



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN CIVIL

ASUNTO	Apelación Sentencia- Verbal
DEMANDANTES	Marta Lucía Tuberquia David y otros.
DEMANDADOS	Clínica del Prado S.A. y otros.
DECISIÓN	Revoca sentencia
PROCESO RDO.	05001-31-03-016-2017-00170-01

Medellín, cinco de septiembre de dos mil veintitrés

ANTECEDENTES

1. DEMANDA. Oscar David González Morelo y Marta Lucía Tuberquia David, esta última actuando en nombre propio y en representación de los hijos menores Abigail González Tuberquia y Eleazar González Tuberquia, mediante apoderada judicial presentaron demanda de responsabilidad civil médica en contra de La Clínica del Prado S.A. y Verónica Marcela Patiño Gutiérrez, con el fin de que se declare que estas son responsables por los perjuicios que les fueron causados por el procedimiento de tubectomía bilateral tipo Pomeroy – ligadura de trompas de Falopio que le fue practicado a Marta Lucía Tuberquia sin previo consentimiento.

Tales perjuicios fueron pedidos así: Por concepto de daño moral, 100 smlmv para cada uno; y por daño a la vida de relación, alteración en las condiciones de existencia y menoscabo o vulneración a los derechos fundamentales y demás derechos constitucionales, 100 smlmv para Marta Lucía Tuberquia David y 50 smlmv para cada uno de los demás demandantes.

Asimismo, solicitaron que los demandados, *"a su cargo y costo, asuman el procedimiento Clínico y Quirúrgico con todo lo que esto conlleve, tendiente a devolverle el estado fértil a la señora MARTA LUCÍA TUBERQUIA DAVID, todo conforme al procedimiento más recomendable y menos invasivo que dadas sus condiciones de salud le recomiende su médico especialista tratante"*.

Como fundamento de lo pretendido, la apoderada judicial de la parte demandante expuso:

a. El 20 de marzo de 2015, la demandante Marta Lucía Tuberquia, en la condición de mujer gestante de un embarazo de 37 semanas y un día, fue remitida por Savia Salud a La Clínica del Prado, para revisión por alto riesgo obstétrico.

b. El 21 de marzo de 2015, La Clínica del Prado confirmó plan para practicar cesárea a la demandante Marta Lucía Tuberquia, quien firmó el consentimiento informado para tal procedimiento.

c. Según historia clínica, el 22 de marzo de 2015, a la demandante le fue practicada cesárea segmentaria y ligadura de trompas de Falopio sin complicaciones, con extracción de feto en podálica que pesó 2.400 g talla 48 cm.

d. La demandante Marta Lucía Tuberquia David en ningún momento recibió información sobre la operación de ligadura de trompas de Falopio y mucho menos consintió o autorizó previamente la práctica de dicho procedimiento.

e. El 23 de marzo de 2015 la paciente Marta Lucía Tuberquia David mostró una evolución adecuada tratada con analgésicos y fue dada de alta con las respectivas instrucciones y signos de alarma. En ese momento, la demandante fue abordada por la médica Verónica Marcela Patiño, cirujana ginecobstetra de La Clínica del Prado, quien firmó y selló el formato de consentimiento informado para el procedimiento de ligadura de trompas, el cual no fue autorizado ni firmado por la demandante Marta Lucía Tuberquia David.

f. La médica Verónica Marcela Patiño, informó a la demandante que había sido intervenida con el procedimiento de ligadura de trompas, situación que sorprendió y alarmó a la demandante, toda vez que en ningún momento previo se le puso en conocimiento que iba a ser sometida a ese procedimiento.

g. Con el transcurso del tiempo, Marta Lucía Tuberquia David y el cónyuge Oscar David González Morelo, continuaron con vida normal de pareja sin acudir

a algún método de planificación, conforme a sus creencias religiosas, en tanto la iglesia cristiana impide planificar. Por lo tanto, para aclarar dudas respecto al estado de fertilidad de la demandante, acudieron a la ginecóloga Rosedra Yusveida Castañeda, quien emitió concepto el 24 de noviembre de 2016, según el cual, *"Se trata de una paciente que según historia clínica del 22 de Marzo de 2015 le realizaron cesárea segmentaria, en dicha historia clínica reportan tubectomía bilateral tipo Pomeroy sin complicaciones"*.

h. La cirugía practicada a la demandante, no cumplió con los estándares de la *lex artis* médica, pues negligentemente le causaron daños inmateriales no solo a ella, sino a todo el núcleo familiar, daños que hubieran sido previsibles si no se hubiera incurrido en el absoluto desconocimiento de los artículos 15 y 16 de la Ley 23 de 1981 (Por la cual se dictan normas en materia de ética médica) .

i. Los demandantes Marta Lucía Tuberquia David y Oscar David González, se sienten angustiados y acongojados por la imposibilidad de procrear otro hijo, mientras que los menores Abigail González Tuberquia y Eleazar González Tuberquia, ven proscrita la posibilidad de tener otro hermano.

2. CONTESTACIÓN.

2.1. La Clínica del Prado S.A., debidamente notificada en forma personal (fol. 98), por medio de apoderada judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las siguientes "excepciones": (i) *"Inexistencia de culpa médica"*, (ii) *"Inexistencia del daño"*, y (iii) *"Consentimiento informado"*.

