



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA
DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

SC-0056-2021

ASUNTO	: SENTENCIA DE SEGUNDO GRADO
PROCESO	: ORDINARIO- RESPONSABILIDAD MÉDICA
DEMANDANTES	: OLGA R. IDÁRRAGA A. Y OTROS
DEMANDADOS	: CAFESALUD EPS SA Y OTRO
PROCEDENCIA	: JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE PEREIRA
RADICACIÓN	: 66001-31-03-001- 2012-00298-02
TEMAS	: CONSENTIMIENTO INFORMADO – PRUEBA - VALORACIÓN
Mag. Ponente	: DUBERNEY GRISALES HERRERA
APROBADA EN SESIÓN	: 314 DE 02-07-2021

PEREIRA, R., SEIS (6) DE JULIO DE DOS MIL VEINTIUNO (2021).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

La alzada propuesta por la parte demandante, contra la sentencia del día **13-05-2020** (Expediente recibido el día 29-09-2020), con la cual se finiquitó la primera instancia en el proceso referido, de acuerdo a las estimaciones jurídicas que siguen.

2. LA SÍNTESIS DE LA DEMANDA

2.1. LOS HECHOS RELEVANTES. La señora Olga Rocío Idárraga Alzate, afiliada a Cafesalud EPS SA, para el 08-01-2010 fue valorada por aumento de volumen en el cuello y para el 22-01-2011 le practicaron tiroidectomía total de bocio bilateral, en la IPS demandada. A la paciente dejó de dársele información completa sobre esa cirugía, los riesgos u otras opciones de

tratamiento. El procedimiento no resultó exitoso, pues se le causó una parálisis del nervio laríngeo recurrente izquierdo y paresia del mismo nervio derecho, que a su vez, le ocasionó una afectación permanente del órgano del habla, así lo registran exámenes posteriores realizados el 07-03 y 08-08-2011. Lo anterior hizo que la señora Olga incluso perdiera su trabajo, la afectó en todos los aspectos y, también, a los integrantes de su núcleo familiar (Carpeta 1ª instancia, carpeta 01- cuaderno principal, pdf.01- CUADERNO PRINCIPAL, folios 10-18).

2.2. LAS PRETENSIONES. **(i)** Declarar civil y solidariamente responsables a las demandadas; **(ii)** Condenarlas a pagar como indemnizaciones, a favor de Olga R. Idarraga A., lucro cesante consolidado y futuro que no se tasó; y daños morales, perjuicios fisiológicos o daño a la vida de relación, para ella y para cada uno de los demás actores en la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes – smmlv, por cada concepto; **(iii)** Aplicar a las condenas intereses remuneratorios y moratorios a partir del 22-01-2011; y, **(iv)** Condenar en costas a los demandados (Sic) (Carpeta 1ª instancia, carpeta 01- cuaderno principal, pdf.01- CUADERNO PRINCIPAL, folios 20-26).

3. LA DEFENSA DE LA PARTE PASIVA

3.1. Cafesalud EPS SA. Se opuso a las pretensiones. Admitió algunos hechos, otros los negó o dijo no constarle. Formuló como excepciones: **(i)** Cumplimiento de las obligaciones por parte de la EPS para con la afiliada; **(ii)** Inexistencia de solidaridad entre EPS e IPS; **(iii)** Excesiva tasación de pretensiones; y, **(iv)** Genérica (Carpeta 1ª instancia, carpeta 01- cuaderno principal, pdf.01- CUADERNO PRINCIPAL- Tomo 2, folios 49-74).

3.2. Corporación IPS Eje Cafetero. Dijo no constarle la mayoría de los hechos y otros afirmó que distaban de serlo; resistió las pretensiones y excepcionó de fondo: **(i)** Hecho de un tercero; y, **(ii)** Falta de legitimación en la causa por pasiva – indebida elección de la parte demanda (Sic). Esta última

también la formuló como previa, conjuntamente, con “indebida conformación del litisconsorcio necesario (Carpeta 1ª instancia, carpeta 01- cuaderno principal, pdf.01- CUADERNO PRINCIPAL- Tomo 2, folios 75-97, al igual que 99-122).

