

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SÉPTIMO CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI
Radicación No. 76001-31-03-007-2019-00051-00**

Santiago de Cali, 4 de marzo de 2021

CLASE DE PROCESO: VERBAL

TIPO DE PROCESO: DECLARATIVO

SUBCLASE: RESPONSABILIDAD CIVIL

DTES: MANUEL ANTONIO BUSTOS GONZÁLEZ, DOLORES PAREDES PATIÑO, MANUEL ANTONIO BUSTOS PAREDES, DIEGO ARMANDO BUSTOS PAREDES y AGIE GISETH BUSTOS PAREDES.

DEMANDADO: FABILU LTDA

LLAMADAS EN GARANTÍA: SEGUROS DEL ESTADO S.A. y LUIS FERNANDO GARCÍA RUIZ

Entra a decidir este Despacho a proferir sentencia escritural de primera instancia dentro del presente proceso, procediendo a realizar una síntesis de la demanda y su contestación en los términos del artículo 280 del C.G.P.:

1. Parte Descriptiva

1.1. Descripción del caso objeto de decisión

Hechos

Primero. El señor MANUEL ANTONIO BUSTOS GONZÁLEZ, el 22 de septiembre del año 2013 sufrió un accidente de tránsito en su motocicleta cuando se dirigía a su lugar de residencia ubicado en la vereda Domingullo del municipio de Santander de Quilichao, departamento del Cauca, por lo que debió ser trasladado hasta el Hospital Francisco de Paula Santander en la cabecera municipal, donde luego de hacerle una radiografía en su brazo derecho se evidenció una fractura en el húmero de esa extremidad superior.

Segundo. Dado que el demandante requería atención especializada que no podía ser prestada en el Hospital Francisco de Paula Santander, debió ser trasladado a la CLÍNICA COLOMBIA ubicada en la ciudad de Cali, de propiedad de FABILU LTDA (hoy FABILU S.A.S.) para recibir atención médica por la especialidad de ortopedia, con cargo al seguro obligatorio de accidente de tránsito (SOAT) a cuyo ingreso el mismo día 22 de septiembre de 2013, se dejó constancia en la historia clínica de haber sido remitido por evidenciarse en la radiografía una fractura del tercio medio de húmero y diagnóstico de fractura de la diáfisis del húmero, siendo dejado en hospitalización.

Tercero. El 27 de septiembre fue ingresado a cirugía por la especialidad de ortopedia, sin previo diligenciamiento del consentimiento informado, para ser sometido a una cirugía de reducción abierta de fractura de diáfisis de húmero con fijación interna con dispositivos de fijación u osteosíntesis, tenorrafia de flexores de antebrazo, sutura del tendón bicipital por endoscopia y ligamentorrafia o reinscripción de ligamentos.

Cuarto. El día 29 de septiembre fue revisado por el médico general de turno quien consignó en la evolución médica que la placa de la radiografía de control

postquirúrgico mostraba un fragmento de la fractura ligeramente desviado en proyección oblicua, sin haber sido atendido por el ortopedista que realizó la cirugía ni ningún otro galeno de la misma especialidad.

Quinto. A pesar del resultado de la radiografía fue dado de alta el 30 de septiembre del año 2013. A su salida le manifestaron que los controles postquirúrgicos debían practicarse a través de su EPS porque el SOAT se había agotado.

Sexto. El 20 de marzo de 2014 acudió el señor MANUEL ANTONIO BUSTOS a cita médica de control en COMFENALCO EPS, consignándose por el médico tratante, en el acápite correspondiente al examen físico, el resultado de una radiografía ordenada por el ortopedista Carlos Lemos, el 13 de febrero de 2014, la cual mostraba una pseudo artrosis en el húmero derecho, lo que condujo a ser hospitalizado el 7 de mayo de 2014 para ser sometido a una nueva cirugía por ortopedia para lograr la reconstrucción de múltiples osteopatías y la fijación interna mediante dispositivos de fijación del miembro superior derecho, durante la cual, al se encontró al realizar el retiro del material de osteosíntesis del húmero derecho, se encontró el mismo suelto y con los tornillos distales rotos, observando además metalosis. Se indica en la demanda, que dicho material de osteosíntesis correspondía al material implantado en la primera cirugía de húmero derecho a que fue sometido el demandante.

Pretensiones

En cuanto a las pretensiones, se solicita pago de perjuicios morales y afectación a la vida de relación a favor de cada uno de los demandantes.

Contestación y excepciones a la demanda

Primero. FABILU LTDA, manifestó oponerse a todas las pretensiones de la demanda, afirmando que el señor MANUEL ANTONIO BUSTOS GONZÁLEZ, otorgó su consentimiento informado al médico ortopedista tratante para la realización del procedimiento quirúrgico al que fue sometido, apegado a los protocolos y guías de manejo, según su criterio médico, utilizando el material de osteosíntesis adecuado para la fractura que presentó el paciente, que fue de tercio proximal de húmero derecho, habiendo salido en buenas condiciones de la CLÍNICA COLOMBIA, proponiendo las excepciones de inexistencia de responsabilidad y prescripción de la acción.

Llamados en garantía

SEGUROS DEL ESTADO S.A. Respecto a los hechos y pretensiones de la demanda coadyubó las excepciones propuestas por FABILU LTDA y propuso, de manera adicional, la excepción perentoria de "inexistencia de prueba de perjuicios materiales e indebida tasación de estos".