2.2. Verónica Marcela Patiño, notificada por aviso (fol. 179), por medio de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como "excepciones": (i) *"Conducta adecuada"*, (ii) *"Ausencia de culpa"*, (iii) *"Ausencia de daño imputable"* y (iv) *"Tasación excesiva de perjuicios"*.

3. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA: La demandada Clínica del Prado S.A., citó en garantía a Seguros Generales Suramericana S.A. (c.2), quien se opuso tanto a las pretensiones de la demanda como al llamamiento en garantía. Frente a la demanda propuso las "excepciones" que denominó: (i) *"Ausencia de culpa médica"*, (ii) *"Responsabilidad en materia médica debe ser probada"*, (iii)

"Obligación médica es de medio y no de resultado", (iv) "Ausencia de nexo causal", (v) "Inexistencia de elementos del daño", e (vi) "Indebida tasación de perjuicios".

4. SENTENCIA. El Juzgado 016 Civil del Circuito de Medellín decidió:

"1. Declarar infundadas las excepciones que en frente de las pretensiones de la parte actora han presentado los demandados, así como la llamada en garantía.

2. En consecuencia se declara que los demandados Verónica Marcela Patiño y la Clínica del Prado S.A., son solidariamente responsables de los perjuicios causados a los demandantes, en la forma ya señalada en la parte motiva de esta decisión.

3. Como consecuencia de lo anterior, se condena a los demandados, cancelar a los demandantes Marta Tuberquia y Oscar David González Morelo, una vez se encuentre ejecutoriada esta sentencia, una suma equivalente 50 salarios mínimos legales mensuales a cada uno de ellos.

4. No se accede a lo pretendido en relación con los menores Abigail y Eleazar González Tuberquia, por las razones expuestas.

5. Como consecuencia de lo anterior, y en virtud igualmente de lo expuesto, la compañía Seguros Generales Suramericana S.A., deberá restituir a su asegurada, dentro de los límites que contempla el contrato de seguro, lo que ésta cancele a los accionantes en virtud de esta sentencia.

6. Se condena en costas a la parte vencida, las que serán liquidadas por la secretaria".

4.1. El juez de primera instancia expuso que, según las pruebas practicadas, la demandante Marta Lucía Tuberquia no otorgó consentimiento para la práctica de la tubectomía, pues si ello hubiese ocurrido, la demandada Verónica Patiño no hubiese tratado de conseguirlo luego de haber intervenido a la demandante. Además, la funcionaria judicial señaló que la Clínica del Prado no estuvo atenta a que la médica cumpliera con tales deberes, lo cual constituye un acto de negligencia que va en contra de los protocolos.

En ese orden, el juez concluyó que se ha causado un daño en la demandante Marta Lucía Tuberquia, quien como se desprende de los informes periciales que reposan en el expediente, tiene pocas probabilidades de volver a procrear. Así, refirió que respecto a la demandante en mención se produjo un daño en la autonomía y libre disposición para decidir si persigue un nuevo embarazo o no, lo cual acaeció por descuido y negligencia médica.

4.2. Luego, en cuanto a los perjuicios, el funcionario de primer grado señaló que respecto a los demandantes Marta Tuberquia y Oscar David González Morelo, resulta incontrovertible que, de acuerdo con su proyecto de vida, por el cual habían pensado en la posibilidad de tener más hijos, resulta obvio que el hecho generador del daño genera tristeza, desasosiego y sentimientos de incapacidad para alcanzar esos proyectos, frente a lo cual los testigos declararon y permiten corroborar la dimensión de ese daño moral, que fue cuantificado en 50 smlmv para cada uno.

De otro lado, el juez negó las pretensiones por concepto de daño a la vida en relación, por cuanto este no fue acreditado, en tanto los testigos no dieron cuenta de que las relaciones de la pareja, con vecinos y compañeros, se hubieran alterado. Asimismo, negó el reconocimiento de los perjuicios morales y daño a la vida en relación reclamados a nombre de los hijos Abigail González Tuberquia y Eleazar González Tuberquia, en tanto consideró que, dada la corta edad de los menores, no es posible determinar si estos sufrieron molestias, pues no tienen la capacidad para determinar la necesidad o el placer de tener otro miembro más en la familia, y menos de determinarse afectados moralmente por la cirugía a que fue sometida la madre.

4.3. Finalmente, en cuanto a la llamada en garantía, quien alegó no estar obligada a responder por la asegurada, porque el contrato de seguro solo tenía cobertura para eventos reclamados durante la vigencia, el juez señaló que no le asistía razón, porque según la póliza, la cobertura también es respecto a los siniestros acaecidos en virtud de un servicio prestado durante la vigencia, por lo cual, la aseguradora está obligada a responder, debido a que el asunto aquí tratado ocurrió en vigencia del contrato.

5. APELACIÓN. Inconformes con lo resuelto, tanto la demandante como la demandada presentaron sendos recursos de apelación, en los siguientes términos:

5.1. LA PARTE DEMANDANTE presentó inconformidad con el monto concedido a Marta Lucía Tuberquia y Oscar David González Morelo por concepto de daño moral y violación a los derechos fundamentales, por lo que solicitó que se reconozca una suma mayor. Así mismo, reprochó que no se haya reconocido el daño a la vida en relación respecto a los demandantes en mención, ni los perjuicios inmateriales pretendidos a favor de los menores Abigail y Eleazar González Tuberquia.