3.3. Corporación IPS Saludcoop. Su vinculación se ordenó al decidir la excepción previa propuesta por la *Corporación IPS Eje Cafetero* (Carpeta 1ª instancia, carpeta 02- cuaderno excepciones, pdf.01 CUADERNO EXCEPCIONES PREVIAS, folios 28-34); aceptó algunos hechos, desestimó o dijo no constarle los demás, cuestionó las pretensiones y como excepciones, entre otras, propuso: **(i)** Diligencia en el actuar médico; **(ii)** Ausencia de culpa; **(iii)** Ausencia total de prueba de los supuestos hechos culposos que fundamentan las pretensiones; **(iv)** Adecuada práctica médica- Cumplimiento de la *lex artis*- Ausencia de prueba de la culpa; e, **(v)** Inimputabilidad de riesgos aleatorios (Carpeta 1ª instancia, carpeta 01- cuaderno principal, pdf.01- CUADERNO PRINCIPAL- Tomo 2, folios 131-167).

4. EL RESUMEN DE LA DECISIÓN APELADA

En la resolutive: **(i)** Desestimó las pretensiones; **(ii)** Condenó en costas a la parte actora; y, **(iii)** Tuvo por revocado un poder.

Indicó que la responsabilidad propuesta acumula las pretensiones de la paciente y de sus consanguíneos; también, que el régimen es de culpa probada, donde la carga es del demandante. Enseguida afirmó que el daño consistió en la parálisis del nervio laríngeo recurrente izquierdo y la paresia del mismo nervio derecho, se probó a través del dictamen de pérdida de capacidad laboral. Encontró acreditado el nexo causal porque durante la tiroidectomía total de bocio bilateral practicada se ocasionó la lesión en esos nervios, con apoyo en la experticia de medicina legal, el testimonio técnico de la cirujana interviniente y la historia clínica; finalmente, respecto a la culpabilidad explicó que dejó de probarse que hubo error del personal

médico, los medios acercados resultaron ineficaces para tal finalidad y, contrario a lo afirmado en la demanda, si se dio el consentimiento informado (Carpeta 1ª instancia, carpeta 01- cuaderno principal, pdf.05. Sentencia).

5. LA SÍNTESIS DE LA ALZADA

5.1. **LOS REPAROS CONCRETOS DEL DEMANDANTE.** (i) Se desconoció la normatividad y jurisprudencia vigente en cuanto al consentimiento informado; y, (ii) Ese asentimiento se tuvo por probado sin estarlo, se dio un alcance diferente a la declaración de la actora y a la atestación de la médica que hizo la intervención quirúrgica (Carpeta 1ª instancia, carpeta 01- cuaderno principal, pdf.06. Recurso apelación sentencia).

5.2. **LA SUSTENTACIÓN DE LOS REPAROS.** (i) Se probó que la cirugía practicada a la señora Olga R. presentó inconvenientes, pues se le causaron perjuicios de orden funcional y material a ella, estos últimos también a sus familiares; (ii) La responsabilidad invocada se fundó, entre otras razones, en la falta de consentimiento informado, que era imperativo por tratarse de un procedimiento programado, no urgente; en el deben indicarse tanto los riesgos como las otras alternativas de tratamiento. Se equivocó la decisión en apreciar aquellas pruebas para afirmar que se otorgó; hubo valoración preanestésica pero ni siquiera cumple los requisitos de ese asentimiento, la paciente dejó de suscribirlo y en forma alguna se menciona como posible lesión la acaecida. La ley ha dispuesto cómo ha de ser el formato y la jurisprudencia de las altas cortes han insistido en las exigencias que ha de cumplir (Carpeta 2a instancia, documento No.07).

6. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA DECIDIR

6.1. **LOS PRESUPUESTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA.** La ciencia procesal

mayoritaria¹ en Colombia los entiende como los *presupuestos procesales*. Otro sector²⁻³ opta por la denominación aquí formulada, pues resulta más sistemático con la regulación procesal nacional. La demanda es idónea y las partes tienen aptitud jurídica para participar en el proceso. No se aprecian causales de nulidad que afecten lo actuado.

6.2. LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA. Este examen es officioso, por manera que con independencia de lo alegado por las partes, corresponde siempre analizar su concurrencia, así entiende la CSJ⁴, en criterio que acoge sin reparos este Tribunal⁵. Cuestión diferente es el análisis de prosperidad de la súplica. La legitimación en la causa, está cumplida para ambos extremos de la relación procesal, así pasará a explicarse.

En orden metodológico, se impone definir primero el tipo de pretensión postulada en ejercicio del derecho de acción, para luego constatar quiénes están habilitados por el ordenamiento jurídico para elevar tal pedimento y quiénes están autorizados para resistirlo, es decir, esclarecida la súplica se determina la legitimación sustancial de los extremos procesales.