Frente a los hechos y pretensiones del llamamiento en garantía, si bien aceptó la existencia de la póliza de seguro de responsabilidad civil No.14-03-101000438 en cuanto a su anexo 7, a su vez, se opuso a las pretensiones de la demanda de llamamiento en garantía, teniendo en cuenta que en la hoja número 2 del anexo 7 de la póliza se pactó la exclusión del daño moral.

LUIS FERNANDO GARCÍA RUIZ. A través de curadora ad litem manifestó ajustarse a lo que se decida dentro del proceso.

2. Alegatos de conclusión de las partes

La parte demandante insistió en los hechos y pretensiones de la demanda.

Las demandadas, de igual manera, reiteraron su oposición a la demanda.

3. Decisiones parciales sobre el proceso

Encuentra el Despacho cumplidos los presupuestos de jurisdicción y competencia. Se encuentra plenamente probada la legitimidad en causa tanto por activa como pasiva; el juzgado es el competente para conocer del proceso tanto por el domicilio de los demandados como por la cuantía del proceso y no se evidencia ninguna causal de nulidad que dé lugar a la invalidación de lo actuado.

4. Problema jurídico principal y asociados

4.1 Determinar si existe o no responsabilidad civil médica por parte de FABILU LTDA, a título de mala praxis médica por error de procedimiento, al decidir realizar, como tratamiento quirúrgico para intervenir la fractura de tercio medial de húmero derecho del señor MANUEL ANTONIO BUSTOS GONZÁLEZ, la implantación de una placa de osteosíntesis y tornillos para fracturas de tercio proximal y no, una placa y tornillos para fracturas de tercio medio y, si como consecuencia de ese procedimiento se ocasionaron al demandante y sus familiares de los daños y perjuicios pretendidos.

4.2 Determinar si hay lugar o no a condenar a las llamadas en garantía a que asuman al pago de la condena que sea impuesta a sus aseguradas.

5. Tesis del despacho

5.1 Reconocer la existencia de responsabilidad civil en cabeza de FABILU LTDA, por el error de procedimiento del médico ortopedista a cargo de la cirugía de reducción abierta de fractura en diáfisis de húmero de derecho con fijación interna del señor MANUEL ANTONIO BUSTOS GONZÁLEZ, al implantarle una placa diseñada para fijar fracturas de tercio proximal y no de tercio medio de húmero, mediante la colocación de tornillos de diámetro inferior al que requieren este tipo de fractura, lo que condujo a que no se produjera una consolidación de la fractura, debido a que el material de osteosíntesis no se logró fijar adecuadamente, ocasionando metolisis y pseudo artrosis al paciente, conllevando a la realización de una cirugía de reconstrucción para corregir los errores presentados en la primera cirugía..

5.2 Respecto a la llamada en garantía, SEGUROS DEL ESTADO S.A., la misma será condenada a pagar a FABILU LTDA la condena que le sea impuesta dentro de este proceso, únicamente por concepto de afectación a la vida de relación, dado que si bien en la póliza de seguro de responsabilidad civil No. 14-03-101000438, se excluyó el daño moral en el punto 17 de las exclusiones pactadas en el anexo No.7, también es cierto, que no se excluyó el pago de la indemnización por afectación a la vida de relación, categoría que corresponde a la tipología de daño extrapatrimonial distinta al daño moral, como bien lo han reconocido la doctrina y la jurisprudencia patria.

5.2 En cuanto al llamado en garantía LUIS FERNANDO GARCÍA RUIZ, teniendo en cuenta la existencia de una relación contractual entre aquel y FABILU LTDA para la prestación de servicios médicos en las áreas de cirugía general y ortopedia, donde se incluyó una cláusula de indemnidad a favor de FABILU LTDA, en caso de presentarse reclamaciones judiciales con motivo de los servicios prestados por el contratista, el mismo será condenado a concurrir al pago de la condena que sea impuesta a su llamante en garantía.

Esta tesis se sustentará con fundamento en las siguientes argumentos fácticos y jurídicos:

