

Doctor

JUAN CARLOS CERON DIAZ.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA.

SALA TERCERA DE DECISION CIVIL-FAMILIA

E. S. D.

REFERENCIA: PROCESO VERBAL

RAD.080013153010 2021-00036-01

RAD.INTERNO.44.297

DEMANDANTES: CARLOS GUZMAN ROMERO Y CLAUDIA ROSA ROLDAN VELASQUEZ.

DEMANDADOS: YEPES RESTREPO & CIA S. EN C Y OTROS

DIEGO MALDONADO VELEZ, abogado en ejercicio, identificado como aparece al pie de mi firma, portador de la T.P. No. 32.395 del C.S.J., actuando en mi carácter de apoderado judicial de la entidad **YEPES RESTREPO & CIA S. EN C. COMANDITA SIMPLE**, demandado dentro del proceso a que alude el epígrafe, por medio del presente escrito procedo a sustentar la APELACION de la sentencia en consonancia con los reparos inicialmente formulados:

1.-ERROR Y FALSO JUICIO DE RACIOCINIO AL AFIRMAR EN LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCA COMO VERDAD PROCESAL QUE HUBO UN CONSENTIMIENTO INFORMADO EN ABSTRACTO O GENERAL EL CUAL NO ES POSIBLE CONSIDERARLO COMO VALIDO POR CUANTO NO SE ESPECIFICAN Y EXPLICAN LOS ACTOS MEDICOS Y POR CONSIGUIENTE NO SE PUEDE CONSENTIR LO QUE NO SE CONOCE.

Quedó demostrado en el interrogatorio de parte absuelto por el galeno ALFONSO YEPES, que el dr. Yepes el día 30 de Abril de 2019 le explicó al paciente en consulta sobre las causas de la obstrucción nasal, características de la misma, sobre los beneficios y riesgos de la turbinoplastia y maxiloetmoidectomía, y no solo se limitó a explicarles los pormenores del procedimiento de turbinoplastia sino también acerca de la posibilidad de modificar la técnica de turbinoplastia a turbinectomía como otra alternativa explicandole además que sus riesgos son semejantes, y para lo cual el paciente lo autoriza como consta en el consentimiento informado en el punto número dos: 2.- **"El dr. Alfonso Yepes me ha explicado los aspectos mas importantes de la interevención quirurguca que se va a realizar , de su normal evolución y propósito de la interevención quirúrgica o procedimiento especial , las alternativas a esta técnica quirúrgica. También me ha informado de las ventajas, complicaciones molestias y riesgos que puedan producirse.**

Resaltamos y reiteramos que el dr. Alfonso Yepes Rubiano sí le informó al Sr. Carlos Guzman, que durante la intervención quirúrgica se podía modificar el procedimiento inicialmente proyectado, y la alternativa de utilizar otra técnica diferente a la turbinoplastia como lo era la turbinectomía, cuya decisión es tomada durante el interregno de la intervención es decir en el intraoperatorio al verificar cuáles eran las características de la patología nasal, de la hipertrofia de cornetes, siendo lo más indicado la realización de una turbinectomía (**alternativa ante la cual el paciente ha otorgado su asentimiento inicial**) a fin de lograr el objetivo de mejorar la respiración del paciente que era lo fundamental y por lo cual había consultado, y de hecho el galeno tratante lo consiguió como viene probado, por consiguiente la decisión fue la correcta, no exponiendo en consecuencia la autonomía del paciente.

Y es que el medico respeta los síntomas y signos del paciente, les da un sentido a través de la semiótica clínica con respuestas inteligentes a las exigencias de su historia. Su norte es procurar la curación donde se encuentra el conflicto, en el que el método científico(turbinectomia) es usado como propuesta de solución no como imposición mandataria.

Abundando en razones nótese asimismo en el consentimiento informado en el punto 4 se expresa claramente "**que durante la intervención el cirujano o los asistentes pueden modificar el procedimiento inicialmente proyectado**" de lo cual se infiere el margen amplio que se le da para que el galeno interviniente pueda en plena intervención cambiar de procedimiento.

Y como corolario de todo lo anterior obsérvese lo reseñado en el consentimiento informado en el ítem No.5 "**Estoy satisfecho con la información recibida. Se me ha dado la oportunidad de formular todas las preguntas que he creído conveniente y me han sido aclaradas todas las dudas planteadas**"(negritas y subrayas son nuestras)

Bajo las anteriores premisas el silogismo apodíctico es que no se le vulneró su autonomía de la voluntad, máxime cuando el demandante no hizo objeción alguna al firmar el consentimiento informado satisfaciendo todas sus dudas.