Al formularse la demanda no se especificó el tipo de responsabilidad (Se presentó ante la justicia laboral), sin embargo, el juzgador de primera instancia, en razonamiento que se comparte, lo entendió en ambas órbitas (Contractual y extracontractual), de forma acumulada, tal como admite la jurisprudencia de esta especialidad, desde antaño (CSJ)⁶, en

¹ DEVIS E., Hernando. El proceso civil, parte general, tomo III, volumen I, 7ª edición, Bogotá DC, Diké, 1990, p.266.

² LÓPEZ B., Hernán F. Código General del Proceso, parte general, Bogotá DC, Dupre editores, 2016, p.769-776.

³ ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal, procedimiento civil, tomo 2, ESAJU, 2020, 7ª edición, Bogotá, p.468.

⁴ CSJ. SC-1182-2016, reiterada en SC-16669-2016.

⁵ TSP, Civil-Familia. Sentencias del: (i) 01-09-2017; MP: Grisales H., No.2012-00283-02; (ii) 06-11-2014; MP: Arcila R., No.2012-00011-01; y, (iii) 19-12-2014; MP: Saraza N., No.2010-00059-02.

⁶ CSJ, Civil. Sentencias de (i) 17-11-2011, MP: Namén V.; No.1999-00533-01; (ii) 08-08-2011, MP: Munar C., No.2001-00778-01; y; (iii) 30-01-2001, MP: Ramírez G.; No.5507, entre otras.

discernimiento acogido por esta Sala⁷.

Hay legitimación de parte de la señora Olga Rocío Idárraga Alzate, pues fue quien como afiliada recibió los servicios médicos, es una relación jurídica contractual, además, este tipo de negocios está excluido de solemnidad alguna.

Por su parte, los señores María Rocío Alzate Puerta y Emilio Antonio Idárraga Colorado (Padres) y las menores Daniela Valencia Idárraga y Sara Lucía Torres Idárraga (Hijas), son ajenos a la mencionada relación comercial, su pretensión reparatoria es extracontractual o *aquiliana*, son “*víctimas indirectas o de rebote*”⁸, dado que reclaman los daños padecidos en forma colateral por las afecciones ocasionadas a quien es su hija y madre, señora Olga Rocío, por ende, en esa calidad, la súplica invocada es personal y no hereditaria⁹⁻¹⁰. Obran para acreditar tales parentescos los respectivos registros civiles (Carpeta 1ª instancia, cuaderno No.1, parte 1, folios 61, 64 y 66).

En lo atinente a la legitimación por pasiva, se tiene que a Cafesalud EPS SA y a la Corporación IPS Eje Cafetero, son las entidades a quienes la parte demandante, imputa la conducta dañina (Artículos 2341 y 2344, CC), por ser copartícipes en la causación del daño, al haber prestado servicios médicos a la paciente; en aplicación de la teoría de la “*coautoría en la producción del perjuicio*”¹¹. Por disposición legal, esas demandadas pueden ser llamadas a responder.

Como ya se dijera al decidir excepción previa, formulada por la segunda demandada en mención, se vinculó a la Corporación IPS Saludcoop,

⁷ TSP, Civil-Familia. Sentencias: (i) SC0001-2021; (ii) 30-07-2018, No.2016-00149-01; y, (iii) 07-12-2016, No.2012-00322-01 MP: Grisales H.

⁸ PIZARRO W. Carlos. La responsabilidad médica, Grupo editorial Ibáñez, Bogotá DC, 2018, p.27.

⁹ CSJ, Civil. Sentencia del 17-11-2011, MP: Namén V.; No.1999-00533-01.

¹⁰ TAMAYO J., Javier. Tratado de responsabilidad civil, tomo I, 2ª edición, Legis, Bogotá DC, 2007, p.126.

¹¹ SANTOS B., Jorge. Responsabilidad civil, tomo I, parte general, 3ª edición, Bogotá DC, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y Temis, 2012, p.498.

decisión que no tiene reparo, puesto que a esta le atribuye responsabilidad, por su intervención en la atención de la paciente (Artículo 2344, CC, la solidaridad directa y SC5885-2016).

6.3. EL PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER. ¿Se debe revocar, modificar o confirmar la sentencia desestimatoria, proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira, según el razonamiento de la apelación del extremo activo?