6. Consideraciones

6.1 Hechos Relevantes Probados

1. Está demostrado que el señor MANUEL ANTONIO BUSTOS GONZÁLEZ, sufrió un accidente de tránsito en su motocicleta el día el 22 de septiembre del año 2013 cuando se dirigía a su lugar de residencia ubicado en la vereda Domingullo del municipio de Santander de Quilichao, departamento del Cauca, por lo que debió ser trasladado hasta el Hospital Francisco de Paula Santander en la cabecera municipal, donde luego de hacerle una radiografía en su brazo derecho se evidenció una fractura de tercio medio de húmero ligeramente desplazada, como consta en la historia clínica de esa IPS (f. 5 de 21 del traslado de prueba de oficio).
2. Está demostrado que ese mismo día, en hora nocturna, el señor BUSTOS GONZÁLEZ ingresó a la CLÍNICA COLOMBIA, IPS de propiedad de FABILU LTDA, para ser atendido por equipo médico especializado, previa remisión por el Hospital Francisco de Paula Santander.
3. A su ingreso a la Clínica Colombia, el señor BUSTOS GONZÁLEZ, fue diagnosticado con fractura de la diáfisis del húmero, como se indica en la historia clínica de esa institución de salud (f.44/347 cuaderno 01), correspondiente al tercio medio como se consignó en las evoluciones correspondientes a los días 23 a 29 de septiembre de 2013, como también se indicó en el acápite de descripciones técnicas quirúrgicas de la cirugía realizada por el médico ortopedista, doctor LUIS FERNANDO GARCÍA RUIZ, quien indicó "fractura tercio proximal con medio traxzo oblicuo largo" (f.62/347 C01). Así también lo corroboran la radiografía aportada con la demanda (f.119/347 C01) y el dictamen pericial aportado por los demandantes en las respuestas a las preguntas 6 y 7 (f.123/347 C01). No obstante, en los hallazgos de la descripción quirúrgica se consignó "fractura del tercio proximal de humero (sic)derecho desplazada" (f.63/347 C01), la radiografía posteriormente realizada, como la previa tomada en el Hospital Francisco de Paula Santander, así como el dictamen pericial de la parte demandante, dan cuenta de que la fractura se presentó en la región medial del húmero del brazo derecho del señor MANUEL ANTONIO BUSTOS GONZÁLEZ, por lo que se puede concluir con mediana claridad que fue esa la zona de la fractura y no la proximal, pues así lo corrobora la mayoría de la evidencia y la prueba técnica, la cual cumple con todos los requisitos señalados en el inciso quinto del artículo 226 del C.G.P. y en el artículo 232 *ejusdem*.
4. Está probado, conforme a la historia clínica, que el demandante fue sometido a cirugía de reducción abierta de fractura en diáfisis de húmero con fijación interna con placa húmero proximal con tornillos de bloqueo de 3.5 el día 27 de septiembre de 2013 (f.62/347 C01), por parte del doctor LUIS FERNANDO GARCÍA RUIZ.
5. Está demostrado que se dio de alta al paciente el día 30 de septiembre de 2013, como se indica en la historia clínica.
6. Posteriormente, el paciente acudió ante su EPS, COMFENALCO VALLE DEL CAUCA, para ser atendido en su post operatorio, acudiendo a múltiples terapias y citas médicas de seguimiento y valoración, así como también le ordenaron múltiples incapacidades ante la evolución tórpida de la cirugía a la que fue sometido, como figura a folios 53 a 117 del cuaderno 01.
7. El día 20 de marzo de 2014, el señor MANUEL BUSTOS, acudió a cita médica (f.95/347 C01) con el ortopedista Carlos Arturo Lemos Torres, con resultados de radiografía realizada por orden médica previa del día 18 del mismo mes (f.94/347 C01), diagnosticando el ortopedista "falta de consolidación de fractura (seudo artrosis)", observando "movilidad en el foco de fractura del humero (sic) derecho", por lo que dispuso la realización de una cirugía reconstructiva del húmero, con retiro del material de osteosíntesis, nueva osteosíntesis e injertos de cresta ilíaca, solicitando programar con prioridad la cirugía.
8. El día 7 de mayo de 2014 fue sometido el paciente a la cirugía mencionada en el punto anterior, indicándose dentro de los hallazgos de la descripción quirúrgica que se disecó el nervio radial y al llegar al foco de la pseudo artrosis

- se retiró el material de osteosíntesis del húmero derecho, encontrando suelto y con todos los tornillos distales rotos, observando metalosis¹
9. De acuerdo al dictamen pericial aportado por la parte demandante, elaborado por el ortopeda traumatólogo, CARLOS FERNANDO COBO, el cual no fue refutado con otro dictamen pericial por la parte demandante, profesional idóneo con amplia experiencia en el campo de su experticia, según su hoja de vida y la sustentación que del dictamen hizo en la audiencia de juzgamiento, la placa y los tornillos utilizados por el doctor GARCÍA RUIZ, no eran los adecuados para el tipo de fractura que sufrió el demandante, dado que por ser una fractura de tercio medial del húmero se requería una placa de compresión dinámica DCP o una placa de compresión dinámica de bajo contacto LDCP o en su defecto, un clavo endomedular bloqueado; no obstante, que en su criterio esbozado en audiencia, es preferible en estos casos, utilizar las placas por ser más fáciles de instalar y generar menor riesgo en el paciente, contrario a la placa tercio proximal utilizada que tiende a levantarse sobre una superficie tubular como es el tercio medio del húmero, además que los tornillos de fijación queden separados de la diáfisis y no cumplan cabalmente con su función. Asimismo, manifestó en audiencia que el médico tratante debió colocar tornillos de 4.5mm para lograr mejor fijación de la placa y no tornillos proximales de 3.5mm que no producen su adecuada fijación, la fractura puede no consolidarse y pasar a ser una pseudo artrosis.
 10. Como consecuencia de la pseudo artrosis ocasionada por la mala praxis médica, el paciente vio perjudicada su recuperación, siendo sometido a dolores intensos durante los meses posteriores a la cirugía inicial de reducción de la fractura de húmero, viendo limitada su capacidad de movimiento del brazo derecho, sin que hubiese logrado ninguna mejoría significativa, debiendo exponerse a una cirugía correctiva y a un nuevo proceso de recuperación, perdiendo el periodo previo a la nueva intervención quirúrgica, generando secuelas físicas, consistente en un defecto óseo por la pseudo artrosis que debió ser rellenado con injertos óseos tomados de la cresta iliaca derecha (f.106 C01), debiendo someterse a más sesiones de terapia para lograr recuperación de masa muscular y movimiento del hombro y del codo derecho.
 11. De conformidad con la declaración vertida en su interrogatorio de parte, esa situación afectó su estabilidad emocional, principalmente por no obtener la recuperación esperada, generando frustración en él y en los demás demandantes.
 12. Sumado a lo anterior, el señor BUSTOS GONZÁLEZ, ha perdido movilidad en el brazo derecho y permanece con dolor, lo cual le impide realizar actividades cotidianas en su calidad de campesino, como labrar la tierra, cargar herramientas de arado y similares, como también el vestirse por sí mismo con comodidad y en el ejercicio de su profesión como docente escribir en el tablero, entre otras, afectando su vida de relación, lo que se demuestra con los interrogatorios rendidos por su cónyuge y sus hijos, quienes dieron fe de la imposibilidad física actual del demandante para realizar actividades cotidianas y otras que le representaban placer.
 13. Por otro lado, está demostrado que, entre FABILU LTDA, como tomador y asegurado, y SEGUROS DEL ESTADO S.A., como aseguradora, se suscribió la póliza de responsabilidad civil profesional No.14-03-101000438 vigente para la fecha de los hechos, en el cual se pactó la exclusión de las reclamaciones por daño moral, más no por daño a la vida de relación, con una cobertura de \$500.000.000 por errores en la entrega de medicamentos y con un deducible del 15% del valor de la pérdida, mínimo 5 SMMLV.
 14. También está demostrado que entre FABILU LTDA y LUIS FERNANDO GARCÍA RUIZ, se suscribió en el mes de agosto del año 2013 un contrato de prestación de servicios médicos profesionales a cargo del último, donde se comprometió