2.-ERROR Y FALSO JUICIO DE RACIOCINIO SIN PRUEBA ALGUNA AL AFIRMAR EN LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCA COMO VERDAD PROCESAL QUE HUBO UNA NEGACION INDEFINIDA POR PARTE DEL DR. ALFONSO YEPES DE NO HABERLE INFORMADO AL PACIENTE ANTES O DESPUES DE LA EXTRACCION DE LOS CORNETES Y DE NO HABERSE ACREDITADO LA INFORMACION COMPLETA, VERAZ Y OPROTUNA.

Nada más desdibujado y lejano de la realidad fáctica y documental que dar por sentado semejante afirmación cuando está demostrado al interior del plenario

La doctrina claramente ha señalado que sólo cuando la actuación médica inconsciente sea atentatoria contra la libertad personal o dignidad de la paciente, y haya un comportamiento médico abusivo o arbitrario, podrá asimilarse la falta de consentimiento con la impericia médica, e imponer al facultativo la indemnización de todos los daños. Como sucedería en los casos de operaciones sorpresivas, injustificadamente arriesgadas o experimentales que para el caso puesto de presente no reúne ninguno de dichos presupuestos.

En el presente caso está acreditado que el paciente requería tratamiento quirúrgico necesario e indispensable para procurar preservar su calidad de vida, objetivo que se consiguió con la alternativa de la turbinectomía como está demostrado, y se estableció formalmente por diversos especialistas pares la conveniencia y oportunidad de la operación que se realizó. Por lo que de ningún modo puede aceptarse que la actuación médica haya sido sorpresiva, injustificada o atentatoria contra la libertad o dignidad humana del paciente.

3.-ADEMAS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO SE CUMPLEN LOS ELEMENTOS DEL CONSENTIMIENTO TACITO.

Es admisible un consentimiento tácito? Cuando un paciente asiste a un centro médico existe un contrato implícito y verbal, en el que se entiende que existe un consentimiento. si alguien se presenta aquejado de un dolor por una patología quirúrgica ya diagnosticada y sometida a estudio y tratamiento médico no invasivo sin resolución, se sobreentiende que está consintiendo su curación, se considera que el consentimiento es tácito, salvo que se haya manifestado lo contrario. **En principio será perfectamente válido este consentimiento tácito, así como el verbal.**

Así las cosas, si un **paciente es informado a lo largo del tratamiento de los eventuales riesgos que acarrearía asumir un determinado procedimiento quirúrgico y, a pesar de ello, decide continuar adelante con el mismo, su conducta adquiere una significación dentro del contexto fáctico en que tiene lugar.**

En una palabra, del comportamiento del paciente que se revela en el silencio ante las múltiples advertencias emana la forma de un consentimiento tácito. Es más, mutatis mutandi, podría incluso afirmarse parafraseando al profesor

Hinestrosa¹, que **la conducta humana no se agota en la declaración, que existen otras formas y esta es justamente, el comportamiento o conducta de la cual se deduce la voluntad.**

De los documentos allegados como la historia clínica, las declaraciones e interrogatorios se desprenden que efectivamente el paciente era conocedor de su patología de base, que le generaba problemas para respirar que hacía necesaria y conveniente la cirugía. Y que siendo informado del objetivo, riesgos y beneficios contó con la oportunidad necesaria desde que consultó por primera vez al Dr. Alfonso Yepes en su consultorio y pudo absolver las dudas incluso hasta días después en que efectivamente se practicó la cirugía, incluso estando consciente aún en quirófano. Los hechos positivos de asistir al consultorio del dr. Yepes, firmar consentimiento informado, tramitar la autorización ante la EPS y de acudir presto a la cirugía dejan evidencia que su autonomía nunca fue vulnerada por el Dr. Alfonso Yepes y su voluntad fue respetada durante todo el tiempo, **luego.**

Como ingrediente dialéctico: (en definitiva, presupuesto de una presunción): si el paciente dio su consentimiento a la intervención quirúrgica, tuvo que ser porque ya había sido informado sobre lo que cabía esperar del curso de su patología. Por decirlo de otro modo, vendría a ser el razonamiento de que ninguno de los elementos propios de la información adquiere relevancia cuando lo que resulta del estado de cosas es que: de un lado, su patología (obstrucción nasal) no puede ser combatida más que con el acto médico que se propone; y de otra parte, que esa patología entraña riesgos dentro del curso previsible de los acontecimientos- que el acto médico como tal pueda implicar y es la convicción de que, aun habiendo sido perfectamente informado de riesgos y de alternativas, el paciente habría optado -de forma inequívoca- por la acción curativa que sobre él se practicó.(las negritas y cursivas son nuestras)