6.4. LA RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO

6.4.1. La apelación límite en segundo grado. En esta sede están definidos por los temas objeto del recurso, es una patente aplicación del modelo dispositivo en el proceso civil nacional (Arts. 320 y 328, CGP), es lo que hoy se conoce como la *pretensión impugnaticia*¹², novedad de la nueva regulación procedimental del CGP, según la literatura especializada, entre ellos el doctor Forero S.¹³. Discrepa, el profesor Bejarano G.¹⁴, al entender que contraviene la tutela judicial efectiva, de igual parecer Quintero G.¹⁵, mas esta Magistratura disiente de esas opiniones divergentes, en todo caso minoritarias.

Entiende, de manera pacífica y consistente, esta Colegiatura en múltiples decisiones, por ejemplo, las más recientes: de esta misma Sala y de otra¹⁶, que opera la aludida restricción. En la última sentencia mencionada, se prohibió

¹² ÁLVAREZ G., Marco A. Variaciones sobre el recurso de apelación en el CGP, En: INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Código General del Proceso, Bogotá DC, editorial, Panamericana Formas e impresos, 2018, p.438-449.

¹³ FORERO S., Jorge. Actividad probatoria en segunda instancia, En: INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Memorias del XXXIX Congreso de derecho procesal en Cali, Bogotá DC, editorial Universidad Libre, 2018, p.307-324.

¹⁴ BEJARANO G., Ramiro. Falencias dialécticas del CGP, En: INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Memorial del Congreso XXXVIII en Cartagena, editorial Universidad Libre, Bogotá DC, 2017, p.639-663.

¹⁵ QUINTERO G., Armando A. El recurso de apelación en el nuevo CGP: un desatino para la justicia colombiana [En línea]. Universidad Santo Tomás, revista virtual: *via inveniendi et iudicandi*, julio-diciembre 2015 [Visitado el 2020-08-10]. Disponible en internet: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6132861.pdf>

¹⁶ TS, Civil-Familia. Sentencias del 19-06-2020; MP: Grisales H., No.2019-00046-01 y (ii) 04-07-2018; MP: Saraza N., No.2011-00193-01, entre muchas.

lo argüido por la CSJ en 2017¹⁷, eso sí como criterio auxiliar; y en decisión posterior y más reciente, la misma Corporación¹⁸ (2019), ya en sede de casación reiteró la referida tesis. Arguye en su obra reciente (2021), el profesor Parra B¹⁹.:” *Tiene como propósito esta barrera conjurar que la segunda instancia sea una reedición de la primera y se repita esta innecesariamente. Además, respeta los derechos de la contraparte, pues esta se atiene a la queja concreta.*”.

Ahora, también son límites para la resolución del caso, el principio de congruencia como regla general (Art. 281, ibidem). Las excepciones, es decir, aquellos temas que son revisables de oficio son los asuntos de familia y agrarios (Art. 281, párrafos 1º y 2º, ibidem), las excepciones declarables de oficio (Art. 282, ibidem) y los eventos del artículo 282, inc.3º., ib.; también los presupuestos procesales²⁰ y sustanciales²¹, las nulidades absolutas (Art. 2º, Ley 50 de 1936), las prestaciones mutuas²² y las costas procesales²³, la extensión de la condena en concreto (Art.283, ibidem); cuando se ordenan pruebas en segunda instancia²⁴; la apelación adhesiva (Art.328, inc.2º, CGP); por último, es panorámica la competencia cuando ambas partes recurren, en lo desfavorable (Art.328, inciso 2º, CGP).

6.4.2. EL CASO CONCRETO

La censura se contrae, a las falencias que se atribuyen al otorgamiento del consentimiento informado y la manera en que se tuvo por probado en primer grado, se insiste que fue insuficiente; de tal manera que demostrada como entiendo, la falencia anotada, queda fundada la responsabilidad alegada.

¹⁷ CSJ. STC-9587-2017.

¹⁸ CSJ. SC-2351-2019.

¹⁹ PARRA B., Jorge. Derecho procesal civil, 2ª edición puesta al día, Bogotá DC, Temis, 2021, p.403.

²⁰ CSJ, SC6795-2017. También sentencias: (i) 24-11-1993, MP: Romero S.; (ii) 06-06-2013, No.2008-01381-00, MP: Díaz R.

²¹ CSJ. SC1182-2016, reiterada en la SC16669-2016.

²² CSJ, Civil. Sentencia del 15-06-1995; MP: Romero S., No.4398.

²³ LÓPEZ B., Hernán F. Procedimiento civil colombiano, parte general, 2016, 10ª edición, Dupré Editores, p.1055.

²⁴ ÁLVAREZ G., Marco A. Ob. cit., p.444.