¹ La metalosis se define como una corrosión debida a la erosión de los componentes metálicos, que producen partículas que inducen una reacción de hipersensibilidad. Generalmente es asintomática y la aparición de dolor o rigidez se debe al aflojamiento secundario de la prótesis (<https://www.reumatologiaclinica.org/es-metalosis-como-causa-dolor-e-articulo->)

a dejar indemne a su contratante como consecuencia de las reclamaciones judiciales que se produjeran en su contra por actos realizados en el marco de ese contrato, como se divisa en el contrato aportado como sustento para justificar su llamado en garantía.

15. Está demostrado el grado de parentesco existente entre el señor MANUEL ANTONIO BUSTOS GONZÁLEZ y los demás demandantes.

6.2 Recuento normativo, jurisprudencial y doctrinario aplicable al caso.

Para dar inicio al análisis normativo a realizar dentro del caso objeto de estudio se partirá por definir de manera amplia el marco normativo aplicable, el cual está consagrado en los artículos 1613 y 2341 del Código Civil que define la Responsabilidad Civil Contractual, la Ley 23 de 1981 y el Decreto 3380 de 1981 por la cual se dictan normas de ética médica, el Decreto 1995 de 1999, que establece las normas para el manejo de la historia clínica, el Decreto 1011 de 2006 sobre la Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la Ley 1122 de 2007 que trata sobre el aseguramiento en salud y la Ley 1715 de 2015 o Ley Estatutaria de la Salud.

Dicho lo anterior, empezará este análisis haciendo especial énfasis en los dos elementos deontológicos cardinales del acto médico que constituyen la nuez de los problemas jurídicos a resolver, cuales son, el consentimiento informado y los límites de la responsabilidad médica.

6.2.1 De la tipología del daño

Respecto al daño, ha dicho el tratadista Javier Tamayo Jaramillo, que *“es el menoscabo o pérdida patrimonial o extrapatrimonial, derivada de la lesión a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial (económico) o extrapatrimonial (no económico). Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente a la víctima.”*²

De esta definición se extrae que existen dos categorías, a grandes trazos, de daños indemnizables, los patrimoniales y los extrapatrimoniales, encajando en los primeros, el lucro cesante y el daño emergente, y en los segundos el daño moral y el daño a la vida de relación, así como también los denominados bienes de especial protección constitucional como la libertad, la honra y el buen nombre, entre otros.³

6.2.2 De la responsabilidad médica y sus límites.

La responsabilidad de los médicos por defectuosa prestación del servicio o mala *praxis* médica, tradicionalmente se ha tenido como una obligación de medio y no de resultado atendiendo la naturaleza social de la profesión, lo que conlleva al compromiso de poner a favor del paciente toda la diligencia y el cuidado de la ciencia médica en procura de la mejoría de la salud (juramento hipocrático), tal como lo consagra la Ley 23 de 1981, en particular su artículo 16 que establece que la responsabilidad del médico por reacciones adversas inmediatas o tardías producidas por el riesgo del tratamiento no irá más allá del riesgo previsto, siempre y cuando el médico advierta al paciente, a sus familiares o allegados, como también lo indica el artículo 10 del Decreto 3380 de 1981. En este sentido, será el demandante a quien corresponda probar que el daño ha ocurrido por culpa del médico o de las instituciones encargadas de optimizar y facilitar el servicio.

Respecto a los deberes del médico en relación con su paciente, el artículo 1° de la Ley 23 de 1981 señala que *“1.La medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades,*

² Tamayo Jaramillo, J., Tratado de responsabilidad civil, tomo II, Bogotá: Legis, 2008, n.332.

