



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
PEREIRA
SALA CIVIL-FAMILIA**

SC-0038-2023

Magistrado: Jaime Alberto Saraza Naranjo
Pereira, Septiembre veintiséis de dos mil veintitrés
Expediente: 66001310300420210000902
Proceso: Verbal Responsabilidad Médica
Demandante: Duván Alonso Cañizales y otros
Demandado: Salud Total EPS-S S.A. y otros
Acta Nro. 508 del 26 de septiembre de 2023

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 16 de junio de 2022 por el Juzgado Quinto Civil del Circuito local en el proceso de responsabilidad civil extracontractual iniciado por **Duván Alonso Cañizales y Helen Dahiana Cañizales Otálvaro** frente a **Salud Total EPS SA y Quirófanos Salud S.A.S**, al que fueron llamados en garantía la **Previsora Compañía de Seguros SA, Quirófanos Casalud S.A.S, Chubb de Colombia Compañía de Seguros SA.**

1. ANTECEDENTES

1.1. Hechos¹

Señala la demanda que Duván Alonso Cañizales sufrió un accidente de tránsito el 24 de enero del 2013, cuya urgencia fue atendida en la Clínica Los Rosales, entre otras cosas, por una limitación funcional en la rodilla derecha. El mismo día fue dado de alta con los diagnósticos politraumatismo y radiografía de hombro y rodilla dentro de límites normales.

¹ 01PrimeraInstancia, CO1Principal, Arch. 4, p. 2.

El 21 de diciembre de ese año le realizaron en la misma clínica una cirugía ambulatoria de artroscopia en la rodilla izquierda. Posteriormente, continuó con sesiones de fisioterapia, y en las evaluaciones médicas siguientes, los médicos tratantes observaron una buena evolución, con arcos de movilidad adecuados, heridas cicatrizadas y buen tono muscular.

En junio de 2014 sufrió una nueva lesión, con trauma en ambas rodillas. El 11 de julio el médico ordenó una resonancia nuclear magnética que se llevó a cabo el 23 de agosto de 2014. El demandante lamenta que no haya continuado con su atención médica regular su médico tratante, ya que fue remitido a la IPS Quirófanos Casalud, donde fue valorado el 13 de septiembre siguiente, por un dolor crónico en las rodillas.

El 7 de noviembre de 2014, fue a una intervención quirúrgica en ambas rodillas, sin embargo, afirman que no se le explicaron las consecuencias ni los riesgos de llevar a cabo la cirugía de forma simultánea, la cual no le generó ningún beneficio para su salud.

Posteriormente, ante la falta de resultados, el 13 de abril de 2015, en valoración realizada en la Clínica Los Rosales, le ordenaron unas imágenes diagnósticas que permitieron, el 12 de mayo de 2015, remitirlo a valoración de junta médica, lo que se hizo el 30 de junio y se dispuso realizar una nueva artroscopia de rodilla derecha.

Actualmente, continúa sin recuperarse por completo de sus lesiones.

1.2. Pretensiones²

Pidieron que se declarara la responsabilidad contractual de Saludtotal EPS S.A. y extracontractual de Quirófano Casalud S.A.S., por los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes, especialmente al señor

² 01PrimeraInstancia, Co1Principal, Arch. 4, p. 6

Duván Alonso Cañizales Rodríguez. En consecuencia, que se les condenara a pagar los perjuicios referidos al daño moral causado a todos los demandantes y a la vida de relación en el caso de Duván Alonso, que cuantificaron.

1.3. Trámite

La demanda fue inicialmente admitida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira.³

Contestaron los demandados quienes se pronunciaron sobre los hechos, opugnaron las pretensiones y formularon como excepciones:

Quirófano Casalud S.A.S.:⁴ (i) Inexistencia del daño, (ii) inexistencia de perjuicios, (iii) existencia de una intervención quirúrgica perita, diligente, prudente y con plena sujeción a los postulados de la *lex artis*, (iv) inexistencia del nexo de causalidad, (v) pleno cumplimiento del deber de información – existencia del consentimiento informado y asunción voluntaria del riesgo por parte del demandante Duván Alonso Cañizales, (vi) inexistencia absoluta de material probatorio, (vii) hecho de la víctima y de un tercero, (viii) tasación excesiva de perjuicios y (ix) la innominada.

Adicionalmente, llamó en garantía a La Previsora Compañía de Seguros.⁵

Salud Total EPS-S S.A.⁶ las de (i) cumplimiento de las obligaciones propias de las entidades promotoras de salud por parte de SALUD TOTAL EPS-S S.A. frente al afiliado Duván Cañizales, (ii) ausencia de responsabilidad contractual de Salud Total frente al señor Duván

³ 01PrimeraInstancia, C-01Principal, arch. 007

⁴ Ibidem, arch. 008

⁵ 01PrimeraInstancia, C-02LlamadoLaPrevisora, arch. 001.