Para esta Sala, tales circunstancias cuestionan, solo parcialmente, la desestimación que primera instancia hiciera de la culpa (El consentimiento), pues nada se discutió frente a la falta de prueba sobre la incorrecta identificación del nervio laríngeo (Carpeta 1ª instancia, carpeta 01- cuaderno principal, pdf.05. Sentencia, folio 9, 2º inciso) y que se alegó como error galénico advertido en la cirugía. De esta manera queda delineado el estudio en esta sede.

El consentimiento informado. Informar al paciente sobre los riesgos, incertidumbres, consecuencias y demás circunstancias (Alternativas terapéuticas, beneficios del procedimiento, entre otros), es un deber de los profesionales de la medicina (Artículos 15º y 5º, de las Leyes 23 de 1981 y 35 de 1989), para ello habrán de diligenciar un consentimiento, donde constará todo aquello que pueda comprometer el buen resultado del tratamiento al que se someterá.

La jurisprudencia de la CSJ²⁵, ha sido pacífica en resaltar su importancia y ha dicho que es cardinal, en la mayoría de los asuntos, que se acredite su existencia, sin que esté atado a determinada solemnidad, opera la libertad probatoria (Art.165, CGP), pues puede probarse a través de diferentes medios, como el registro que se deja en la historia clínica, así lo comentan, con apoyo al Decreto 3380 de 1981 (Reglamentario de la Ley 23 de 1981), los tratadistas Monsalve C. y Navarro R.²⁶. Es una carga que corresponde al médico²⁷, trátase de una obligación de resultado²⁸.

La demanda afirmó que a la señora Olga Rocío no se le propusieron alternativas de tratamiento, dejaron de explicársele los riesgos y consecuencias negativas que podría traer la tiroidectomía total, en especial, la parálisis de la cuerda vocal izquierda, la disfonía, el dolor que la lesión del

²⁵ Entre muchas, (i) SC-4786-2020, (ii) SC-2804-2019, (iii) SC-5641-2018, (iv) SC-2506-2016 y (v) SC-9721-2015.

²⁶ MONSALVE C. Vladimir y otra. El consentimiento informado en la praxis médica, Colección ensayos No.25, Editorial Temis, 2014, Bogotá DC, P.199.

²⁷ CSJ, SC-2506-2016.

²⁸ CSJ, SC-4786-2020.

nervio laríngeo le causaría; en suma, la pérdida de la voz y demás afecciones padecidas (Carpeta 1ª instancia, cuaderno principal, pdf. 01- CUADERNO PRINCIPAL, folios 14-16, hechos 23-29).

El fallo apelado desechó ese aserto, con estribo en el análisis que hizo de la atestación de la doctora Margarita María Nava Rodríguez, la historia clínica y la declaración misma de la actora.

Para esta Sala, la razón esta de parte del estrado judicial, pues en efecto los aludidos medios probatorios dan cuenta de que el consentimiento se otorgó, con información completa, tal como pasará a exponerse.

Sea lo primero decir que la deponencia de la doctora Nava R, tal como expresara la primera instancia, es un testimonio técnico, por ser quien atendió directamente a la paciente y le practicó el procedimiento, según intelección esclarecida de tiempo atrás por esta Sala, con apoyo en la ilustración académica que puede consultarse en las obras de los profesores Devis E.²⁹, Serrano E.³⁰, Bermúdez M.³¹ o Rojas G.³², referida en extenso en decisiones precedentes³³ y en la jurisprudencia de la CSJ (2020³⁴). En su declaración, realizada el 12-02-2014, la profesional señaló:

...La paciente Olga Rocío Idarraga (..) llegó a mi consulta de cirugía general en febrero de dos mil diez (...) en ese momento la paciente no refería ningún síntoma (...), se le dio la orden para una biopsia guada (Sic) por ecografía y cita de control con resultado, a la siguiente consulta la paciente trae un reporte (...) y dado que la paciente se encontraba asintomática se le explico que por el momento no era necesaria una cirugía dado que los riesgos inherentes a este procedimiento pueden llegar hacer (Sic) altos dado que ella no refería ningún síntoma (...), la paciente regresa de

²⁹ DEVIS E., Hernando. Teoría general de la prueba judicial, tomo segundo, 5ª edición, Bogotá DC, Temis, 2006, p.65.

³⁰ SERRANO E., Luis G. Tratado de responsabilidad médica, Bogotá DC, Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 2020, p.703 ss.

³¹ BERMÚDEZ M., Martín. Del dictamen judicial al dictamen de parte, 2ª edición, Bogotá DC, Legis SA, 2016, p.110.

³² ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal, tomo III, pruebas civiles, ESAJU, Bogotá DC, 2015, p.364.

³³ Entre otras las sentencias de: (i) 01-11-2016, No.2012-00290-01; (ii) 14-06-2017, No.2012-00262-01; (iii) 23-08-2018, No.2012-00291-01; y, (iv) 03-02-2021, No.2015-00262-01.

³⁴ CSJ. SC-5186-2020 y SC-9193-2017.

nuevo a mi consulta un año después (...), dado que de nuevo la paciente había decidido volver a mi consulta le recordé lo que habíamos hablado anteriormente en cuanto a los riesgos de la cirugía que incluían básicamente infección, sangrado y disfonía por lesión del nervio laríngeo recurrente, la paciente me dijo que no sabía que era disfonía y yo le explique qué significaba ronquera o pérdida parcial de la voz, ella me preguntó que si podía quedar muda, yo le dije que no, que no era posible pero que uno de los principales riesgos al lesionar el nervio era tener cambios importantes en la voz e incluso quedar hablando ronco, después de esto le hice la orden de cirugía de tiroidectomía total ...

(...)

PREGUNTADO. Con forme (Sic) a las condiciones clínicas y patológicas de la paciente para la consulta del nueve de abril del año dos mil diez que fueron referidas era mandatario y prudente llevar a la cirugía a la señora Olga Rocío.- CONTESTO. En el momento de dicha consulta y dado que se trata de una patología benigna considere que no era necesario que la paciente se sometiera a dicho procedimiento debido a que el riesgo de complicaciones en cuanto al beneficio del procedimiento eran mayores le explique que por el momento no ameritaba que asumiera el riesgo de una cirugía ya que lo que tenía según la biopsia no era maligno ...

PREGUNTADO. Indíqueles cuáles son los riesgos inherentes a una tiroidectomía total como la realizada a la paciente. CONTESTO. Los riesgos de este procedimiento corresponde con el tamaño del crecimiento de los lóbulos tiroideos, es decir a mayor tamaño de la glándula tiroides mayor riesgo de complicaciones, ésta es la razón por la cual a pesar de considerarse el bocio como una patología benigna, cuando su tamaño ha doblado o triplicado el tamaño normal de la glándula tiroides es necesario considerar la cirugía debido a que aparte de los riesgos de cualquier cirugía como son: infección o sangrado *en esta cirugía particular el riesgo de hipoparatiroidismo y lesión del nervio laríngeo recurrente es mayor cuando por el tamaño de la glándula tiroides hay compromiso de la fosa supraexternal y el espacio intratorácico.*

PREGUNTADO. A folio 63 del cuaderno principal obra valoración pre-quirúrgica realizada a la paciente por el equipo multidisciplinario que la trato. Indíquenos si allí se encuentra anotado que a la paciente se le explican los riesgos de dicha cirugía. CONTESTO. La paciente fue valorada en forma pre-anestésica por la doctora Sonia Claudia Montenegro. Anestesióloga, quien recomienda un ayuno mayor de ocho horas, se dan recomendaciones, se explica riesgos y posibles complicaciones. PREGUNTADO. – Manifiéstele al despacho si usted como cirujana realizo la explicación de riesgos a la paciente y obtuvo el consentimiento informado así como cuál es el medio de obtención

de dicho consentimiento. CONTESTO. Yo le expliqué a la paciente muy bien los riesgos de la cirugía, incluso desde antes de decidir cualquier procedimiento, cuando la paciente vino a mi consulta con el reporte de la patología *yo le explique que el principal riesgo era la disfonía o sea la ronquera* (...) y nuevamente cuando le di a la paciente los papeles de la cirugía le explique de nuevo los riesgos del procedimiento y ella firmo un consentimiento que se realiza antes de ingresar al quirófano (Todo el resaltado es extratextual) (Carpeta 1ª instancia, cuaderno 04- CUADERNO PRUEBAS COMUNES, pdf. 01-CUADERNO PRUEBAS COMUNES PARTE DEMANDANTE CAFESALUD, folios 2-7).

Enseguida expuso, entre otros aspectos: (i) Las alternativas terapéuticas que podrían realizarse para el diagnóstico de la señora Olga Rocío y las razones por las cuáles no eran recomendables para ella; (ii) El porcentaje en que se presenta la lesión del nervio laríngeo; (iii) Insistió en que la paciente suscribió el consentimiento y que debía estar en la historia clínica, sin que recordara, expresamente, el contenido completo del documento y, entonces, no podría decir si esa lesión estaba allí descrita (Ídem, folios 7-12).