-Señaló que, a diferencia del daño moral y daño a la vida en relación, en el presente asunto se vulneró derechos constitucionalmente amparados, los cuales también fueron pretendidos y no pueden ser estudiados en el ámbito del daño moral. La parte recurrente adujo que los demandados ejercieron violencia obstétrica, que es una forma específica de violación a los derechos humanos y reproductivos de las mujeres.

-Advirtió que, en atención a la perspectiva de género, las medidas restaurativas deben estar encaminadas a resarcir el daño en la mejor forma posible, aun sabiendo que las condiciones no se restablecerán por completo y que las secuelas estarán presentes por siempre.

-Además, solicitó que se hiciera un pronunciamiento respecto a la pretensión cuarta de la demanda, en que se pidió que los demandados, a su cargo y costo, asuman el procedimiento clínico y quirúrgico con todo lo que ello conlleva, tendiente a devolverle el estado fértil a la demandante Marta Lucía Tuberquia David.

5.2. SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. adujo que en este caso se evidencia la indebida y precaria valoración probatoria del juez *a quo*. Señaló que el juzgador desconoció la aplicación de la carga dinámica de la prueba y que, en este asunto, correspondía a la parte demandante probar los elementos axiológicos de la responsabilidad, lo cual no acaeció. El juez no hizo ninguna valoración de la prueba pericial que la parte demandante allegó al proceso, la

cual daba cuenta de la ausencia de certeza en la concreción del daño que finalmente se concedió a la parte demandante. Asimismo, restó importancia a la experticia rendida por el médico Emilio Restrepo, quien dio cuenta del conocimiento previo que la paciente tenía de los procedimientos a los que sería sometida, así como de la idoneidad y oportunidad de los mismos.

La aseguradora también señaló que el juez se contradijo en la valoración de los testimonios traídos por la parte demandante, en tanto dice que estos no dieron cuenta suficiente de los hechos, pero luego los valora para considerar la presencia de un daño a partir de la versión de aquellos. Además, no tuvo en cuenta las tachas que se hicieron respecto a los testigos traídos por la parte demandante y desconoció la confesión de la demandante Marta Lucía Tuberquia David, quien en el interrogatorio de parte refirió que los médicos y enfermeras le indicaron que le iban a practicar el procedimiento de tubectomía, por lo que la paciente no era ajena a dicha información.

-El juez desconoció la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, según la cual, el consentimiento del paciente no requiere la voluntad escrita o solemne, sino que la voluntad puede ser reconstruida a partir de la conducta que, asumida por el paciente, adquiere un significado jurídico. Al respecto, adujo que el juez desconoció las múltiples anotaciones suscritas por los profesionales de la salud (doctores Francisco Eugenio Gómez Botero, Sofía González y Verónica Marcela Patiño), en las que constaba expresamente en qué consistían los procedimientos a los cuales sería sometida la paciente.

-El juez, equivocadamente, presumió que en el presente caso se causó un perjuicio o daño a los demandantes, atribuible al actuar de los demandados.

-En la sentencia no se hizo ninguna valoración del contrato de seguro y se pasó por alto la respuesta al llamamiento en garantía, mediante la cual se dejó clara la ausencia de cobertura por límite temporal, pues según la póliza N° 0039889-1, la vigencia aplicable al caso en concreto no es la de la ocurrencia del evento, sino la vigencia al momento de la reclamación, ya que en las condiciones particulares del contrato de seguro se pactó la modalidad *claims made* o reclamación y el contrato de seguro invocado en este caso tiene una vigencia comprendida desde el 31/01/2015 hasta el 31/12/2015, razón por la cual, a la

fecha de reclamación al asegurado, esto es, a 24 de febrero de 2017, el contrato de seguro de responsabilidad civil no se encontraba vigente.

5.3. LA CLÍNICA DEL PRADO S.A. indicó que el juez desconoció el régimen probatorio previsto en el Código General del Proceso, porque, de manera oficiosa, relevó a la parte demandante de la carga específica y concreta de demostrar los presupuestos básicos para la declaratoria de la responsabilidad civil. En ese sentido, explicó que el juez se basó, en forma aislada, en la versión de la parte demandante, pasando por alto que la prueba practicada acreditaba que, en efecto, para la práctica de la tubectomía hubo un consentimiento informado, en que a la demandante se le informó detalladamente y de manera previa en qué consistía el procedimiento que habría de practicarse.

Sobre el particular, la clínica apelante cuestionó que el juez haya dado por cierto que el formato del consentimiento informado se haya imprimido con posterioridad a la práctica de dicho procedimiento, cuando en el proceso existía una versión razonable y creíble que acreditaba que dicho formulario se informó de manera previa.

-El juzgado desconoció la teoría del consentimiento informado, las normas y la jurisprudencia que lo regula, con lo cual negó la naturaleza del proceso de información entre médico y paciente que conduce a la aceptación o no del procedimiento que ha de aplicarse.

-La sentencia es incongruente, porque aun cuando reconoce que no se demostró que se hubiera causado algún perjuicio a los demandados, de manera infundada impone una condena por tal concepto.

5.4. LA DEMANDADA VERÓNICA MARCELA PATIÑO, refirió que el juez erró al aplicar una tarifa legal a la prueba del consentimiento informado, en tanto exige que el consentimiento sea escrito, cualificado y suscrito por la paciente. También señaló que el juez desconoció las pruebas que confirman que la demandante Marta Tuberquia fue debidamente informada y consintió efectivamente en la práctica de la tubectomía, pues en la historia clínica hay constancia de que a la paciente le fueron informadas las ventajas y desventajas del procedimiento, conforme con el artículo 12 del Decreto 3380 de 1981.