Adicionalmente, debe considerarse para el caso concreto, que la parte demandante es un profesional connotado, que cuenta con una experiencia decantada en su vida profesional como abogado siendo de público conocimiento que tuvo un alto cargo ejecutivo en la Cámara de Comercio de Barranquilla, como director del Centro de Conciliación y Arbitraje y hoy en día funge como asesor corporativo tal como lo expresó su propia esposa al absolver

¹ HINESTROSA, Fernando, Curso de obligaciones (conferencias), segunda edición mimeografiada, Bogotá, Facultad de Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1961, p. 124

Interrogatorio De Parte, por consiguiente goza de suficiente capacidad cognitiva como para satisfacer todas y cada una de sus inquietudes de cara al consentimiento informado que firmó previamente a la intervención realizada. Obsérvese lo expresado en el consentimiento informado en el ítem No.5 lo cual ya señalamos ut-supra: "**Estoy satisfecho con la información recibida. Se me ha dado la oportunidad de formular todas las preguntas que he creído conveniente y me han sido aclaradas todas las dudas planteadas**" (negritas y subrayas son nuestras).

Lo anterior se traduce que estamos frente a hechos positivos que acreditan que si existió consentimiento informado claro y verás por lo que ha de concluirse que:

1. La condición de salud del paciente no tenía alternativa terapéutica diferente a la intervención quirúrgica, lo cual el paciente entendió y aceptó su condición clínica y el manejo ofrecido por el Dr. Yepes pues en ninguna parte de la historia ni del proceso hay indicios de alguna negativa a la indicación terapéutica ofrecida por el Dr. Yepes.
2. El nivel cultural y de estatus socioeconómico le permitía entender su condición clínica y acudir donde el dr. Alfonso Yepes para someterse a la intervención quirúrgica requerida para su condición clínica.
3. Por su capacidad cognitiva pudo atender el contenido del consentimiento informado y satisfacer todas sus dudas
- 4.- Tramitar la autorización ante la EPS y de acudir presto a la cirugía.
- 5.- La condición clínico patológica del paciente colocado en una encrucijada real de sopesar los riesgos de su enfermedad de no practicarse la cirugía, no le permitía rechazar o postergar la decisión quirúrgica dado los beneficios de dicha intervención.

La relevancia o importancia que se le ha dado al consentimiento informado merece una especial reflexión, pues los debates que se han generado han satanizado el mismo abusándose en los estrados judiciales de su verdadero alcance y objetivo al amparo del ropaje de la autonomía de la voluntad del paciente, desconociendo a la vez el principio de discrecionalidad científica con que actúa el galeno dentro del marco de la ética, la técnica y el derecho, pues pareciera que se parte de afirmar prácticamente de la mala fe del proceder del galeno, olvidándose que este actúa en procura precisamente del bienestar y la salud de su paciente.

Al respecto el CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá, D. C, tres (3) de mayo de dos mil siete (2007). Expediente: 16.098 (R-5556)

“En todo caso, para calibrar el grado de información que debe recibir el paciente, debemos atender siempre a la finalidad perseguida con ella. La información, en este caso, está en función del consentimiento: para que éste pueda ser prestado libremente y con conocimiento de causa es preciso que el enfermo conozca lo esencial y en los términos más comprensibles posibles, que le permitan hacerse una idea de su situación y de las distintas alternativas por las que puede optar –entre las que se encuentra la no intervención-, así como los riesgos asociados a cada una de ellas.

--Por lo tanto, si como acepta la Sala en la sentencia, el consentimiento informado es un principio, por lo que su aplicación debe adecuarse al caso concreto, y puede ser acreditado por diversos medios de prueba, no sólo mediante un documento que contenga la voluntad expresa del paciente, analizados en su conjunto los elementos de convicción que obran en el expediente, entre ellas, las diferentes remisiones médicas, **la autorización suscrita, el dictamen pericial y las manifestaciones que se consignan en la historia clínica,** se infiere que si hubo un consentimiento informado por parte de la paciente en la intervención médico quirúrgica del sub. lite, **máxime cuando en su condición de mujer el conocimiento y comprensión sobre los efectos, resultados, ventajas y riesgos físicos y psíquicos del procedimiento al que decidió en forma libre y autónoma someterse estaban a su alcance.”**

4.-VERIFICACION EQUIVOCADA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO.

En alusión al documento denominado “CONSENTIMIENTO INFORMADO, obrante en el proceso, debo manifestar y dejar por sentado que la exigencia de la constancia escrita de la información tiene, para casos como el que se enjuicia, valor *ad probationem*, y puede ofrecerse de forma verbal, en función de las circunstancias del caso. La forma documental se considera como la más adecuada para demostrar su existencia y contenido.