⁶ 01PrimeraInstancia, C-01Principal, arch. 009, ibidem.

Cañizales, (iii) ausencia de responsabilidad civil respecto de Salud Total EPS-S S.A., (iv) ausencia de la falla médica y cumplimiento de la lex artis por parte del equipo médico que atendió al señor Duván Cañizales S.A., y (v) la llamada innominada

Por su lado, llamó en garantía a Quirófano Casalud y CIA Ltda. y a Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A.⁷

Por auto del 19 de julio de 2021 el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira asumió el conocimiento del proceso⁸ luego de un impedimento⁹.

En la audiencia inicial que se llevó a cabo el 6 de abril de 2022¹⁰ se aceptó el desistimiento de las pretensiones de la codemandante Johanna Marcela Ramírez Osorio.

1.4. Sentencia de Primera Instancia¹¹

El Juzgado negó las pretensiones de la demanda, porque, en su sentir, quedaron sin demostrar la culpa y el nexo causal.

1.5. Reparos y sustentación¹²

Apelaron los demandantes, porque, a su juicio, el despacho de instancia no valoró la negligencia de las demandadas en la atención médica que le brindaron al demandante, así como la falta de adherencia a los procesos para obtener el consentimiento informado por parte del personal médico, lo cual demuestra todos los elementos de la responsabilidad. Sus reparos fueron formulados y desarrollados en primera instancia.

⁷ 01PrimeraInstancia, C-04, arch. 001.

⁸ 01PrimeraInstancia, C-01Principal, arch. 020

⁹ Ibidem, arch. 014

¹⁰ Ibidem, arch. 039

¹¹ 01PrimeraInstancia, C-01Principal, arch. 062. Acta de audiencia de instrucción y juzgamiento.

¹² Arch. 063, ibidem.

2. Consideraciones

2.1. Concurren los presupuestos procesales y no se advierte irregularidad alguna que pueda invalidar la actuación.

2.2. Señaló el juzgado en el fallo que, la clase de responsabilidad que aquí se está reclamando es contractual respecto del afiliado frente a la EPS y la IPS, como víctima directa; y extracontractual por el lado de la víctima de rebote Helen Dahiana Cañizales Otálvaro, quien interviene como hija de Duván Alonso Cañizales. Apreciación que esta Colegiatura comparte.

No hay duda de la legitimación en la causa por activa, pues demostrada quedó la afiliación del señor Cañizales a Salud Total EPS SA, lo que se soporta en la preautorización de servicios Nro. 87464736 del 29 de octubre de 2014,¹³ la autorización de cirugía de meniscoplastia y condroplastia vía artroscópica en rodilla izquierda y derecha del 7 de noviembre de 2014,¹⁴ el consentimiento informado de la cirugía,¹⁵ y la historia clínica de informe quirúrgico de Quirófano Casalud S.A.S.¹⁶, fuera de que así lo confirmó la EPS en la contestación de la demanda¹⁷.

También se trajo el registro civil de nacimiento de Hellen Dahiana¹⁸.

En cuanto a las demandadas, intervienen Salud Total EPS S.A., como afiliadora, y la Clínica Quirófano Casalud S.A.S. donde se le brindó atención, como ya quedó reseñado. A ellas se les imputa el daño.

2.3. Corresponde a la Sala definir si la decisión del Juzgado debe confirmarse ante la ausencia de prueba del “*hecho dañoso*” y el nexo causal, como elementos propios de la responsabilidad, o si la revoca,

¹³ 01Primerainstancia, C-01Principal, arch. 004, pág. 22.

¹⁴ Ibidem, p. 26

¹⁵ Ibidem, p. 27

¹⁶ Ibidem, p. 31

¹⁷ 01Primerainstancia, C-01Principal, arch. 009.

¹⁸ 01PrimeraInstancia, C-01Principal, arch. 004, pág. 12.

como pretenden los recurrentes, dado que sí se acreditaron tales presupuestos.

Desde ya se anuncia que la sentencia será confirmada, con las acotaciones que se harán sobre los elementos de la responsabilidad.

2.4. Para abordar lo que es motivo de disenso, se recuerda que, producto de la redacción del artículo 328 del CGP, el sendero que traza la competencia del superior está dado por aquellos aspectos que fueron objeto de impugnación, sin perjuicio de algunas situaciones que permiten decidir de oficio (legitimación en la causa, prestaciones mutuas, asuntos relacionados con la familia, las costas procesales, por ejemplo). Es lo que se ha dado en denominar la pretensión impugnaticia, como ha sido reconocido por esta Sala de tiempo atrás¹⁹ y lo han reiterado otras²⁰, con soporte en decisiones de la Corte, unas de tutela²¹, que se acogen como criterio auxiliar, y otras de casación²².