-El juez desconoció las reglas de la carga de la prueba y no valoró las pruebas conjuntamente, pues omitió estudiar la historia clínica integralmente, al igual que el dictamen pericial efectuado por el doctor Emilio Restrepo. También desconoció que la demandante confesó haber recibido información en relación con el procedimiento de tubectomía propuesto e informado por los especialistas en ginecología que la atendieron en la Clínica del Prado.

-El juez dio por probados hechos que material y sustancialmente no existen, a partir de una suposición probatoria, como cuando sostuvo que Marta Tuberquia no puede volver a procrear, cuando la prueba acredita todo lo contrario, en tanto se trata de un procedimiento reversible.

- En la sentencia se violó el principio de la congruencia previsto en el artículo 281 del CGP, porque el juez no se pronunció respecto a los medios exceptivos propuestos y probados en el proceso, pues las pruebas allegadas confirman las excepciones de conducta adecuada, ausencia de culpa y ausencia de daño imputable.

-El juez incurrió en error al momento de establecer sustancialmente la responsabilidad del profesional de la salud, pues supuso que la médica demandada buscó a la paciente para la firma de un consentimiento, lo cual es contrario a lo probado, ya que la doctora Verónica Marcela Patiño en la fecha en que tal situación se llevó a cabo, no estaba en la institución y así se acreditó con el cuadro de turnos reportados, pero tal prueba no fue tomada en cuenta por el juez.

-El monto reconocido por concepto de perjuicios está desbordado, en tanto el juez no tuvo en cuenta los testimonios allegados. Además, los perjuicios invocados no guardan relación con el procedimiento, pues la imposibilidad de un nuevo embarazo radica en el riesgo que tal situación trae para la vida de la demandante Marta Tuberquia.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA. En síntesis, en sede de segunda instancia, cada uno de los apelantes reiteró y explicó los argumentos expuestos al momento de presentar los reparos concretos ante el juez de primer grado.

CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO. En atención a los recursos interpuestos contra la sentencia, a esta Sala corresponde definir, en principio, por razones de técnica procesal, si a la parte demandada le asiste razón al señalar que la decisión de primera instancia debe ser revocada, en tanto que una debida valoración de las pruebas obrantes en el proceso, permite concluir, contrario a lo expuesto por el juez *a quo*, que en este asunto quedó acreditado que la demandante Marta Lucía Tuberquia sí fue informada previamente del procedimiento y riesgos que implicaba la práctica de la tubectomía y que esta prestó el consentimiento para ello, lo cual descarta la existencia de una negligencia médica.

Luego, en lo que fuere pertinente, se analizará los reparos de ambas partes encaminados a cuestionar la existencia y monto de los perjuicios pretendidos, así como lo procedente respecto a la pretensión encaminada a la práctica de un procedimiento quirúrgico para devolver la fertilidad a la demandante Marta Lucía Tuberquia y lo relativo a la vigencia del contrato de seguro.

2. MARCO NORMATIVO Y DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA PARA LA DECISIÓN DEL CASO EN CONCRETO.

2.1. Sobre el consentimiento informado, la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SC7110 de 24 de mayo de 2017, expuso que

"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.

Por esto mismo, el artículo 15 de la Ley 23 de 1981 (Ética Médica), exige al médico no exponer al paciente a "riesgos injustificados" y a solicitar autorización expresa "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", previa ilustración de las consecuencias que de allí se deriven.

El precepto citado se complementa con los artículos 9° al 13 del Decreto 3380 de 1981, donde se prevén como "riesgos injustificados aquellos a los cuales sea sometido el paciente y que no correspondan a las condiciones clínico patológicas del mismo"; se impone la obligación de enterar al enfermo o a su familia de los efectos adversos y se establece los casos de exoneración de hacerlo, con la exigencia de dejar expresa constancia de su agotamiento o la imposibilidad de llevarlo a cabo; y se deja la salvedad de que por la imprevisibilidad connatural a la profesión, "el médico no será responsable por riesgos, reacciones o resultados desfavorables, inmediatos o tardíos de imposible o difícil previsión dentro del campo de la práctica médica al prescribir o efectuar un tratamiento o procedimiento médico".

(...) El galeno con la información que proporciona debe permitir la autodeterminación del policitado, para obtener su aquiescencia a fin de que voluntariamente se someta a la intervención, se concientice y asuma los riesgos y beneficios de la terapia; y finalmente, tome su determinación sin coacción ni engaño; por supuesto, cuando es plenamente capaz y no está afectado por alguna de las circunstancias que lo tornen discapacitado o le impidan otorgar el consentimiento libremente, porque para éste último evento debe darse tránsito a la autorización del representante para el vertimiento del consentimiento sustituto.

(...) 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 (...)"

Sobre la obligación de obtener el consentimiento informado del paciente, dicha Corporación, en sentencia SC4786 de 07 de diciembre de 2020, señaló:

"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".