Respecto a la extensión de información en estos casos, debe efectuarse en términos razonables a la intervención efectuada. **Coloquialmente “ni tanto que queme el santo, ni poco que no lo alumbre”²**

² (...)”Con todo, el consentimiento informado tiene dos características que lo hacen particular. Por un lado, se trata de un principio constitucional, lo cual significa que la información que el médico le suministra al paciente no siempre resulta exigible en igual grado, y aun cuando en tal sentido no se pueden formular reglas generales a priori, dependiendo de la ponderación conjunta de una serie de variables, el médico debe

No cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester **interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica** no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario.

Señala LLAMAS POMBO que *"la exigencia de consentimiento será tanto más rígida cuanto más nos alejemos de tal finalidad puramente curativa, llegando a ser inexcusable cuando dicho objeto desaparece"*.

El consentimiento informado se ajusta a una forma documental, como la que aparece acreditada en el caso, *ad probationem* resulta la más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido. Vistas así las cosas, el documento correspondiente al Consentimiento informado goza de claridad, concreción y simplicidad, contrario a la apreciación que efectúa el juez primigenio. Y es que frente al caso que nos ocupa no se vislumbra que se trate de información incomprensible o ambigua u oscura o incompleta, luego, el documento en su contenido goza de información clara y precisa, la interpretación en esas condiciones esta proscrita. La intención, evidencia una voluntad clara, proporciona suficiente información en torno a su ámbito de aplicabilidad.

Al margen de lo anterior, la doctrina ha llegado a considerar inclusive que puede no haber daño indemnizable cuando la actuación curativa del médico se manifiesta como tan evidente imprescindible, que la falta de información se muestra irrelevante(que para el caso puesto de presente si la hubo), a la luz de una racional interpretación de las cosas. Son casos en los que no puede decirse que se haya privado al paciente de la posibilidad "real" de decidir, estos es, de ejercitar el derecho a la autodeterminación.

En el caso sub judice, no ha existido vulneración del deber de información al paciente y obtención de su consentimiento informado, no se encuentra justificada la imputación causal del resultado dañoso a la supuesta insuficiencia de información, y ello por cuanto se considera probado no solo del acervo probatorio que si se cumplió a satisfacción, sino también que **la intervención quirúrgica realizada era necesaria**, y asimismo que **la decisión médica de actuar de forma inmediata era la más aceptable para cualquier otro profesional que se**

darle información más o menos cualificada, al sujeto afectado.el médico debe darle información más o menos cualificada al sujeto afectado (...)" (Corte Constitucional, sentencia T-850 de 2022

encontrara en ese mismo supuesto, como al unísono los pares médicos(Dres.Eparquio Gonzalez, Dr. Antonio Ballestas y dr. Benjamin Herrera)soportaron tal asertivo.

La circunstancia de no haberse informado debidamente a la paciente sobre la cirugía a realizar, circunstancia que aparece desacreditada probatoriamente, **no desempeña una virtualidad causal en el resultado producido, puesto que del relato de hechos que hemos aceptado se desprende que la operación se desarrolló adecuadamente, que era necesaria y que, atendidas las circunstancias, la decisión tomada en el caso por el médico interviniente fue la esperable también de cualquier persona situada en la tesitura de arriesgarse a un porcentaje tan mínimo de riesgo como el de autos frente a un seguro futuro tan problemático respecto de la salud del paciente. Los daños corporales derivados de la operación no están, pues, ligados al funcionamiento anormal del servicio por la entidad que represento y del medico tratante y no son indemnizables.**

Aparace acreditado que tanto la turbinoplastia como la turbinectomía son técnicas quirurgica que tienen un propósito común que estaban indicadas para el abordaje de la obstrucción nasal del paciente es decir para mejorar la permeabilidad nasal y asi respirar mejor ,y que la turbinectomía era la mas viable desde la perspectiva científica que va acompañada con la libertad terapéutica y/o discrecionalidad científica del especialista y en lo particular del dr. Yepes, dado que en pleno escenario de la intervención es decir intraoperatoriamente es cuando el médico tratante en términos del perito Dr. Carlos Silva puede evidenciar el tamaño real de las estructuras en este caso de los cornetes inferiores. Se trataba entonces la turbinectomía de una cirugía curativa signada por la regla de la buena fe como estándar de conducta aceptada por la sociedad.

5.-OMISION JUDICIAL EN LA VALORACION DE LA TEMERIDAD Y FALTA DE LEALTAD PROCESAL EN LA EVALUACION DE LA CONDUCTA DE LA PARTE DEMANDANTE.