2.5. De otro lado, esta Corporación ha sostenido²³ que la responsabilidad civil médica comporta la concurrencia de varios elementos: la acción o la omisión por parte del galeno en el ejercicio de su profesión; el daño padecido por el paciente o, en general, por las víctimas, la culpa o el dolo y la relación causal entre el hecho y el daño; y si ella es contractual, por supuesto, es menester acreditar su fuente.

Por su parte, el Juzgado en la sentencia concluyó que la responsabilidad civil por falla médica se rige, en general, por el criterio de la culpa probada, ya que se trata de una obligación de medio, a menos que se haya contraído por parte del galeno un determinado resultado. Ese es un

¹⁹ Sentencia del 19 de junio de 2018, radicado 2011-00193-01.

²⁰ Sentencia del 19 de junio de 2020, radicado 2019-00046-01, M.P. Duberney Grisales Herrera.

²¹ STC9587-2017, STC15273-2019, STC11328-2019 y STC100-2019

²² SC2351-2019.

²³ Sentencias de 01-09-2015, radicado 2012-00278-01; 19-04-2016, radicado 2012-00298-02; 20-09-2017, radicado 2012-00320-01; 17-05-18, radicado 2012-00294-02; 18-09-18, radicado 2015-00689-01; 18-12-2020, radicado 2012-00241-04; TSP.SC-0029-2021, 11-08-2021, radicado 2013-00180-01, entre otras.

aspecto que, no solo está al margen de los reparos formulados contra el fallo, sino que se advierte conforme con lo que reiteradamente ha dicho esta Corporación²⁴ y lo reiteró recientemente²⁵, con soporte en múltiples decisiones propias y del órgano de cierre de la jurisdicción.

2.6. También se ha dicho por esta Sala²⁶ y reiterado²⁷, que se han ensayado tesis como las de la carga dinámica de la prueba, o de la distribución de la prueba, cuestión analizada en varias ocasiones por la Corte Suprema; en alguna de sus decisiones se refirió más precisamente, a una regla de aportación o suministro de pruebas, a la luz del artículo 167 del CGP, y sentó que *“Aunque en algunas oportunidades esta Sala ha aludido tangencialmente a una supuesta “distribución judicial de la carga de la prueba”, lo cierto es que tal conjetura jamás ha sido aplicada para la solución de un caso concreto; y, finalmente, las sentencias en las que se la ha mencionado se han resuelto –como todas las demás–, dependiendo de si en el proceso quedaron o no demostrados todos los supuestos de hecho que exigen las normas sustanciales en que se sustentaron los respectivos litigios... La distinción funcional de los institutos de ‘la carga de la prueba’ y del ‘deber-obligación de aportar pruebas’ permite comprender la razón de ser de cada uno de ellos en el proceso, evitando confusiones innecesarias; y, sobre todo, cumpliendo el objetivo deseado de imponer deberes probatorios a la parte que está en mejores posibilidades materiales de hacerlo, sin afectar en lo más mínimo el principio de legalidad al que sirve la regla inamovible de la carga de la prueba”*.²⁸

Flexibilización que, para el caso, se torna irrelevante, porque no ocurrió en el momento de decretar las pruebas, ni en otro estadio del proceso,

²⁴ Sentencias de 01-09-2015, radicado 2012-00278-01; 19-04-2016, radicado 2012-00298-02; 20-09-2017, radicado 2012-00320-01; 17-05-18, radicado 2012-00294-02; 18-09-18, radicado 2015-00689-01; 18-12-2020, radicado 2012-00241-04; TSP.SC-0029-2021, 11-08-2021, radicado 2013-00180-01, entre otras.

²⁵ TSP-SC-0033-2023

²⁶ Sentencia del 18 de septiembre de 2018, radicado 2015-00689-01

²⁷ TSP-SC-0029-2021

²⁸ Sentencia SC9193-2017, de junio 28 de 2017, M.P. Ariel Salazar Ramírez

como manda la norma en cita, sino que cada parte arrimó las pruebas sobre las que quiso edificar la teoría del caso que propuso, bien para el reconocimiento de las pretensiones, por activa, ya para su denegación, por pasiva, y es sobre ellas que la Sala construirá la argumentación para definir la alzada, pues, como lo recordó también la alta Corporación en la última providencia anunciada, *“Para la aplicación de la regla de cierre de la carga de la prueba no importa que el interesado haya sido diligente en el suministro de las pruebas o que haya estado inactivo; o que el juez haya impuesto a una u otra parte el deber de aportar pruebas, dado que la única posibilidad que la ley ofrece al sentenciador al momento de proferir su decisión, se enmarca en una lógica bivalente según la cual una vez probados los supuestos de hecho tiene que declarar la consecuencia jurídica, y ante la ausencia de tal prueba tiene que negar dichos efectos de manera necesaria, sin que pueda darse una tercera opción o término medio entre los argumentos de esa alternativa: tertium non datur.”*

