarse El consentimiento Informado en la Praxis Médica, Vladimir Monsalve Caballero y Daniela Navarro, Ed. Temis.
[22] Corte Suprema Judicial de Massachusetts, Caso Rogers vs Oakin, 1971. Citado en ob. Cit. Pág. 27.
[23] Corte Suprema de Canadá, Caso Reibl vs Hughes, 1981. Citado en ob. Cit. Pág. 27 y ss.

En el espectro constitucional[24], la exigencia del consentimiento informado como eje estructural del ejercicio médico se encuentra fundada, entre otros, en el valor de la dignidad[25] que irradia y orienta todo nuestro ordenamiento jurídico, e igualmente en los derechos fundamentales a la información, autodeterminación, autonomía[26], integridad física y moral[27].

Con el reconocimiento de ese nuevo arquetipo, se ha precisado que "el consentimiento informado o ilustrado materializa el derecho fundamental de todo paciente de tomar decisiones preponderantes en torno a su salud física y mental, por lo tanto, de someterse libre y voluntariamente al diagnóstico o procedimiento sugerido por el galeno, una vez ha recibido de éste la explicación suficiente, idónea y clara relacionada con el mismo"[28]; lo anterior bajo el obvio entendido, que el enfermo no deja de ser persona, y por ende, titular de la prerrogativa de conocer realmente el estado de su enfermedad y, sobre esa base, decida sobre su salud y corporeidad.

A partir de la anterior conceptualización, se debe precisar que el consentimiento informado envuelve dos conductas o procederes distintos; de un lado, el acto de información cualificada del médico y, del otro, que el paciente y/o familiar, emita su voluntad de aceptación o rechazo del procedimiento, tratamiento y/o examen correspondiente.

En lo concerniente a la carga de la prueba en tratándose de consentimiento informado, la misma Ley 23 de 1981, en concordancia con el Decreto 3380 del mismo año -en los preceptos atrás referidos-, prevé como obligación en cabeza del médico brindar la información cualificada a su paciente y/o familiares, para que, sobre esa base, se exteriorice el consentimiento al procedimiento, tratamiento o examen; lo que redunda en que recaiga en el médico la carga de acreditación de ese deber, como pacíficamente se ha decantado jurisprudencialmente.

En el caso que nos ocupa, como ya se determinó, está probada la suscripción del documento "Consentimiento informado para procedimiento de ortopedia" en el que expresamente se incluyeron como riesgos o complicaciones los siguientes: "lesión de los nervios de la extremidad que pueden generar disminución de sensibilidad o parálisis transitoria o permanente", que corresponde al que se materializó en el caso que nos ocupa.

Aunque los demandantes en sus declaraciones insistieron en que no medió una adecuada información por parte de los médicos tratantes y/o cirujanos respecto de los riesgos inherentes de la "resección del lipoma" practicada a Gabriela Pérez Marín, lo cierto es, que el caudal probatorio da cuenta de una situación diferente, no solo por el formato arriba referido, sino por lo extractado de las declaraciones testimoniales, como se pasa a ver.

El ortopedista y traumatólogo Herman Gómez Giraldo quien programó la cirugía y obtuvo el consentimiento informado, relató sobre este último hecho que a la paciente se le explicaron los riesgos y beneficios de la cirugía, aclarando, en cuanto a los riesgos, que estos fueron dados a conocer de manera general ya que era imposible explicarle en qué consistían específicamente cada uno y que si bien no recuerda si la paciente le hizo preguntas, fue enfático en señalar que es su costumbre hablar claramente con los pacientes sobre los riesgos.

---

[24] Téngase en cuenta que nuestra Constitución Política fue promulgada solo hasta 1991, esto es, con posterioridad al Código de Ética Médica.
[25] Que también tiene la connotación de derecho fundamental autónomo. Sobre el punto ver sentencia T-917 de 2006.
[26] SU-337 de 1999.
[27] Consistente esta última "en la inviolabilidad de las personas como manifestación directa de la dignidad humana". Diccionario del Español Jurídico de la Real Academia Española y el Consejo General del Poder Judicial.
[28] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC7110-2018, M.P. Dr. Luis Armando Tolosa Villabona.

Si bien la información suministrada por el galeno debe ser cualificada, exacta y cuidadosa, dicha carga no puede llegar al extremo de convertirse en una clase de medicina -como parece pretenderlo el apelante, quien se duele de la falta de indicación frente a cuál de las ramificaciones del nervio radial podía verse afectada y los distintos tipos de lesiones posibles, con precisión de las secuelas de cada una-, pues lo que se exige es un dialogo en el que el médico explique los aspectos pertinentes, ilustrando al paciente sobre los riesgos posibles e inherentes del procedimiento, las alternativas, los cuidados posteriores, entre otros aspectos; encontrándose en el *sub limine* no solo la suscripción del respectivo documento por parte de la actora, sino también, la correspondiente explicación por parte de los galenos.