La parte demandante no tuvo un comportamiento probo al reseñar en su libelo genitor afirmaciones fuera de la realidad fáctica y documental como está probado al interior del plenario. En efecto obsérvese como plantea que el posoperatorio fue traumático y doloroso y que en dos ocasiones tuvo que acudir a la urgencia de la Clínica Del Caribe para que lo atendieran debido a su grave estado de salud como consecuencia de la perdida de sangre por la nariz, y que que como consecuencia de la intervención no autorizada comporta secuelas fisiológicas permanentes que afectan la función normal de inhalación.

Contrario a lo manifestado y de acuerdo a la historia clínica de la Clinica Del Caribe los ingresos se dieron por una rino faringitis aguda (resfriado común) el cual puede presentar cualquier persona, sin que se encuentre exclusivamente asociado a las cirugías practicadas por mi defendido. Y en las notas de historia clínica de la Clínica del Caribe, se registró secreción de líquido serohemático, que

es algo muy distinto a sangre y que corresponde a las complicaciones o riesgos inherentes inherente de las cirugías practicadas, lo que fue advertido al paciente, como consta en el consentimiento informado, por lo que los ingresos a la clínica del caribe no se dieron por ningún estado grave de su salud.

*Y en la atención de 22 de Junio de 2019 luego del examen físico realizado por el dr. Alfonso Yepes se reseña : Buena evolución y cicatrización y en la última atención de fecha 19 de Julio de 2019:se describe fosas permeables, con ligera secreción se realiza limpieza indicando lavados nasales y se afirma que el paciente refiere buena evolución **y manifiesta que está respirando muy bien**, lo que indica que se consiguió el propósito de desobstruir las cavidades nasales, se recomienda control en 15 días y el paciente no regresa más al consultorio del dr. Yepes.*

- La buena evolución y el cumplimiento del objetivo de la intervención realizada por el dr. Yepes quedó ratificada con la declaración que expuso el especialista par dr. Antonio ballestas, quien claramente ilustró al despacho manifestando que en una de las atenciones realizadas y más concretamente en la de septiembre 25 de 2020 en su consultorio el paciente tubo un cambio notable en relación con las otras atenciones que él le realizó dado que no había costras y el paciente no se quejaba de obstrucción ni de secreción, lo cual quiere decir que las complicaciones presentadas por motivo de la intervención realizada por el dr. Yepes fueron superadas en un período de tiempo considerado como dentro de los parámetros normales, lo cual deja sin estribo alguno la afirmación de haber quedado con secuelas fisiológicas permanentes que afectan la función normal de inhalación.

A su turno en el pantallazo por whastapp anexo al expediente el paciente le manifiesta al Dr. Yepes: **Mi querido doc, buenas noches, te cuento que estoy super!!. La respiración uffff que alivio!!. Las cosas van bien"**

Todo lo anterior demuestra la conducta temeraria por parte del actor y su falta de lealtad procesal.

6.-ERROR GRAVE Y TRASCENDENTAL EN LA VALORACION DE LAS PRUEBAS.

Respecto de esta tarea, a nuestro parecer, el *a-quo* no realizó un examen justo ni completo, por lo que me atrevo a calificarlo como deficiente, lo cual trae como consecuencia que sea defectuosa la conclusión que de allí se extrajo, merced a una errónea valoración de las pruebas y a una acusada omisión de ciertos aspectos que debieron ser tenidos en cuenta, a guisa ejemplo: a) el interrogatorio de parte absuelto por el Dr. Alfonso Yepes y el contenido del consentimiento informado en el que se evidencia que este fue claro y que el demandante

consintió manifestando que había absuelto sus dudas y entendía todo su contenido al expresar que se le **dió la oportunidad de formular todas las preguntas que creyó conveniente y le fueron aclaradas todas las dudas planteadas**", b) la historia clínica y las pruebas testimoniales de los médicos pares quienes fueron coincidentes al afirmar acerca de los beneficios de la técnica utilizada consiguiéndose el objetivo de la desobstrucción nasal. Pruebas que al ser analizadas en su conjunto, dan lugar a la absolución de la entidad que represento y al dr. Alfonso Yepes de cualquier predicado de responsabilidad.

Las evidencias descritas anteriormente no fueron escrutadas por el *a-quo* en suma, la tarea del *a-quo*, en cuanto hace al examen crítico de las pruebas en la sentencia no se efectuó, lo cual permite tacharla de incompleta y, por lo tanto, susceptible de poder formularle objeciones, en la medida en que lo realizado y lo que no se hizo no se compadece con lo que se espera de una labor judicial ajustada a la ley y a los postulados disciplinarios, ontológicos y éticos del Derecho.

7.- AUSENCIA DE OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE MI PODERDANTE E INEXISTENCIA DEL NEXO CASUAL.