2.8. En adición, en asuntos de esta estirpe, sobre la prueba técnica, en la sentencia SC-0033-2023 se memoró, y ahora se insiste en ello, que:

...esta Sala en recientes ocasiones, por ejemplo, en la sentencia SC-0039-2022, que en asuntos que comprometen la responsabilidad médica o institucional, la prueba técnica, sin ser única y determinante, le permite al juez aproximarse al conocimiento que requiere para definir la litis, pues con ella se puede descubrir el comportamiento, tanto del galeno, como de las instituciones que contribuyen a la prestación de un servicio de salud y concluir si se cumplieron las reglas que aconseja la ciencia médica. Y se trajo a la memoria en ese fallo²⁹, que:

Así se ha dicho por esta Corporación, por ejemplo, en la sentencia del 30 de julio de 2018, radicado 2016-00149-01³⁰, en la que se citó la sentencia SC-2506-16 de la Sala de Casación Civil de la Corte. Incluso desde antes, la propia Corte, en sentencia del 14 de diciembre de 2012, radicado 2002-00188-01, con ponencia del Magistrado Ariel Salazar Ramírez, en la

²⁹ Y se reiteró luego en la sentencia SC-0009-2023

³⁰ También se señaló así en la sentencia del 18 de diciembre de 2020, radicado 2012-00241-04 y en la TSP.SC-0029-2021, para citar las más recientes.

que abordó otra providencia del 26 de septiembre de 2002, expediente 6878, señaló que:

Sin embargo –ha sostenido esta Corte– “cuando de asuntos técnicos se trata, no es el sentido común o las reglas de la vida los criterios que exclusivamente deben orientar la labor de búsqueda de la causa jurídica adecuada, dado que no proporcionan elementos de juicio en vista del conocimiento especial que se necesita, por lo que a no dudarlo cobra especial importancia la dilucidación técnica que brinde al proceso esos elementos propios de la ciencia –no conocidos por el común de las personas y de suyo sólo familiar en menor o mayor medida a aquéllos que la practican– y que a fin de cuentas dan, con carácter general las pautas que ha de tener en cuenta el juez para atribuir a un antecedente la categoría jurídica de causa. En otras palabras, un dictamen pericial, un documento técnico científico o un testimonio de la misma índole, entre otras pruebas, podrán ilustrar al juez sobre las reglas técnicas que la ciencia de que se trate tenga decantadas en relación con la causa probable o cierta de la producción del daño que se investiga. Así, con base en la información suministrada, podrá el juez, ahora sí aplicando las reglas de la experiencia común y las propias de la ciencia, dilucidar con mayor margen de certeza si uno o varios antecedentes son causas o, como decían los escolásticos, meras condiciones que coadyuvan pero no ocasionan...”

Como se observa, no se trata solo de un dictamen pericial, sino que el acervo probatorio puede comprender otra serie de pruebas especializadas, como ocurre con los testimonios técnicos, es decir, aquellos que rinden quienes, además de percibir los hechos, brindan una información específica sobre asuntos relacionados con la materia que se investiga. En la responsabilidad médica, por ejemplo, el dicho de los galenos que asistieron al paciente.

Para el caso de ahora, como se analizará en parte, solo se recibieron testimonios técnicos que refieren la situación que se presentó con el paciente y permiten a la Sala concluir que las pretensiones estaban llamadas al fracaso.

2.9. Al descender al asunto concreto, se recuerda brevemente que el Juzgado, después de señalar que *“se encuentra acreditado el daño pues los perjuicios que se reclaman tienen como objeto los actuales padecimientos del demandante Duván Cañizales, como el dolor crónico*