Al revisar esa declaración, se advierte válida y eficaz e idónea porque acata las pautas reconocidas por la jurisprudencia probatorista privada, ya de antaño (1993³⁵⁻³⁶) y aún vigentes, pese al cambio de estatuto procesal civil, acogidas también por la doctrina, entre otros, el profesor Azula Camacho³⁷, que predica que las declaraciones deberán ser: (i) responsivas; (ii) exactas; (iii) completas; (iv) expositivas de la ciencia de su dicho; (v) concordantes, esto es, constantes y coherentes consigo mismas; y además, (vi) armónicas con los resultados de otros medios de prueba. Esto criterios se contienen en el artículo 221, CGP.

Nótese que puede catalogarse de responsiva en cuanto es relato que se percibe espontáneo, explicativo de la forma como conoció de los hechos narrados, con respuestas verosímiles en el contexto de lo alegado y circunstanciadas en tiempo, modo y lugar, amén de que proviene de una

³⁵ CSJ, Civil. Sentencia del 07-09-1993; MP: Carlos E. Jaramillo S., No.3475.

³⁶ CSJ, Civil. Sentencia del 04-08-2010; MP: Pedro O. Munar C.

³⁷ AZULA C., Jaime. Manual de derecho procesal, tomo VI, pruebas judiciales, Temis, Bogotá DC, 2015, p.97 y ss.

testigo presencial o directa. Es completo porque refirió los datos principales de la atención a la paciente; y, concordante, esto es, constante en las explicaciones, así como coherente entre sí. Sirve también para la debida ponderación que ninguna animadversión se percató en las respuestas como para degradar su credibilidad.

El poder suasorio de esa atestación, tal como señalara el fallo, se robustece con la historia clínica que documenta: **(i)** La secuencia cronológica de atenciones a la señora Olga R., por parte de la citada profesional (Carpeta 1ª instancia, cuaderno principal, pdf. 01- CUADERNO PRINCIPAL, folios 104-130); **(ii)** La recomendación inicial de abstenerse del procedimiento, ante la falta de síntomas que lo ameritaran (Ídem, folio 108); y, **(iii)** El registro de la valoración preanestésica, donde se lee “(...) se dan recomendaciones, se explican riesgos y posibles complicaciones (...)” (Ídem, folio 124).

Ahora, para examinar el interrogatorio de la señora Olga Rocío, debe tenerse en cuenta que no es propiamente prueba, ya que cuando la parte declaraba en vigencia del CPC se buscaba propiciar la confesión (Diferente es la situación regulada hoy por el CGP, inaplicable al caso - artículo 624, modificadorio del artículo 40, Ley 153 de 1887-); pues a nadie le es permitido crearse su propia prueba, tal como lo ha dicho la doctrina jurisprudencial de la CSJ³⁸, en tesis acogida, también, por el Alto Tribunal Constitucional³⁹.

Esta versión, en modo alguno, muestra hechos que sean de carácter adverso a sus intereses o acaso favorecedores a la parte demandada; empero, de nuevo, acierta la sentencia criticada, cuando afirma que es una versión que luce hartamente escueta, carente de detalles, que omitió mencionar las consultas previas en las que se le recomendó no hacer la cirugía, por las complicaciones que podría tener (Carpeta 1ª instancia, cuaderno principal, pdf. 03- CUADERNO PRINCIPAL - Tomo 3, folios 4-7).

³⁸ CSJ. Civil. Sentencias: (i) Del 25-11-2004, MP: Munar C., No.7246; y (ii) Del 01-11-2011, MP: Díaz R., No.2002-00292-01.

³⁹ C-102 de 2005.

Pero si se quiere, en estricto rigor, puede aseverarse que la actora si conversó con la médica sobre riesgos que pudiera tener e incluso suscribió el consentimiento, así se desprende de la expresión: “(...) yo entre a cirugía y yo recuerdo que firme (Sic) un documento pero ya a ella le pregunto (Sic) si había mucho riesgo (...)” (Ídem, folio 6).

En ese orden de ideas, contrario al querer del impugnante y pese a que no obra en la historia clínica, un documento independiente que registre el consentimiento otorgado (Formato), lo cierto es que el examen de los medios probatorios explicados, permiten afirmar que sí se dio el asentimiento y que estuvo mediado de una información completa y detallada, sobre todo en lo que tiene que ver con el riesgo que se materializó.