No basta con que el *a-quo* pueda genérica y simplemente afirmar que las pruebas acreditan la responsabilidad del dr. Alfonso Yepes y de contera en contra de la entidad que represento para que sobre ello fundamente la declaración y condena contra la parte pasiva. No sólo es necesario e imperioso que el *a-quo* especifique cuáles son los medios probatorios que sustentan su aseveración, sino que también es indispensable que demuestre cómo los estimó, qué valor les concedió y cómo los justipreció para poder respaldar su conclusión.

Muy por el contrario, los interrogatorios de parte, los testimonios de los médicos especialistas, dictamen pericial, consentimiento informado e historia clínica introducidas al plenario son consistentes en la demostración de la ausencia de cualquier predicado de responsabilidad del dr. Alfonso Yepes y a su turno de la entidad que represento. Y es que los testigos especialistas son contestes en sus declaraciones en punto a que la turbinectomía era una excelente opción para obtener el resultado querido y que a la luz de la historia clínica se cumplió el objetivo.

Cabe destacar y resaltar que el perjuicio endilgado como daño moral no fue planteado como falla u omisión endilgable al dr. Alfonso Yepes y a la entidad médica demandada que represento, en la relación de los hechos de la

demanda ni en las pretensiones, desprovisto de prueba alguna constitutiva de nexo causal, por no reunir los requisitos al daño pretendido en la demanda como interés autónomo protegido de carácter extra patrimonial y como afectación de su derecho a la dignidad por consiguiente no se puede condenar por fuera de un daño que no se puede considerar como indemnizable, con lo cual se transgredió evidentemente el principio de la congruencia de la sentencia establecido por el artículo 281 del C.G.P., incluido su inciso 3º., cuando señala: **“Congruencias. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.**

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio.”
(Negrilla y subrayado es nuestro)

El planteamiento de la tesis y consideraciones antes expuestas por el fallador de primera instancia, amén de ser contrario al principio de la congruencia de la sentencia, repito, por cuanto tales circunstancias NO fueron planteadas de forma alguna en los hechos de la demanda, y como consecuencia de ello, sobre las mismas la entidad que represento nunca se pronunció al momento de efectuar la contestación de la defensa, es claro que argumentar y soportar un fallo de primera instancia basado en tales supuestos, apunta a no dudarlos señores Magistrados a conculcar lesiva y gravemente el derecho de defensa y contradicción de la entidad que apodero.

En este sentido, la Honorable Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Civil, en sentencia SC15211-2017, Radicación n° 11001-31-03-019-2011-00224-01, de fecha 26 de Septiembre de 2017 con ponencia del Dr. AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO, ha señalado: **“La incongruencia se presenta, entonces, cuando el juez decide el caso por fuera de las pretensiones o excepciones probadas (extra**

petita), o más allá de lo pedido (ultra petita), o cercenando lo que fue objeto de alegación y demostración (citra petita), como lo ha señalado la Corte: [Su] incumplimiento es de antaño inscrito en una de estas tres posibilidades: en primer lugar, cuando en la sentencia se otorga más de lo pedido, sin que el juzgador estuviese facultado oficiosamente para concederlo (ultra petita); en segundo lugar, cuando en la sentencia olvida el fallador decidir, así sea implícitamente, alguna de las pretensiones o de las excepciones formuladas (mínima petita); y en tercer lugar, **cuando en el fallo decide sobre puntos que no han sido objeto del litigio, o, de un tiempo a esta parte, en Colombia, con apoyo en hechos diferentes a los invocados** (extra petita)... (SC1806, 25 feb. 2015, rad. n° 2000-00108-01).

Adicionalmente, esta causal se configura en los eventos que la sentencia no guarda correlación con «**las afirmaciones formuladas por las partes**», puesto que «**es obvio que el juez no puede hacer mérito de un hecho que no haya sido afirmado por ninguna de ellas**»³. De allí que «**a la incongruencia se puede llegar porque el juzgador se aparta de los extremos fácticos del debate**» (CSJ, SC, 7 mar. 1997, rad. n° 4636).» (Subrayado y negrilla es nuestro).

Por lo anterior, se estima como suficientemente contundente para disponer la REVOCATORA del fallo en esta segunda instancia Honorables Magistrados, la circunstancia LESIVA Y VIOLATORIA DEL DERECHO DE DEFENSA de haber tenido en cuenta u analizado el fallador en sus consideraciones, **un hecho o pretensión que no fue planteado por la parte demandante**, como daño moral autónomo.

La falta de consentimiento informado no puede por sí misma dar lugar a la responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno para el paciente. En otras palabras, para que exista responsabilidad es imprescindible que de este acto médico se derive un «daño antijurídico».

Si no existe una relación causal entre la falta de consentimiento y el daño sufrido por el paciente, en este caso, no existirá un derecho a la reparación del daño, ya que esa falta de consentimiento no es «causa» del daño.