que padece que no le permite llevar una vida en condiciones normales” sentó, como eje central de su decisión, que “la falla medica se presenta cuando el profesional actúa con negligencia, impericia o imprudencia. Ninguna de esas conductas se observa aquí configurada; en tanto que los procedimientos aplicados a Duván Alonso con el propósito de curar sus lesiones fueron los indicados por los protocolos médicos. Así dijeron los profesionales que testimoniaron, expertos en el tema, además. Es decir, que la conducta de las entidades demandadas, específicamente de sus agentes, no puede catalogarse como desviada de los estándares y procedimientos científicamente aceptados en los que las causas de los dolores y dificultades actuales del actor pueden tener un origen diferente e indeterminado y en nada influyó o pudiera haber influido en la conducta médica.” Luego sostuvo que “En esas condiciones, considera el despacho, el hecho dañoso que como se indicara atrás se traduce en la existencia de culpa, error o falla médica proveniente de la negligencia, impericia o imprudencia que conlleve al desconocimiento de la praxis médica no está probado dentro del plenario.” Para finalmente recalcar que, “Si entonces, lo que se afirma en la demanda es que los destinatarios de la acción incurrieron en omisiones y/o negligentes atenciones al paciente en cuestión, y que por eso se causaron los perjuicios que reclaman los demandantes, bajo la premisa que no hubo hecho dañoso, puede afirmarse que la relación causal entre el hecho y el daño tampoco se probó. Todo lo cual es suficiente para descartar la responsabilidad civil endilgada a las demandadas, sin dejar de reiterar que tampoco se ha demostrado la culpa.”

2.10. Los reparos de los demandantes se hicieron consistir en que (i) el despacho de instancia omitió distinguir entre la responsabilidad médica profesional con la responsabilidad institucional u orgánica y no “*evaluó el actuar omisivo de las entidades demandadas en los procesos que se circunscriben en todo lo relacionado con la atención médica, incluida la falta de adherencia a los procesos de obtención del consentimiento*

informado por parte del personal médico, lo cual está relacionado con el debido diligenciamiento de la historia clínica”; (ii) al señor Duván Cañizales se le sometió a una cirugía de ambas rodillas en un solo tiempo, sin ser informado de las consecuencias de la misma, tal y como puede evidenciarse en la historia clínica y en el formato de consentimiento informado allegado en la historia clínica; y (iii) las consecuencias de la cirugía fueron ampliamente explicadas por el doctor Jorge Enrique Marín, quien dio al despacho las razones por las cuales él recomienda hacer las cirugías en dos tiempos; (iv) el consentimiento informado, está estrechamente relacionado con el principio de libertad y “así lo ha mencionado el máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria en Sentencia SC-3604-2021...”

Como se anticipó, ninguna de las censuras logra derrumbar el fallo de instancia.

2.12. Pero, antes de pasar a la resolución concreta de los reparos, precisa la Sala decir que discrepa de la conclusión de la funcionaria de primera instancia acerca de la demostración, en este caso concreto, del elemento fundamental de la responsabilidad, que es el daño, sin cuya existencia, vano sería tratar de auscultar en una posible declaración de esa estirpe. Ningún resarcimiento cabe, si no precede un daño.

Lo recordó así, en reciente data, la Sala de Casación Civil de la Corte, en la sentencia SC129-2023, en la que dijo:

El daño, en tanto agravio cierto que justifica que la víctima reclame una indemnización del demandado, debe ser cuestión sobre la que no se albergue ninguna duda. Así se sigue de la jurisprudencia de esta Sala, que ha insistido en que la reparación solo procede

«...en la medida en que obre en los autos, a disposición del proceso, prueba concluyente en orden a acreditar la verdadera entidad de [estos] y su extensión cuantitativa, lo que significa rechazar por principio conclusiones dudosas o contingentes acerca de las ganancias que se dejaron de obtener, apoyadas tales conclusiones

en simples esperanzas, expresadas estas en ilusorios cálculos que no pasan de ser especulación teórica, y no en probabilidades objetivas demostradas con el rigor debido. En otras palabras, toca al demandante darse a la tarea, exigente por antonomasia, de procurar establecer, por su propia iniciativa y con la mayor aproximación que sea factible según las circunstancias del caso, tanto los elementos del hecho que producen el menoscabo patrimonial del cual se queja, como su magnitud, siendo entendido que las deficiencias probatorias en estos aspectos de ordinario terminarán gravitando en contra de aquél» (CSJ, SC, 4 mar 1998, rad. 4921).

Por la misma senda, la Corte también ha dicho que

*«...el daño constituye “la columna vertebral de la responsabilidad civil, en concreto de la obligación resarcitoria a cargo de su agente (victimario), sin el cual, de consiguiente, resulta vano, a fuer de impreciso y también hasta especulativo, hablar de reparación, de resarcimiento o de indemnización de perjuicios, ora en la esfera contractual, ora en la extracontractual, habida cuenta que **“si no hay perjuicio”, como lo puntualiza la doctrina especializada, “...no hay responsabilidad civil”** (sent. 4 de abril de 2001, rad. 5502)» (CSJ SC, 27 jun. 2005, rad. 1997-05210-01). (resaltado propio)*

Y se disiente de lo dicho en el fallo de primer grado, porque, como se consignó, para la funcionaria ese elemento, pilar de la responsabilidad, se acreditó en la medida en que *“los perjuicios que se reclaman tienen como objeto los actuales padecimientos del demandante Duván Cañizales, como el dolor crónico que padece que no le permite llevar una vida en condiciones normales”*.