No sobra señalar que, en todo caso, aunque se hubiere demostrado que se incurrió en ese error por parte del personal médico que atendió a la actora, lo cierto es que ello sería insuficiente para condenar, de un lado, porque como se dijera líneas atrás, aquí dejó de cuestionarse la ausencia de prueba sobre que lesión de los nervios de la laringe (Daño en salud) fue producto de una mala praxis y, de otro, porque la precariedad al informar al paciente, en modo alguno, ocasiona el daño pérdida de la voz, no es su causa material o fenomenológica, afectaría es su libre derecho a elegir. Esta aseveración en sintonía con el criterio de la CSJ⁴⁰, que señaló:

... Pero de allí no se sigue que los daños reclamados sean la consecuencia inevitable del incumplimiento atribuido al galeno sobre la necesaria y suficiente información que debe brindar a su paciente con miras a que esta, en forma libre y voluntaria, pueda ejercer su derecho de autodeterminarse en lo tocante a la intervención médica que se le plantea, pueda contar con información suficiente acerca de las diversas opciones que la ciencia ofrece a su padecimiento y cuente además con conocimiento adecuado sobre los riesgos previstos, usuales o no, en cada una de las posibilidades.

En efecto, si el daño jurídicamente relevante es aquella lesión antijurídica a un interés lícito ajeno, debe establecerse que la

⁴⁰ CSJ. SC2804-2019.

conducta violatoria de ese interés esté causalmente conectada con el perjuicio objeto de reclamación judicial. En esta litis son los daños materiales y morales padecidos por la demandante “*como consecuencia de las cirugías que le practicó*” el demandado “*cuando la paciente no calificaba en forma óptima y segura para esta clase de cirugía*” (f. 69, c. 1).

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

Posición que, además, es concordante con la doctrina especializada⁴¹⁻⁴². Corolario de lo expuesto, insuficientes resultan los argumentos del recurrente, para derruir la decisión reprochada.

7. LAS DECISIONES FINALES

Todo el discernimiento planteado en las premisas que anteceden, sirve para desechar la apelación y confirmar el fallo en su integridad. Se condenará en costas en esta instancia, a la parte demandante, y a favor de la parte demandada, por haber perdido el recurso (Artículo 365-1º, CGP).

La liquidación de costas se sujetará, en primera instancia, a lo previsto en el artículo 366 del CGP, las agencias en esta instancia se fijarán en auto posterior CSJ⁴³ (2017). Se hace en auto y no en la sentencia misma, porque esa expresa novedad, introducida por la Ley 1395 de 2010, desapareció en la nueva redacción del ordinal 2º del artículo 365, CGP.

⁴¹ LÓPEZ M., Marcelo. La responsabilidad civil médica, responsabilidad de sanatorios y hospitales, en el nuevo Código Civil y Comercial, derecho comparado, B de F Buenos Aires, A, 2ª edición, 2016, p.433.

⁴² MONSALVE C., Vladimir y NAVARRO R., Daniela. El consentimiento informado en la praxis médica, 2014, Temis y Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá DC, p.174.

⁴³ CSJ. STC-8528 y STC-6952-2017.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA, SALA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA, administrando Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA,

1. CONFIRMAR el fallo proferido el día **13-05-2020** por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira, R.
2. CONDENAR en costas en esta instancia, a la parte demandante, y a favor de la parte demandada. Se liquidarán en primera instancia y la fijación de agencias de esta sede, se hará en auto posterior.
3. DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE,

DUBERNEY GRISALES HERRERA
MAGISTRADO

EDDER J. SÁNCHEZ C.
MAGISTRADO

JAIME A. SARAZA NARANJO
MAGISTRADO

DGH / DGD / 2021

LA PROVIDENCIA ANTERIOR
SE NOTIFICÓ POR ESTADO DEL DÍA

07-07-2021

CÉSAR AUGUSTO GRACIA LONDOÑO
SECRETARIO

Firmado Por:

DUBERNEY GRISALES HERRERA
MAGISTRADO

EXPEDIENTE No.2012-00298-02

SALA 001 CIVIL FAMILIA TRIBUNAL SUPERIOR DE RISARALDA

**EDDER JIMMY SANCHEZ CALAMBAS
MAGISTRADO**

SALA 003 CIVIL FAMILIA TRIBUNAL SUPERIOR DE RISARALDA

**JAIME ALBERTO ZARAZA NARANJO
MAGISTRADO**

SALA 004 CIVIL FAMILIA TRIBUNAL SUPERIOR DE 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:

8ea7eecd99336ded662b30d4edd3812435c86cfd2d37973ddbbe2do4cooc67

Documento generado en 06/07/2021 08:03:46 AM