Es un punto pacífico en la jurisprudencia de esta Sala que: "[L]a omisión de la obligación de informar y obtener el consentimiento informado, hace responsable al médico, y por consiguiente, a las instituciones prestadoras del servicio de salud, obligadas legalmente a verificar su estricta observancia, no sólo del quebranto a los derechos fundamentales del libre desarrollo de la personalidad, dignidad y libertad, sino de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales causados a la persona en su vida, salud e integridad sicofísica a consecuencia del tratamiento o intervención no autorizado ni consentido dentro de los parámetros legales según los cuales, con o sin información y consentimiento informado, '[l]a responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto' (artículo 16, Ley 23 de 1981), salvo si expone al 'paciente a riesgos injustificados' (artículo 15, ibídem), o actúa contra su voluntad o decisión negativa o, trata de tratamientos o procedimientos experimentales no consentidos expressis verbis, pues en tal caso, el médico asume los riesgos, vulnera la relación jurídica y existe relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño. (SC, 17 nov. 2011, rad. n.º 1999-00533-01)".

2.2. De otro lado, en cuanto a la responsabilidad civil del médico y el consentimiento informado, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SC3604 de 25 de agosto de 2021, explicó que:

"En el contexto de la responsabilidad civil del médico, el consentimiento informado, por vía general, tiene un protagonismo residual, porque su existencia (o inexistencia) no suele ofrecer información relevante para el derecho de daños. Si la lesión corporal del paciente deriva de la negligencia, su asentimiento previo (o la falta de este) carecerá de utilidad para definir lo atinente a la responsabilidad civil del profesional sanitario; asimismo, si se produce un daño totalmente inesperado (imposible de prever ex ante), no surgirá para el médico la obligación de reparar, aunque el procedimiento o tratamiento en cuyo curso se generó ese daño no viniera precedido del consentimiento del interesado. La ausencia de consentimiento informado, pues, solo resulta trascendente cuando acaece, sin culpa del galeno, un riesgo previsible,

no informado ni asumido por el paciente, ya que, bajo ese supuesto, sí es posible asignar, total o parcialmente, el gravamen de reparación de las secuelas del resultado adverso al profesional médico.

(...) La solución que acogió esta Corporación se finca en dos premisas esenciales. La primera, que al no obtener el consentimiento informado del paciente, el médico infringe el estándar de conducta que le es exigible, por contrariar una pauta imperativa que rige su profesión; puntualmente, la que consagra el artículo 15 de la Ley 23 de 1981, a cuyo tenor «[e]l médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente».

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

2.3. En cuanto a la formalidad del consentimiento informado, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SC5641 de 14 de diciembre de 2018, expuso:

"(...) En lo que toca con el consentimiento informado, a pesar de ser usual que se obtenga y deje documentado en una especie de formato, muchas veces preestablecido, firmado por el paciente o sus familiares, sin la esperada descripción de lo que se informó (información que debe referirse a los riesgos insignificantes comunes así como a los graves comunes y raros, y no solo a los previstos. Y debe además abarcar las opciones o alternativas con la que cuenta el paciente, los riesgos de cada una, entre otros elementos de valía), tal documento constituye un

anexo de la historia clínica¹, pero ciertamente, como se ha venido sosteniendo, no es la única forma de probar que el deber de información profesional fue cumplido por el personal médico a cargo de la prestación del servicio. Además, el incumplimiento total o defectuoso de ese deber de información, per se, no es causa inexorable de un daño a la salud, no obstante que se encuentre, atendidas las circunstancias, enlazado con la ausencia de libertad de elección que pudo afectar el consentimiento otorgado por el paciente o sus familiares, lo que de suyo puede acarrear eventuales consecuencias en el plano de la responsabilidad, por la afección de otros intereses tutelados (...)”

3. SOLUCIÓN AL CASO EN CONCRETO. En esta ocasión, la Sala advierte desde ya, que la parte recurrente demandada tiene razón y, por lo tanto, la decisión de primera instancia -que declaró la responsabilidad de los demandados- debe ser revocada, para en su lugar negar las pretensiones de la demanda, por cuanto en este escenario quedó acreditado que la demandante Marta Lucía Tuberquia sí obtuvo información y prestó el consentimiento informado para la práctica de la tubectomía -ligadura de trompas de Falopio-, por las razones que pasa a exponer:

3.1. En el transcurso del juicio, las partes plantearon hipótesis contrapuestas acerca de las circunstancias que precedieron la práctica de la cesárea más tubectomía. La demandante Marta Lucía Tuberquia sostuvo que solo dio consentimiento para la práctica de la cesárea, pero no para la ejecución de la ligadura de trompas. Por su parte, el extremo demandado fue insistente en que la demandante estuvo informada del procedimiento de ligadura de trompas y que asintió en la práctica del mismo. Sobre el particular, cabe resaltar que en este caso no se discute ninguna irregularidad o error médico en cuanto al procedimiento médico (cesárea más tubectomía). La discusión está planteada únicamente en la obtención o no del consentimiento informado respecto a la práctica de la tubectomía.

El juez de primer grado, se decantó por la teoría del caso propuesta por la demandante, con fundamento en que en la historia clínica únicamente se hace alusión al consentimiento para la práctica de la cesárea, el cual además está

¹ Artículo 11 de la Resolución 1995 de 1999 expedida por el Ministerio de Salud y por la cual se establecen normas para el manejo de la Historia Clínica.

suscrito por la paciente. También refirió que el formato del consentimiento informado para el procedimiento de ligadura de trompas, no fue firmado por la demandante y que, de haberse consentido en ello, la médica Verónica Marcela Patiño -que atendió el parto-, no hubiera tratado de obtener el consentimiento informado luego de haberla intervenido.