Ahora bien contrario a lo manifestado por el juez de instancia si está probado que no hubo vulneración alguna a la voluntad del paciente habida consideración que éste sí tenía conocimiento de la alternativa de la turbinectomía por consiguiente de la tarea inferencial ha de concluirse que no existe relación de

³ Lino Enrique Palacio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Lexis-Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 393.

causalidad de cara a la intervención de turbinectomía y la intromisión y el desconocimiento de los derechos del paciente porque precisamente éste tuvo pleno conocimiento de dicha alternativa como quedó probado.

Y es que quedó demostrado que el dr. Alfonso Yepes no solo se limitó a explicarles los pormenores del procedimiento que se iba a realizar de turbinoplastia y de la maxiloetmoidectomía-septoplastia, sino también acerca de la posibilidad de modificar la técnica de turbinoplastia hacia otro procedimiento como la turbinectomía, en la medida que las condiciones así lo aconsejaran, explicándole los riesgos y beneficios para lo cual el paciente lo autoriza como consta en el consentimiento informado dejando evidencia que su autonomía nunca fue vulnerada por el Dr. Yepes y por consiguiente su voluntad fue respetada. Luego no le asiste la razón al señor juez de conocimiento, cuando expresa que hubo falta de información por parte del Dr. Alfonso Yepes, en punto a la alternativa de la turbinectomía realizada, cuando está acreditado que el paciente ya estaba informado, del objetivo, riesgos y beneficios contando con la oportunidad necesaria desde que consultó por primera vez al Dr. YEPES en su consultorio para absolver sus dudas incluso al momento de firmar el consentimiento informado como viene señalado.

Cabe resaltar que ante la no presencia de familiar alguno en sala, lo que le correspondía al dr. Alfonso Yepes era tomar la decisión por él mismo, tal como lo expresaron los testigos especialistas ya que no se puede dejar a un paciente sometido bajo anestesia para ir a buscar el consentimiento de la familia, lo cual censura el *Aquo* y lo que genera otra circunstancia que no fue objeto de reproche, vulnerando el principio de congruencia.

8.-INEXACTITUDES EN LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

La sentencia del *a-quo* incurrió en inexactitudes, desde la inadecuada exposición de los antecedentes, tanto en los hechos como en las pretensiones, y sobre todo en su motivación, determinadas por falencias conceptuales en los razonamientos necesarios para fundamentar las conclusiones, debido a errores de argumentación en el razonamiento judicial, así como a vacíos en la sustentación de las consideraciones de la sentencia dado que el perjuicio endilgado como daño moral no fue el pretendido como bien viene señalado *ut supra*.

Bajo este mismo talante obsérvese lo expresado por el Juez de conocimiento cuando manifiesta (...) “ Este punto es de especial relevancia al caso bajo estudio toda vez que el incumplimiento total o parcial de la obligación medica de informar al paciente no es per se causa de un daño a la salud, por el contrario es admisible un escenario en la que la actuación fue medicamente correcta

pero hubo una ausencia total de consentimiento informado, como es este caso, en donde la parte demandada se excusa en que la cirugía practicada de turbinectomía consiguió el objetivo perseguido con la otra cirugía inicialmente planteada de turbinoplastia, y que ambas eran similares, con beneficios, riesgos y complicaciones muy parecidas. Aun en este escenario, no es aceptable la intromisión al cuerpo del demandante sin su autorización en una cirugía mas invasiva de extracción de cornetes, en lugar de reducción de cornetes".

Silogismo imperfecto a todas luces lejano de la realidad fáctica y documental habida consideración que contrario a lo manifestado por el operador jurídico no hubo ausencia total de consentimiento informado como se ha demostrado de manera indefectible e inequívoca toda vez que si hubo consentimiento informado en el que incluso se explica o se reseña el abordaje a través de otra alternativa como lo fue la turbinectomía con la que se consiguió definitivamente el objetivo no vulnerándose en consecuencia el derecho de autonomía , libertad y dignidad humana del paciente.

9.- DESACERTADA DETERMINACION EN LA LIQUIDACIÓN DE LOS PERJUICIOS MORALES POR NO VISLUMBVARSE UN PARÁMETRO RACIONAL DE TASACIÓN.

La medida del daño moral en los eventos de falta de consentimiento informado(que para el caso puesto a consideración si lo hubo) deberá establecerse en relación con el mayor o menor desmejoramiento de las condiciones de salud del paciente; el carácter invasivo y agobiante del tratamiento médico en el ámbito de la autonomía personal; la incidencia de ese tratamiento sobre su vida, y la existencia o no de alternativas menos riesgosas, entre otros factores que deben servir al juez para establecer la cuantía de la indemnización.