En cuanto a los riesgos inherentes, los también ortopedistas y traumatólogos, doctores Fernando Ángel Pinzón y Oscar Julián Padilla López refirieron que, esencialmente, puede haber afectación a estructuras vasculares, nerviosas y tendinosas. En ese orden, el primero de los galenos mencionó que "la lesión del nervio radial esta estipulada en el consentimiento informado como un riesgo inherente, puede pasar" (…) "Lesión neurológica, lesión vascular o lesión tendinosa. En nuestras cirugías, no hablemos solamente de los lipomas, en todas nuestras cirugías van esas tres, va un van shock anafiláctico que puede pasar durante la cirugía, va una embolia pulmonar o una embolia grasa, va la muerte, va de última y va también, en este caso digamos el codo, que el codo tenga impotencia funcional para recuperar los arcos de movimiento de todo el codo, podría pasar, y dentro de la lesión neurológica entonces va la impotencia para levantar, pues, con buena fuerza, la muñeca hacia arriba". Por su parte, el segundo expresó que puede presentarse "infección, muerte, lesión vascular, lesión neurológica, lesión muscular, dolor residual, reaparición o recidiva de la masa, además de los cutáneos como las alteraciones en la cicatrización de la piel".

Entonces, de las declaraciones examinadas y de la prueba documental, emerge con claridad que la paciente desde antes de la cirugía tuvo un adecuado conocimiento de la naturaleza de la intervención que le iban a practicar, sus beneficios y también sus riesgos; información cualificada sobre la cual tomó la decisión consciente de someterse a la resección de lipoma.

También se decantó que esa información le fue suministrada directamente a Gabriela Pérez Marín, sin que se probara o por lo menos se aludiera algún tipo de discapacidad cognitiva para la toma de esas decisiones, de modo que, al presumirse su capacidad, esa prerrogativa recaía en su persona; de hecho, al momento de la suscripción del documento, hizo constar que declaraba su voluntad "en pleno y normal uso de mis facultades y declarándome plenamente capaz de autodeterminarme".

Así pues, la valoración conjunta del acervo probatorio enmarcada dentro de las reglas de la sana crítica y la experiencia, llevan a otorgarle total veracidad a lo afirmado por el doctor Gómez Giraldo, quien aseveró el cumplimiento de sus deberes de informar y obtener el consentimiento para la práctica de la cirugía, quien, se itera, refirió haber hablado con la paciente y explicarle los riesgos generales.

Lo visto redunda de manera consecuencial en el decaimiento del cargo presentado contra la sentencia, pues contrario a lo argüido por los demandantes, aparece probada la existencia de un adecuado consentimiento informado en torno a la resección del lipoma en el antebrazo derecho que le fuera practicada a Gabriela Pérez Marín y respecto de la que recae la censura.

A manera de corolario, sea suficiente con señalar que ninguno de los reproches realizados por el apelante contra la sentencia de primera instancia tiene vocación de prosperidad, tal como se detalló en la parte considerativa; de modo que se procederá a confirmar el fallo apelado y, en consecuencia, se condenará en costas a la parte recurrente.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en Sala de Decisión Civil-Familia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida el 12 de agosto de 2020 por el Juzgado Sexto Civil Circuito de Manizales, dentro del proceso de declarativo de responsabilidad médica promovido por Gabriela Pérez Marín, Lily Pérez de Rendón, Gerardo Pérez Marín, María Lelia Pérez Marín, María Fabiola Pérez Marín, María Ligia Pérez de Flórez, Sandra Milena Arango Pérez, Norvey Arango Pérez, Ligia Ruby Villa Pérez y Bryan Andrés López Arango, en contra de la Clínica Avidanti S.A.S; trámite en el que se llamó en garantía a Allianz Seguros S.A.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de Origen, una vez se fijen las agencias en derecho por la Magistrada Sustanciadora, en lo que atañe a costas de segunda instancia, conforme lo prevé el artículo 366 del Código General del Proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

SANDRA JAIDIVE FAJARDO ROMERO
MAGISTRADA

SOFY SORAYA MOSQUERA MOTOA
MAGISTRADA

ÁNGELA MARÍA PUERTA CÁRDENAS
MAGISTRADA