Pero, al acudir al contenido explícito de la demanda surge de inmediato el interrogante. ¿Cuál es el daño que se adujo por los demandantes?. Su relato fáctico se circunscribió a decir dos cosas, una vez relataron las atenciones que le fueron prestadas: (i) que la EPS no mantuvo la línea de atención, porque en lugar de enviarlo en el mes de septiembre de 2014 al ortopedista que lo había tratado antes, lo remitió a Quirófanos Casalud, donde fue evaluado por un profesional diferente; y (ii) que cuando se le intervino el 7 de noviembre en sus dos rodillas, no se le

explicaron las consecuencias ni riesgos de llevar a cabo la cirugía en forma simultánea.

En ninguno de esos dos eventos que citan está inmerso un daño. En el primero, no se dice siquiera cómo es que el cambio de especialista en ortopedista pudo influir negativamente en su atención, o de qué manera fue que esa circunstancia causó los dolores que actualmente sufre, máxime cuando se sabe que ha presentado diversos traumas graves, que han afectado sus extremidades inferiores, según se desprende de la historia clínica.

Y en el segundo, la sola ausencia de un consentimiento informado no genera en sí misma un daño. Se requiere que exista un nexo causal entre tal omisión y la afectación que, producto de la misma se le causó a la víctima. Como omisión, su análisis corresponde al elemento subjetivo de la responsabilidad, es decir la culpa, y en la causalidad.

Sobre el particular, se trae a colación lo que se señaló en la sentencia SC-0013-2022 de esta misma Sala, en cuanto a que:

En relación con el consentimiento informado, ya se destacó que una de aquellas obligaciones que pueden estimarse de resultado por parte del médico, es, a la luz del artículo 15 de la ley 23 de 1981, es su obtención³¹, en la medida en que la norma enseña que “El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente” y, por tanto, el profesional tiene que asumir las consecuencias que tengan génesis en riesgos previsibles, pero de los cuales no dio noticia al paciente, pues se trata de asegurarle el derecho a decidir libremente sobre la conveniencia o no del procedimiento al que pueda ser sometido, como lo explicó, una vez más, la Sala de Casación Civil en la reciente sentencia STC4786-2020, que sirve de criterio auxiliar, en la que también se trajo a colación el artículo 12 del Decreto 3380 de 1981, que establece que el

³¹ Como ha sido analizado por esta colegiatura, por ejemplo, en la sentencia TSP-SC0056-2021

médico debe dejar constancia en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto o de la imposibilidad de hacerla.

Y recordó, adicionalmente, que:

7.2. Indubitablemente, en aplicación de las reglas de la carga de la prueba, la demostración del consentimiento y su contenido está en manos de los profesionales en salud, quienes tienen el deber de obtenerlo y documentarlo; «lo anterior es especialmente importante si se atiende a que usualmente la información será proporcionada verbalmente, porque en la relación con el paciente una información personal resulta preferible a un protocolo burocrático»³².

7.3. Esta obligación, 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»³³.

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, 'fija responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto' (artículo 16, Ley 23 de 1981), salvo si expone al 'paciente a riesgos injustificados' (artículo 15, ibídem), o actúa contra su voluntad o decisión negativa o, trata de tratamientos o procedimientos experimentales no consentidos expressis

³² Enrique Barros Bourie, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Ed. Jurídica de Chile, 2006, p. 684

³³ ídem, p. 685.

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).

7.4. Por la misma senda, una correcta divulgación de los riesgos, que suponga en el paciente la aceptación de los riesgos propios de su tratamiento, morigera la responsabilidad del médico, incluso cuando se ha comprometido a alcanzar un resultado determinado, puesto que la realización no culpable de los mismos exonera al galeno, salvo que hayan faltado al deber de diligencia para evitar su concreción o sus consecuencias nocivas.

Huelga explicarlo, si bien los deberes de resultado dan lugar al resarcimiento de perjuicios cuando no se alcanza el fin esperado, este débito se frustra en los eventos en que la falta del efecto se originó en la concreción de alguno de los riesgos que asintió la paciente en desarrollo del consentimiento informado.

Ahora bien, en los términos del artículo 8 de la Resolución 1995 de 1999 del Ministerio de Salud, son componentes de la historia clínica, entre otros, los anexos, que son documentos que sirven como sustento legal, técnico, científico y/o administrativo de las acciones realizadas al usuario en los procesos de atención, entre los que cuentan las autorizaciones para intervenciones quirúrgicas (consentimiento informado), según el artículo 11 siguiente.