Por sabido se tiene que lo que se indemniza es el dolor moral que sufre el paciente como consecuencia de habersele conculcado su derecho a decidir libremente el someterse a un tratamiento que implicaba riesgo. Ahora la graduación de la indemnización tendrá en consideración la intensidad del dolor moral padecido, el cual a su vez debe atender, lo arriba señalado.

Sin embargo para el caso puesto de presente el daño moral por el que se condena es un daño moral autónomo y solo puede otorgarse una indemnización única y exclusivamente a la víctima directa, sin embargo el A-quo extiende la condena a la señora Claudia Roldan Velásquez, lo cual resulta contradictorio. Al respecto en reciente jurisprudencia el Consejo de Estado expresó (...)"Es un daño autónomo: no depende de otras categorías de daños, porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente reconocidos, como

los perjuicios materiales, el daño a la salud y el daño moral, ni depende del agotamiento previo de otros requisitos, ya que su concreción se realiza mediante presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular. // iv) La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva: los efectos del daño se manifiestan en el tiempo, de acuerdo al grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la víctima directa e indirecta de gozar y disfrutar plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales(...)"⁴

Dicho lo anterior al trasegar por el informativo se denota prima facie que el daño moral pretendido por el extremo activo no fue pretendido en su demanda como bien lo hemos arriba enunciado.

Ahora bien es menester aclarar que no hubo padecimiento o dolor por parte del paciente por la presunta falta de información en tanto y en cuanto los riesgos que padeció fueron mínimos, riesgos propios y consecuentes con la intervención realizada que a la postre fueron superados dada su notable recuperación de cara a las costras y/o mucosidades padecidas.

Y de cara a la condena por daño autónomo no se compadece con los criterios jurisprudenciales al tasar una cuantía de ochenta millones de pesos(\$80.000.000)M/cte., a favor de la parte demandante al amparo del arbitrio judicial ya que se reconoce la suma de \$50.000.000 a favor del demandante CARLOS GUZMAN ROMERO y la suma de \$30.000.000 para la demandante CLAUDIA ROLDAN VELASQUES, lo cual nos parece a todas luces exagerado, habida cuenta que desborda los límites que ha establecido la jurisprudencia amén de que por ser un daño autónomo no lo puede extender de rebote hacia la señora demandante. Nótese como en sentencia reciente del CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A CONSEJERA PONENTE: MARÍA ADRIANA MARÍN Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintidós (2022) Radicación número: 76001-23-31-000-2010-01727-02 (66340), por un tema de consentimiento informado (daño moral autónomo)se condenó a la entidad hospitalaria a pagar, por concepto de daño a bienes constitucional y convencionalmente protegidos, treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por sabido se tiene que para que se genere la obligación de reparar el daño causado que nos ocupa por una intervención médica no consentida, no se requiere que dicha intervención cause al paciente un daño corporal. La materialización o no de los riesgos propios de la intervención de que se trate,

⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A CONSEJERA PONENTE: MARÍA ADRIANA MARÍN Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintidós (2022) Radicación número: 76001-23-31-000-2010-01727-02 (66340),

cuando éstos debieron y pudieron haber sido advertidos al paciente, constituye un asunto marginal en este tipo de daño, porque el mismo se causa con la sola omisión del deber de obtener el consentimiento informado del paciente, o de quienes deban decidir por él, en tanto es esa omisión la que afecta sus derechos a su Dignidad, su Autonomía y su Libertad, los cuales constituyen en sí mismos bienes inherentes al ser humano, susceptibles de reparación cuando sean vulnerados.

En pocos términos, lo que se indemniza es el dolor moral que sufre el paciente como consecuencia de habersele conculcado su derecho a decidir libremente el someterse a un tratamiento que implicaba riesgo. Ahora la graduación de la indemnización tendrá en consideración la intensidad del dolor moral padecido, el cual a su vez debe atender, como ya se señaló, circunstancias tales como: el mayor o menor desmejoramiento de las condiciones de salud del paciente (obtuvo mejoría con la intervención realizada) el carácter invasivo y agobiante del tratamiento médico (no lo hubo) en el ámbito de la autonomía personal; la incidencia de ese tratamiento sobre su vida, y la existencia o no de alternativas menos riesgosas, entre otros factores lo cual no tuvo en cuenta el Juez primigenio al condenar a los demandados.

Acorde con los argumentos sustentados, solicitamos se revoque la sentencia de primera instancia en su totalidad proferida por el Juzgado Decimo Civil Del Circuito de fecha Agosto 17 de 2022.

Sinceramente,



DIEGO MALDONADO VELEZ.

C.C.No.8.703.692 de Barranquilla.

T.P.NO.32.395 del C.S.J.