³ Tamayo Jaramillo, Nuevas reflexiones sobre el daño, Bogotá: Legis, 2017, n.5.

el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distinciones de nacionalidad, ni de orden económico-social, racial, político y religioso. El respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes. 2. El hombre es una unidad síquica y somática, sometido a variadas influencias externas. El método clínico puede explorarlo como tal, merced a sus propios recursos, a la aplicación del método científico natural que le sirve de base, y a los elementos que las ciencias y la técnica ponen a su disposición. En consecuencia, el médico debe considerar y estudiar al paciente, como persona que es, en relación con su entorno, con el fin de diagnosticar la enfermedad y sus características individuales y ambientales, y adoptar las medidas, curativas y de rehabilitación correspondiente. Si así procede, a sabiendas podrá hacer contribuciones a la ciencia de la salud, a través de la práctica cotidiana de su profesión."

En el mismo sentido, Carlos Ignacio Jaramillo J. define el acto médico como: *"un conjunto coordinado de acciones ejecutadas por un profesional de la medicina en el marco del ejercicio de su profesión, con fundamento en sus conocimientos profesionales y experticia técnica, con la inequívoca finalidad de preservar la vida, la salud y la integridad del ser humano, en clara sintonía con la Ley de su arte (Lex artis)".* Lo anterior se encuentra intrínsecamente unido a los principios de la bioética de no maleficencia, beneficencia, autonomía y justicia.

Para el tratadista Luis Guillermo Serrano Escobar, la culpa no ha de determinarse con relación al comportamiento de un ser ideal, sino respecto a los deberes específicos que en una situación en concreto establece el ordenamiento jurídico, por lo que considera que la culpa *"es la violación de un deber preexistente en el ordenamiento jurídico, que nos indica cómo comportarnos en determinadas circunstancias"*. Respecto a la culpa médica el señalado autor considera que *"sería la violación de los deberes objetivos definidos en el ordenamiento jurídico y en la lex artis, que exigen al personal sanitario, dependiendo de su especialidad, un cierto comportamiento en relación con unas determinadas condiciones del paciente."* Así mismo señala, que el deber médico es actuar con la diligencia propia de su especialidad y obrar conforme a las reglas y métodos propios de su profesión.

Según Sergio Yepes Restrepo, en su obra la Responsabilidad Civil Médica *"El diagnóstico es uno de los actos médicos más importantes de la práctica médica debido a que a partir de éste, el profesional diseña el plan de tratamiento correspondiente, de cuya ejecución dependerá la curación o la mejoría en la Salud según las particulares condiciones patológicas del paciente. El diagnóstico que puede iniciarse con una impresión diagnóstica, individual o plural, mientras se descartan otras patologías posibles asociadas, conlleva a que se lleve a un diagnóstico definitivo, para el cual además del examen físico, según las circunstancias, es necesario practicar ayudas diagnósticas."*

En cuanto a la responsabilidad civil en que pueden incurrir los médicos por la prestación de sus servicios, se deduce dicha premisa mediante la demostración de la culpa, independientemente de que la pretensión indemnizatoria tenga una causa contractual o extracontractual, lo que indica, en principio que quien sufra un daño por un mal procedimiento médico debe probar la culpa del galeno en su ejecución.

6.2.3 Consentimiento Informado

El consentimiento informado encuentra su sustento legal en el artículo 15 de la Ley 23 de 1981. A su vez, la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado en reiteradas oportunidades reiterando sus alcances y limitantes. Al respecto, en la sentencia C- 182 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado), la Corte Constitucional adelantó un detallado análisis del trasfondo *iusfundamental* de este instituto característico de la deontología galénica, considerando que **"El consentimiento informado hace parte del derecho a recibir información y del derecho a la**

autonomía que se encuentran reconocidos por la Constitución en los artículos 16 y 20. A su vez, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado que éste tiene un carácter de principio autónomo y que además materializa otros principios constitucionales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad individual (mandato pro libertate), el pluralismo y constituye un elemento determinante para la protección de los derechos a la salud y a la integridad de la persona humana.” Al analizar sus requisitos, determina que mínimo deben satisfacerse como mínimo dos características: **“La jurisprudencia constitucional ha determinado que el consentimiento informado debe satisfacer, cuando menos, dos características: (i) debe ser libre, en la medida que el sujeto debe decidir sobre la intervención sanitaria sin coacciones ni engaños; además, (ii) debe ser informado, pues debe fundarse en un conocimiento adecuado y suficiente para que el paciente pueda comprender las implicaciones de la intervención terapéutica. Así, deben proporcionarse al individuo los datos relevantes para valorar las posibilidades de las principales alternativas, las cuales deben incluir la ausencia de cualquier tipo de tratamiento.”**