No obstante, en atención a los reparos elevados por las demandadas Verónica Marcela Patiño y La Clínica del Prado S.A., así como por la llamada en garantía Seguros Generales Suramericana S.A., la sala al examinar el expediente encuentra que existe elementos probatorios que contrarían el razonamiento del juez de primer grado, pues llevan a concluir que, en este asunto, la demandante Marta Lucía Tuberquia sí consintió, previa información, la práctica de la cirugía de ligadura de trompas. Es que, en este asunto, se admite como verdad que, relacionado con el consentimiento informado respecto a la ligadura de trompas, no hay documento suscrito por la paciente Marta Lucía Tuberquia, pero ello no se traduce en la inexistencia de otras pruebas para demostrar el consentimiento informado específico o que este no se hubiere dado.

Lo primero que hay que advertir, es que la demandante Marta Lucía Tuberquia, contrario a lo expuesto en la demanda, en el interrogatorio absuelto dio cuenta de que previo a la práctica de la cesárea, sí recibió "recomendaciones" del personal médico para practicarse la tubectomía, debido a las circunstancias del caso, pues según la historia clínica, la demandante *"Llegó con diagnóstico de ATENCIÓN MATERNA POR DEFICIT DEL CRECIMIENTO FETAL, ATENCIÓN MATERNA POR CICATRIZ UTERINA POR CIRUGÍA PREVIA (...) precesareada por podálico"* y fue citada para *"Cesárea [por segunda vez] por retraso del crecimiento intrauterino"*. En efecto, en el hecho cuarto de la demanda, la pretensora afirmó que *"En ningún momento (...) recibió la información sobre la operación de ligadura de trompas de Falopio, ni mucho menos dio su consentimiento ni autorización previa para la realización del procedimiento mencionado"*, pero en el interrogatorio absuelto (CD 1, audio 2, min. 1 y s.s.) declaró que ella había dicho a los médicos que no se iba a practicar la tubectomía, lo que da cuenta de que ya tenía conocimiento de dicho procedimiento. Inclusive, señaló que *"La primera dra. me hizo un monitoreo y ahí ella me preguntó que, si me quería hacer operar porque era mi segundo parto por cesárea, entonces que podía correr riesgo si volvía a quedar"*

embaraza muy pronto. Entonces fue lo único que me explicó, que era por el riesgo, pero el procedimiento no me lo explicó, que era ligadura de trompas o la otra". Al ser cuestionada sobre ¿Con base en qué, dijo que no se lo quería hacer, si no se lo explicaron?, simplemente señaló que, junto con el cónyuge, tomó la decisión de no operarse.

El juez dio credibilidad al dicho de la demandante, según el cual, cuando ella estaba en la camilla de recuperación –después de la cirugía-, le pusieron al lado unos papeles, en los que estaba la autorización del procedimiento de ligadura de trompas para que ella lo firmara, pero que ella no lo hizo. Empero, el juzgador desconoció que dicho documento, fue impreso a la 1:24 del 22 de marzo de 2015, es decir con anterioridad a la cirugía (iniciada a las 2:10 de ese día –fol. 27 vto.) sin que ninguna prueba corroborara el dicho de la demandante. Es más, a ello se contrapone el dicho de la demandada Verónica Marcela Patiño.

A propósito, la demandada Verónica Marcela Patiño (CD 1, audio 2, min. 33 y s.s.) -ginecóloga y ginecobstetra – quien practicó la cesárea y la tubectomía, refirió que a la demandante *"la recibió un médico general, la programó para cesárea, pero luego fue vista por el ginecólogo compañero mío, doctor Eugenio Gómez, quien la programó y explicó, primero, por qué se le va a hacer cesárea, cuáles son sus riegos y complicaciones, y si además desea hacerse la tubectomía y si la paciente dice que sí, se le explican cómo es el procedimiento, como son sus riesgos y complicaciones y ella nos dice si accede o no accede a una de las cirugías o a las dos. Ese es el primer ingreso de la paciente. Luego de ahí, ella va, en el momento en el que se va a hacer la cirugía, la trasladan al servicio de cirugía que es donde estaba yo, en horas de la noche, llegó programada para cesárea con tubectomía, la pasan al quirófano (...) yo siempre y todos mis compañeros, por los protocolos de la clínica, existe lo que se llama una lista de chequeo y todo paciente que no sea una cirugía urgente, o sea que corra riesgo la mamá o el bebé, usted debe entrar, hablar con la paciente, explicarle lo que le va a hacer, la cirugía, si son una, dos o tres, cómo se hace, cuáles son las complicaciones, los riesgos y la paciente luego dice si accede o no accede. Aparte de eso, existe el papel en físico que es el consentimiento el cual ellas firman que, en este caso, yo encontré el de cesárea, pero no encontré el de tubectomía, no aparecía el papel por ninguna parte, por eso, a la 1. 20*

am, después de haberle explicado a la paciente en qué consistían los procedimientos y si aceptaba o no y dijo que sí, yo me dispongo a hacer un nuevo consentimiento, por eso me dirijo al computador, lo imprimo y se lo entrego para que lo firme. Porque yo me tengo que disponer a lavarme para la cirugía. La cirugía inició a la 1.50 am”.

La demandada en mención, dio cuenta de que el médico Francisco Eugenio Gómez Botero fue quien dio el primer consentimiento y el que programó a la paciente Marta Lucía Tuberquia para las dos cirugías. Además, indicó que a la demandante *"se le preguntó si se quería hacer la tubectomía, porque las mujeres que tienen muchas cesáreas, si tienen mucho riesgo de presentar complicaciones, estamos en nuestro deber de preguntarles, porque nuestro deber es velar por el beneficio de ellas, en un futuro y que no tenga una tercera o cuarta cesárea por el riesgo de complicar o morir, entonces se les pregunta”*, y la paciente nunca disintió del consentimiento.