De todo lo cual se desprende que, en principio, la ausencia del consentimiento informado se queda en el umbral de la culpa, pues, con o sin él, comprometido un resultado o no, al final debe establecerse si el daño que se imputa al demandado puede ser atribuido causalmente a la omisión. Porque, una cosa es clara: que en una obligación de resultado se presume la culpa, tal inferencia no entraña, necesariamente, la demostración del nexo causal.

Esto, claro, bajo el supuesto de que no hubo consentimiento informado, que no es lo que aquí ocurrió, como se dirá más adelante.

Y al volver sobre la demanda, tampoco se mencionó cómo es que la falta de información suficiente al paciente guarda relación con el padecimiento actual, es decir, de qué manera influyó negativamente en su estado de salud, que es lo que se erigiría como un daño.

De manera que este elemento quedó sin demostrarse, y era sobre ese eje que debía girar el debate, pues solo establecido el mismo, se abría paso el análisis de los otros presupuestos, esto es, la culpa y el nexo causal. Esa hubiera sido razón suficiente para despachar desfavorablemente las súplicas de los demandantes.

2.13. En todo caso, tomado el daño por las simples dolencias e incomodidades posteriores a las intervenciones quirúrgicas a las que ha sido sometido el señor Duván Cañizales, según el Juzgado, o porque este no ha podido recuperare de sus lesiones, como se afirma en el hecho 17 del libelo inicial, las críticas que se le hacen al fallo se vienen a menos.

2.14. Antes de abordar la situación, precisa la Colegiatura recordar, como lo ha hecho en múltiples casos y en sus diferentes Salas³⁴, decir que la metodología propia frente a un evento de responsabilidad civil, una vez establecido un hecho, impone analizar primero la existencia del daño, cual se dijo antes; si él existe, seguirá la revisión del nexo causal y, posteriormente de la culpa.

Ahora bien, para atender en su integridad los reclamos de los impugnantes, que guardan relación solo con este último elemento, se abordará su análisis.

En primer término, la queja sobre la falta de distinción entre la responsabilidad médica profesional y la institucional en la instancia previa, carece de soporte. Por el contrario, en el fallo se analizó, precisamente, el comportamiento de la EPS frente al hecho de haber remitido al paciente a continuar el tratamiento médico en otra institución diferente a la que le brindaba atención. Y no se vio en ello culpa alguna, pues lo siguió tratando un especialista en ortopedia. Sobre ello, ninguna crítica específica se advierte en la impugnación.

³⁴ Por ejemplo, en las sentencias SC-0011-2022. M.P. Carlos Mauricio García Barajas, SC-0013-2022 M.P. Jaime Alberto Saraza naranjo y SC-0036-2023, M.P. Duberney Grisales Herrera, para citar solo algunas de las más recientes.

También se examinó el comportamiento de la IPS en relación con la realización de dos procedimientos quirúrgicos simultáneos en cada una de las rodillas del señor Cañizales y la falta de una debida información por parte del cuerpo médico acerca de las consecuencias de estos servicios quirúrgicos. En este sentido, el despacho no encontró evidencia de negligencia, imprudencia o falta de pericia que se tradujera en culpa de las demandadas; menos aún halló un nexo causal con el supuesto daño provocado.

En realidad, lo que se menciona en los reparos es que las entidades faltaron al deber de velar por la obtención del consentimiento informado por parte del paciente y con ello permitieron que se le sometiera a una cirugía doble y simultánea, sin que se le informara sobre las consecuencias de ello, que fueron, dicen, ampliamente explicadas por el médico Jorge Enrique Marín, todo lo cual puso en entredicho el derecho a la libertad de opción del paciente.

Explicado como está lo atinente al consentimiento informado, y partiendo de la base de que su demostración no obedece a una tarifa legal, sino a la libertad que en esa materia emerge de las reglas de los artículos 164 y siguientes del CGP, es lo cierto que, para este caso, la prueba de que se otorgó reposa en el expediente³⁵⁻³⁶, el documento está suscrito por el señor Duván Cañizales el 7 de noviembre de 2014, no fue tachado, con lo que su autenticidad quedó incólume; en él autorizó la realización de los procedimientos de meniscoplastia y condroplastia mediante artroscopia en sus rodillas izquierda y derecha; y refiere que fue adecuadamente informado sobre el procedimiento a llevarse a cabo, su propósito, los posibles métodos alternativos de tratamiento, las posibles consecuencias y complicaciones. No se trata, entonces, de afirmar simplemente que no se firmó el consentimiento informado, cuando la evidencia es distinta, y de ella emerge que sí lo otorgó.

³⁵ 01PrimeraInstancia, C-01Principal, arch. 004, p. 26

³⁶ Arch. 008, pág. 58, ibidem.