Al desmenuzar estas características salen a flote los requisitos axiológicos del consentimiento informado, como lo son, el respeto de la autonomía del paciente y el deber médico de entregar información clara, suficiente y adecuada a su paciente sobre los beneficios y riesgos inherentes al tratamiento médico, para lo cual se debe informar al paciente sobre las alternativas existentes que ofrezca la ciencia médica para tratar su patología, así como la posibilidad de que no se obtengan los resultados esperados en atención a las condiciones idiosincráticas del paciente, dentro de aquello que se denomina técnicamente como el *alea* terapéutica, requisitos que no eximen al galeno tratante del deber de someter al paciente al tratamiento adecuado informado por la ciencia médica para tratar la dolencia padecida por el paciente, es decir, que el profesional de la medicina está obligado, dentro de su autonomía profesional, a mantenerse al día con el conocimiento desarrollado por la ciencia médica y a sujetarse a los protocolos actualizados establecidos para su especialidad, en el marco de los principios y deberes establecidos en la Ley 23 de 1981

En ese sentido, *“La Corte Constitucional ha precisado una serie de variables que deben ponderarse conjuntamente para determinar el nivel de información que es necesario suministrar al paciente para autorizar un procedimiento clínico, pues dado su carácter de principio, el consentimiento informado no siempre resulta exigible en un mismo grado. En consecuencia, el nivel de información necesario para una intervención sanitaria dependerá de: (i) el carácter más o menos invasivo del tratamiento, (ii) el grado de aceptación u homologación clínica del mismo o su carácter experimental, (iii) la dificultad en su realización y las probabilidades de éxito, (iv) la urgencia, (v) el grado de afectación de derechos e intereses personales del sujeto, (vi) la afectación de derechos de terceros de no realizarse la intervención médica, (vii) la existencia de otras alternativas que produzcan resultados iguales o comparables, y las características de éstos y, (viii) la capacidad de comprensión del sujeto acerca de los efectos directos y colaterales del tratamiento sobre su persona.”*

Básicamente en la misma línea se ha pronunciado la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia mediante precedente consolidado, para efectos de lo cual se trae a colación la sentencia SC7110-2017 Radicación n.º 05001-31-03-012-2006-00234-01 de la Sala Civil de La Corte Suprema de Justicia (M.P. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA), por la importancia que amerita, dado su carácter pedagógico e integrador de los pronunciamientos más representativos de la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia. Así, en voz de la Sala Civil **“el consentimiento informado o ilustrado materializa el derecho fundamental de todo paciente a tomar decisiones preponderantes en torno a su salud física y mental, por lo tanto, de someterse libre y voluntariamente al diagnóstico o al procedimiento sugerido por el galeno, una vez ha recibido de éste la explicación suficiente, idónea y clara relacionada con el mismo.”** Respecto a las características de la información señala que **“debe ser: i) veraz, en cuanto el médico no puede**

omitirla o negarla, pues carece de la facultad de decidir lo mejor para el enfermo, si éste goza de capacidad de disposición de sus derechos; ii) de buena calidad, mediante una comunicación sencilla y clara, con el fin de que el interlocutor comprenda la patología padecida y el procedimiento a seguir; y iii) de un lenguaje comprensible, entendible, pues en muchas ocasiones lo técnico resulta ininteligible, confuso e incomprensible.” (...) **“Así las cosas, en definitiva, la información debe circunscribirse a la necesaria, incluyendo las alternativas existentes, para que el paciente entienda su situación y pueda decidir libre y voluntariamente. Por lo mismo, ha de enterársele sobre la enfermedad de su cuerpo (diagnóstico), el procedimiento o tratamiento a seguir, con objetivos claros (beneficios), y los riesgos involucrados.” (...)** **“Coetáneamente, conlleva la obligación o deber jurídico para el galeno de advertir y señalar en forma principal los riesgos que comporta el acto. Esta información suministrada por el facultativo, halla respuesta en el consentimiento que otorga el paciente para aceptar o inclusive para ejercer la facultad de no consentir el camino de la cura, porque bien pudiera, si fuere plenamente capaz, abogar por el derecho a la muerte digna.”**

Resultan coincidentes los criterios de ambas Cortes en torno a cada una de las características y/o requisitos necesarios para que se entienda otorgado en debida forma el consentimiento informado por el paciente, siendo la piedra angular el respeto de la autonomía del paciente, requisito que se eleva a la categoría de principio deontológico de la profesión médica, sumándose a los tradicionales principios de benevolencia y no maleficencia o *primun non nocere*, reiterando en todo caso, que al paciente no se le puede asignar la responsabilidad por los perjuicios sufridos por un procedimiento médico contrario a los protocolos médicos reconocidos por la respectiva especialidad médica e indicados para intervenir determinada dolencia, por el hecho de haber otorgado su consentimiento confiando en la correcta elección por parte del médico tratante.