Por su parte, el testigo técnico Francisco Eugenio Gómez Botero -médico y cirujano, especialista en ginecología y obstetricia desde hace 26 años-, declaró (CD 1, audio 2, min. 37 y s.s.) que *"La paciente venía en alto grado obstétrico y en seguimiento porque tenía un embarazo de alto riesgo, por dos razones: una, porque era precesareada, ese es un riesgo y la otra, el bebé estaba en un retardo del crecimiento intrauterino, un bebé desnutrido que no está creciendo adecuadamente”(min. 42)*. Seguidamente, señaló que *"Con esos antecedentes graves para ella y para el bebé, se programa el procedimiento [cesárea], pero además de ello se le explica el altísimo riesgo de un nuevo embarazo, ¿por qué? Porque tener más de dos cicatrices en el útero, porque tener una historia de un feto con retardo intrauterino aumentan los riesgos para la señora en un futuro embarazo. ¿Cuál es nuestra conducta? Terminar la gestación, prevenir un riesgo a futuro, lo que estamos ofreciéndole es que esto no se vaya a complicar o a morir en un próximo embarazo. Lo adecuado nuestro es ofrecerle una alternativa clara: usted no debe volverse a embarazar (...) ¿Cuál es la forma más segura? La tubectomía. Se le dio el consentimiento informado. No sé por qué no aparece”(min. 48)*.

El declarante en mención, señaló que, si la paciente no hubiera aceptado, la cirugía no se hubiera programado. En ese orden, expuso que el plan de manejo

se confirmó, porque ya se había superado el consentimiento informado (min. 55). Fue contundente en que él ordenó la tubectomía y explicó la necesidad, los riesgos y el procedimiento (min. 59). En efecto, a folio 17, se constata que el 21 de marzo de 2015, a las 8:43, en la historia clínica se indica *"plan de manejo: SE CONFIRMA PLAN: CESÁREA Y TBX. Firmado por Francisco Eugenio Gómez Botero, Ginecobstetricia (...)"*.

Luego de la declaración del testigo técnico, el juez interrogó nuevamente a la demandante, la cual indicó: *"Una doctora me explicó el riesgo de un próximo embarazo y yo dije que lo iba a consultar con mi esposo. De ahí en adelante me preguntaron varias veces más, pero yo ya había tomado la decisión de no practicarme la tubectomía. Yo manifesté que no quería"*(hora 1, min. 07 y s.s.)

3.2. A la historia clínica se le anexó varias proformas de consentimiento informado así: el de la práctica de la cesárea, el de los procedimientos de enfermería, el del procedimiento anestésico y el de la ligadura de trompas (fs. 8 a 13, c.1). Todos están suscritos por la paciente Marta Lucía Tuberquia, excepto el consentimiento informado para ligadura de trompas, que carece de firma tanto en el *"consentimiento"*, como en el espacio de *"Denegación o revocación"*. Sin embargo, sobre el particular, llama la atención que, en el consentimiento informado para el procedimiento anestésico, aparece que a la paciente Marta Lucía Tuberquia se le informó, la práctica del tipo de anestesia, que sería la raquídea, durante el procedimiento **"Cesárea + Tubectomía"**, programado para el 22 de marzo de 2015 (fol. 11). Consentimiento que suscribieron, tanto por la paciente, como la doctora Sofía González Borrero - Médica, anesthesióloga, intensivista y magister en bioética médica-

La anesthesióloga Sofía González Borrero, compareció al proceso en la condición de testigo técnico y declaró (hora 1, min. 20 y s.s.) que el procedimiento programado era cesárea más tubectomía. También señaló: *"Al paciente se le entrega el consentimiento, el paciente lo lee, se le explica todo lo que el paciente necesita que uno le explique, fuera de eso se le explica otra vez lo que uno cree que el paciente debe tener muy claro. Como lo es la técnica anestésica, las complicaciones de la técnica anestésica y el procedimiento, porque siempre son como muchos los filtros para que no vaya a haber un error médico. Entonces siempre se le repite de nuevo, se la va a aplicar este tipo de*

anestesia, tiene estas complicaciones, se le va a hacer esta cirugía con estos riesgos” (hora 1, min. 27).

A la testigo se le preguntó si ese consentimiento informado era directamente para la anestesia, a lo que contestó: *“Sí, pero ahí está plasmado que estaba planeado el procedimiento quirúrgico que está descrito en la historia, porque de todas maneras a la paciente no se le va a dar la anestesia independiente, sino que va ligado al procedimiento quirúrgico”*. Seguidamente, se le hizo la siguiente pregunta: *¿entonces al tener estos procedimientos quirúrgicos dentro de este escrito de consentimiento informado de anestesia, ya se sobreentiende que a la paciente se le explicaron todos los procedimientos tendientes con la ligadura de trompa?* Al respecto contestó: *“Por supuesto, cuando se hace el consentimiento de anestesia, la paciente ya ha hablado con el ginecólogo y ya tiene claro el procedimiento que se le va a realizar porque es el último paso antes de llevar la cirugía. O sea, la anestesia sola no existe en estos casos, sino que va unida al procedimiento quirúrgico”* (hora 1, min. 30 y s.s.)