Y enseguida, también firmado por el demandante Cañizales, está el formato de “CONSENTIMIENTO INFORMADO”³⁷, en el que nuevamente se advierte sobre los procedimientos en ambas rodillas y se autoriza la anestesia, con todos los riesgos que de allí pudieran derivar.

Y para corroborar que sí se le informó sobre el procedimiento y sus consecuencias, en el interrogatorio absuelto³⁸ fue claro en señalar que el doctor le dijo que le iba a operar ambas rodillas. Aunque insistió en que no firmó el consentimiento, admitió que el médico le recomendó la cirugía doble, y que cuando le indicó que iba a proceder de esa manera, le explicó todo.

De otro lado, dicen los recurrentes que el especialista Jorge Enrique Marín explicó las razones por las cuales él recomienda hacer las cirugías en dos tiempos. Sin embargo, esa apreciación no corresponde exactamente con lo que él respondió sobre ese aspecto. Una cosa es que este galeno prefiera realizar las intervenciones una por una, otra que no se puedan hacer conjuntamente, o que eso genere un riesgo mayor para el paciente.

Lo que el testigo refirió³⁹ es que atendió al paciente, y eso lo hace un testigo técnico; precisó que el cambio de médico, si es un especialista, no debe ofrecer dificultades, ya que las conductas a seguir son muy similares; agregó que él no realiza la operación en las dos rodillas simultáneamente para facilitar la recuperación, pero, en realidad, que se haga así lo que implica es que la recuperación sea un poco más larga, no que deje secuelas diferentes a las que quedarían si se intervinieran por separado; además, no hay prohibición para la concurrencia de las cirugías. Y a la pregunta que se le hizo⁴⁰ acerca de si el dolor crónico como riesgo de la cirugía se presenta cuando es en una rodilla o en

³⁷ 01PrimeraInstancia, C-01Principal, arch. 004, p. 27

³⁸ 01PrimeraInstancia, C01Principal, Arch.41, audiencia art 372, a partir del minuto 00:24:40

³⁹ 01PrimeraInstancia, C01Principal, arch. 60, 00:09:18

⁴⁰ Ib., 00:54:36

ambas, contestó que *“El riesgo es con cualquier tipo de cirugía, pero pues si es bilateral se incrementa”*.

2.15. Con apoyo en lo anterior, y dando por superado el elemento daño, como se anunció, las críticas que se exponen frente al fallo son insuficientes para demeritar la conclusión final del juzgado acerca de que tampoco se demostró negligencia, impericia o imprudencia en los galenos que atendieron al demandante; y más que eso, ninguna prueba se allegó tendiente a acreditar que los dolores que padece el señor Duván Cañizales en la actualidad tuvieran como causa los procedimientos a los que fue sometido por cuenta de las demandadas. La funcionaria explicó con suficiencia que, de acuerdo con la prueba, son secuelas propias de las lesiones que ha sufrido, cuestión que no se rebate.

En síntesis, ni el daño, en sentir de la Sala, ni el nexo causal, ni la culpa, como dijo el juzgado, fueron probados, con lo que no podía ser otra la respuesta del funcionario de primera instancia, cuya decisión se confirmará.

Como el recurso fracasa, en los términos del artículo 365-1 del CGP, las costas de esta instancia serán a cargo de los recurrentes y a favor de las demandadas. Ellas se liquidarán ante el Juez de primer grado, de manera concentrada, siguiendo las pautas del artículo 366 del estatuto procesal. Para ese efecto, el magistrado sustanciador fijará las agencias en derecho en auto separado.

3. Decisión

En armonía con lo dicho, esta Sala de Decisión Civil-Familia del Tribunal Superior de Pereira, en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia del 16 de junio de 2022 emitida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito local en este proceso de responsabilidad civil extracontractual iniciado por **Duván Alonso Cañizales** y **Helen**

Dahiana Cañizales Otálvaro frente a Salud Total EPS S.A,
Quirófanos Salud S.A.S.

Costas en esta sede a cargo de los recurrentes y a favor de las
demandadas.

Notifíquese.

Los Magistrados,

JAIIME ALBERTO SARAZA NARANJO

CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS

DUBERNEY GRISALES HERRERA

Firmado Por:

Jaime Alberto Zaraza Naranjo
Magistrado
Sala 004 Civil Familia
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Duberney Grisales Herrera
Magistrado
Sala 001 Civil Familia
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Carlos Mauricio Garcia Barajas
Magistrado
Sala 002 Civil Familia
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **ad89d05507a0f6b8f555399f548a41f13d2130ce940dceaa7c1ba5af4296ba74**

Documento generado en 26/09/2023 02:33:50 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>