6.2.4 Caso Concreto

En el presente caso, se encuentra demostrado que el señor MANUEL ANTONIO BUSTOS GONZÁLEZ fue sometido a cirugía de reducción de fractura de húmero el día 27 de septiembre del año 2013 en la CLÍNICA COLOMBIA ES, institución prestadora de servicios de salud de propiedad de la demandada, como se desprende de la confesión vertida en la contestación de la demanda y en el interrogatorio rendido por su representante legal, cirugía que fue realizada por el médico ortopedista LUIS FERNANDO GARCÍA RUIZ, quien a pesar de evidenciarse, según las radiografías realizadas al paciente, que se trataba de una fractura diafisaria de tercio medio de húmero, procedió a instalar una placa de osteosíntesis diseñada para lograr la consolidación de fracturas de tercio proximal de húmero y tornillos de 3.5 mm de diámetro, como se indica en la historia clínica y que en criterio del perito CARLOS FERNANDO COBO, ratificado en la sustentación de su dictamen pericial, materiales que no eran los idóneos para lograr una adecuada fijación de la fractura por no estar diseñados para ello, lo que a la postre generó que se soltaran los tornillos y la placa quedara flotando por no estar diseñada para fijar el tercio medial del húmero, produciendo una metalosis y una seudo artrosis, resultado tórpido que coincide con lo descrito en la literatura aportada como sustento del dictamen pericial, en particular la guía de referencia rápida denominada **“Tratamiento quirúrgico de pacientes con fractura diafisaria del húmero”**, donde se indica que **“la seudoartrosis después del tratamiento quirúrgico responde por lo general a errores en la técnica como selección inadecuada de la placa AO, distracción del foco de la fractura, inadecuada colocación de tornillos y fallo mecánico en pacientes con hueso osteoporótico”** (f.149/347 C01), por lo que se puede concluir con meridiana certeza que la seudo artrosis padecida por aquel obedeció a cualquiera de las otras tres causales o la concurrencia de las mismas, tal como se puede inducir de los hallazgos quirúrgicos de la cirugía reconstructiva a la que debió ser sometido el paciente, mencionados en el hecho relevante número 8, sin que se puede afirmar, en desvalor de las otras

causales, que la causa concreta de la pseudoartrosis padecida por el señor BUSTOS GONZÁLEZ obedezca a hueso osteoporótico, pues no existe evidencia de ello en la historia clínica ni en el expediente y tampoco fue ello alegado en su defensa por la parte demandada. Evidentemente, de haberse apegado los protocolos médicos vigentes para la época de los hechos, el doctor LUIS FERNANDO GARCÍA RUIZ, habría implantado a su paciente una placa para tercio medio y la habría fijado con clavos de 4.5 mm de diámetro, lo que con un alto grado de certeza hubiese garantizado un mejor resultado que el obtenido y habría impedido que el demandante sufriera de una pseudo artrosis seguida de una metalosis; sin embargo, lo expuso a un riesgo irrazonable por no actuar apegado a los principios que guían la buena *praxis* médica, generando el resultado adverso presentado.

Por otro lado, no se puede oponer como causal eximente de la responsabilidad del demandado, el hecho de que el paciente haya otorgado su consentimiento para la realización del procedimiento quirúrgico al que fue sometido, pues demostrado está en este proceso que, si bien efectivamente el ortopedista tratante le informó qué procedimiento le realizaría y él lo consintió, lo cierto es que no se le puede trasladar la responsabilidad por los perjuicios que se le ocasionaron como consecuencia del error en que incurrió el galeno por el procedimiento escogido (situación desconocida por el paciente en ese momento), quien como médico ortopedista y traumatólogo se presume ser el profesional idóneo y poseedor del conocimiento específico, actualizado y aceptado por la comunidad científica como la mejor técnica para lograr la reducción y consolidación de una fractura de tercio medio del húmero en este caso derecho que no de tercio proximal, correspondiéndole por lo tanto al profesional de la salud asumir la responsabilidad por su propia imprudencia, invocando el principio consistente en que cada quien debe responder por su propia culpa (art.2341 C.C.), pues el paciente deposita su confianza en el profesional médico atendiendo a sus conocimientos y su experticia en el ramo correspondiente, quien con su imprudencia infringió el principio *primum non nocere*.

Todo lo hasta aquí dicho, conduce a concluir que se encuentran demostrados los elementos estructurantes de la responsabilidad civil extracontractual descritos por la jurisprudencia y la doctrina, como lo son el hecho dañoso, consistente en el error de procedimiento por la indebida implantación de una placa y tornillos no diseñados para reducir y fijar adecuadamente una fractura diafisaria de tercio medial del húmero y el daño consistente en los efectos adversos en la salud del señor MANUEL ANTONIO BUSTOS GONZÁLEZ, así como también en su dimensión emocional y la de sus familiares demandantes.

6.2.4.1 Respecto a la responsabilidad de SEGUROS DEL ESTADO S.A., como aseguradora del riesgo profesional e institucional en que incurriera FABILU LTDA, en virtud de la póliza de seguros de responsabilidad civil profesional No.14-03-101000438 vigente para la fecha de los hechos, la misma deberá pagar la condena que sea impuesta a su asegurada únicamente respecto a los perjuicios ocasionados al señor MANUEL ANTONIO BUSTOS GONZÁLEZ por concepto de afectación a la vida de relación, pues si bien se pactó exclusión de cobertura de riesgo asegurado respecto al denominado daño moral⁴, también es cierto que esta es un tipo de daño extrapatrimonial distinto al daño a la vida de relación⁵, que goza de autonomía y se diferencia del daño moral en que es un daño exteriorizado, que no abarca la dimensión emocional ni la psiquis del afectado, sino que se proyecta hacia el mundo exterior y se materializa en la disminución de la capacidad física

⁴“podemos decir que este se refiere al íntimo sufrimiento o dolor que padece el individuo y que, por lo tanto, lesiona su integridad psicológica y espiritual” Álvarez Pérez, Andrés, *Responsabilidad Civil y del Estado*, n.35, semestre II, 2014, p. 197.