Luego de esto, el juez interrogó a la demandante, quién señaló que firmó dicho consentimiento, pero que ella apenas leyó lo general del procedimiento anestésico, es decir, *“el título”* (hora 1, min. 35 y s.s.), sin tener en cuenta que allí se explicaba que el procedimiento era *“Cesárea + Tubectomía”*.

3.3. Aparte de las pruebas anteriormente relacionadas, al proceso se trajo dos dictámenes periciales. El perito Emilio Alberto Restrepo Baena, médico especialista en ginecología, obstetricia y laparoscopia avanzada, solicitado a petición de la parte demandada, hizo un estudio de la historia clínica y conceptuó lo siguiente: *“En una valoración puntual que encuentro 18 horas antes de la cesárea, el día 21 de marzo a las 8.00 am, un especialista llamado dr. Francisco Eugenio Gómez, dice que se confirma el plan. Cesárea y Tubectomía. Posteriormente, encuentro tres evidencias en la historia, dos de ellas firmadas por enfermería, una por la enfermera Laura Gómez y otra por la enfermera Janet Ángel, en las cuales dice que la paciente está programada para cesárea y tubectomía. Hay una coherencia en el plan que se tenía con la paciente”* (min. 14 y s.s.). *“Eso aunado a que antes de la cirugía, de letra de la dra. Sofía González, anesthesióloga, con su propia letra y firmada por la dra. Sofía y firmada por la paciente Marta Tuberquia, aparece muy claro que el*

procedimiento es cesárea y tubectomía. (...) Encuentro 4 evidencias (...)". Al experto se le preguntó que si con ese plan confirmado se entiende que hubo consentimiento informado y este contestó: "Si a mí me confirman un plan de cesárea y tubectomía, yo tengo que entender que todo el protocolo y toda la lista de chequeo que tiene que ver con ese plan que confirmé, están allí". (min. 16)

Por su parte, la perito Sandra María Vélez Cuervo -Médica cirujana, especialista en ginecología y obstetricia, con formación en perinatología-, citada a petición de la parte demandante, refirió que en los chequeos de la historia clínica no está el consentimiento firmado por la paciente. Luego, precisó que *"el consentimiento informado, más que un papel es un procedimiento, en el cual inicialmente el médico se tiene que sentar con la paciente y sus acompañantes, incluso con la familia, para explicarles en qué consiste el procedimiento, cuáles son las ventajas, las desventajas, los riesgos a mediano y corto plazo, y las posibles secuelas"*. Luego, al referirse a la firma del documento, dijo que el consentimiento es el registro de que se dio la información previa (min. 11 y s.s.)

3.4. Analizado el conjunto probatorio, la Sala advierte que aquí el asunto es que ese requisito en concreto (el consentimiento informado respecto a la ligadura de trompas de Falopio), no aparece consignado en la proforma respectiva en cuanto no está suscrita por la paciente, pero se encuentra acreditado mediante otras pruebas como el consentimiento informado del procedimiento anestésico en concordancia con la historia clínica y las declaraciones de los testigos técnicos. Al respecto, conviene precisar que la parte demandante nada controvertió sobre el formato del consentimiento informado obtenido por la anestesióloga, en que se autorizó la anestesia para la práctica de los procedimientos de cesárea y tubectomía. También se reitera que el médico Eugenio Gómez dio cuenta de que obtuvo el consentimiento informado, en cuanto explicó los procedimientos o conductas a seguir, con riesgos y complicaciones, así como que la oportunidad que la paciente tenía para prevenir un tercer embarazo de altísimo riesgo para ella y un bebé, era la tubectomía, así como que, después de dar las explicaciones verbales confirmó en la histórica clínica el plan de manejo.

En este orden, los elementos de prueba relacionados, permiten considerar que el consentimiento informado para la práctica de la tubectomía, sí fue obtenido por el respectivo personal médico, por lo que, en este asunto, contrario a lo que el juez *a quo* concluyó, no se acreditó negligencia médica respecto a dicha obligación. Al respecto, se recuerda que el documento que contiene el consentimiento informado, "*constituye un anexo de la historia clínica², pero ciertamente, como se ha venido sosteniendo, no es la única forma de probar que el deber de información profesional fue cumplido por el personal médico a cargo de la prestación del servicio*" (Corte Suprema de Justicia SC5641 de 14 de diciembre de 2018).

5. Así las cosas, sin necesidad de ahondar en aspectos adicionales ni en la totalidad de reparos esgrimidos por las partes, el Tribunal concluye, de acuerdo con las razones aquí expuestas, que la decisión de primera instancia debe ser revocada, y en su lugar procede, denegar las pretensiones de la demanda. No se condenará en costas de ambas instancias a la parte demandante, porque cuenta con amparo de pobreza.

DECISIÓN

Por lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Civil del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia apelada proferida el 04 de octubre de 2019 por el Juzgado 016 Civil del Circuito de Medellín y, en su lugar, NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. Sin condena en costas de ambas instancias porque la parte demandante, cuenta con amparo de pobreza.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

² Artículo 11 de la Resolución 1995 de 1999 expedida por el Ministerio de Salud y por la cual se establecen normas para el manejo de la Historia Clínica.

Los magistrados,



MARTHA CECILIA LEMA VILLADA



RICARDO LEÓN CARVAJAL MARTÍNEZ



LUIS ENRIQUE GIL MARÍN