⁵ “se trata de un daño autónomo que se refleja en la afectación de la actividad social no patrimonial de la persona, vista en sentido amplio, sin que pueda pensarse que se trata de una categoría que absorbe, excluye o descarta el reconocimiento de otras clases de daños-patrimonial o extrapatrimonial- que poseen alcance y contenido disímil, ni confundirlo con éstos, como si se tratara de una inaceptable amalgama de conceptos” S10297-2014 (M.P. Ariel Salazar Ramírez).

de la víctima para realizar a aquellas actividades que le reportaban placer y que ya no puede realizar a plenitud como consecuencia de las secuelas ocasionadas por las lesiones infringidas por el agente causante del daño.

El artículo 1047 del Código de Comercio indica que en las condiciones de la póliza se deben incluir los riesgos que el asegurador toma a su cargo. En tal sentido, en el anexo 7 de la póliza de seguros No.14-03-101000438 se pactó dentro de los amparos la "Responsabilidad civil del asegurado frente a los daños que hayan sido causados a un tercero, llamado víctima, como consecuencia de una acción o una omisión en el ejercicio de su profesión." Y dentro de las exclusiones se incluyó en el punto 16 las reclamaciones por daños morales, pero nada se dijo del daño a la vida de relación, como tampoco se excluyeron de la cobertura de riesgos, de manera taxativa, los daños extrapatrimoniales, como erradamente lo asumió el apoderado de la aseguradora en los argumentos que sustentan las excepciones de mérito número 1 y número 2 contra el llamamiento en garantía, por lo que no se accederá a la misma. No obstante, deberá respetarse el límite máximo asegurado y el deducible del 15% del valor de la pérdida, mínimo 5 salarios mínimos vigentes legales mensuales.

6.2.4.2 Por último, respecto al doctor LUIS FERNANDO GARCÍA RUIZ, teniendo en cuenta la existencia de una relación contractual entre aquel y FABILU LTDA para la prestación de servicios médicos en las áreas de cirugía general y ortopedia, donde se incluyó una cláusula de indemnidad a favor de FABILU LTDA, en caso de presentarse reclamaciones judiciales con motivo de los servicios prestados por el contratista, el mismo deberá concurrir al pago de la condena impuesta a su llamante en garantía.

6.2.5 Liquidación de perjuicios

DAÑO MORAL

En cuanto el daño moral se calculará sobre el 25% del tope establecido como baremo para el reconocimiento de perjuicios morales por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia⁶. En tal sentido, para el caso del señor MANUEL ANTONIO BUSTOS GONZÁLEZ, como víctima directa, se le reconocerá dicho porcentaje, mientras que, para su cónyuge y sus hijos se reconocerá el 12.5% del tope jurisprudencial, así:

MANUEL ANTONIO BUSTOS GONZÁLEZ

- \$18.000.000

DOLORES PAREDES PATIÑO

- \$9.000.000

MANUEL ANTONIO BUSTOS PAREDES

- \$9.000.000

DIEGO ARMANDO BUSTOS PAREDES

- \$9.000.000

⁶ SC 5686 de 2018

ANGIE GISETH BUSTOS PAREDES

- \$9.000.000

DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN

En cuanto el daño a la vida de relación se calculará sobre el 25% del tope establecido como baremo para el reconocimiento de perjuicios morales por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia⁷ para el caso de la víctima directa, así:

MANUEL ANTONIO BUSTOS GONZÁLEZ

- \$15.000.000

7. Decisión judicial

Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

7.2. Medidas concretas

PRIMERO. DECLARAR CIVILMENTE RESPONSABLES a FABILU LTDA por los perjuicios causados a los demandantes de conformidad con las consideraciones de esta providencia, por las siguientes sumas y conceptos:

DAÑO MORAL:

MANUEL ANTONIO BUSTOS GONZÁLEZ

- \$18.000.000

DOLORES PAREDES PATIÑO

- \$9.000.000

MANUEL ANTONIO BUSTOS PAREDES

- \$9.000.000

DIEGO ARMANDO BUSTOS PAREDES

- \$9.000.000

ANGIE GISETH BUSTOS PAREDES

- \$9.000.000

DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN:

MANUEL ANTONIO BUSTOS GONZÁLEZ

- \$15.000.000

⁷ SC 5686 de 2018

SEGUNDO. CONDENAR A SEGUROS DEL ESTADO S.A. a pagar, como aseguradora, a **FABILU LTDA**, el valor de la condena impuesta a su asegurada, previa deducción del 15% de la misma.

TERCERO. CONDENAR a LUIS FERNANDO GARCÍA RUIZ a pagar a FABILU LTDA, el valor de la condena a ella impuesta, atendiendo las consideraciones de la sentencia.

CUARTO. Condenar en costas a título de agencias en derecho a las vencidas en juicio y a favor de los demandados, por la suma de tres millones cuatrocientos cincuenta mil pesos (\$3.450.000).

QUINTO. Una vez ejecutoriada esta sentencia procédase a archivar el proceso.

Notifíquese,

LIBARDO ANTONIO BLANCO SILVA
Juez Séptimo Civil del Circuito de Cali

Firmado Por:

Libardo Antonio Blanco Silva
Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Civil 007
Cali - Valle Del Cauca

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: **e0ebe99db4f87aa4d0dffcc580cbab084284de444ddce3921e50cbc4d2793f51**

Documento generado en 04/03/2022 04:20:00 PM

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