

S-2023

Proceso:

Demandantes:

Demandada:

Radicado:

Asunto:

Verbal

Flor Alba Gil Marín y otros

Clínica Medellín S.A.

05001 31 03 008 2021 00068 01

Confirma sentencia impugnada

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
-SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL-**

Medellín, nueve (09) de octubre del dos mil veintitrés (2023).

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia del 31 de enero de 2023, mediante la cual el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Oralidad de Medellín dirimió la controversia en el proceso Verbal con pretensión declarativa de Responsabilidad Civil Médica, promovida por Hernán Buriticá Gil y Flor Alba Gil Marín, quien actúa en nombre propio y en representación del menor Lisandro Buriticá Gil, en contra de la Clínica Medellín S.A., función juzgadora que se acomete de la forma como se sigue:

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones. El día 24 de febrero de 2021 los citados actores, por intermedio de apoderado judicial, demandaron a la Clínica Medellín S.A., para que, a través del proceso declarativo con trámite verbal, se le declarara civilmente responsable a esta de los perjuicios ocasionados a los demandantes, a causa de la insuficiencia del consentimiento informado y por faltar a las reglas de la *lex artis médica*, al someter a la paciente Flor Alba Gil Marín a un procedimiento quirúrgico erróneo, lo que propició un trauma del nervio pudendo y una incontinencia fecal permanente, debiendo ser condenada la Clínica demandada, según las pretensiones, a pagar un perjuicio patrimonial que asciende a \$70.743.949,3, discriminado así; lucro cesante consolidado \$5.525.475,71 y lucro cesante futuro \$65.218.473,59.

De igual forma, solicitó el pago de perjuicio extrapatrimonial, el cual discriminó así: por perjuicio moral, la suma equivalente 40 smlmv para cada uno de los demandantes y, por concepto de daño a la vida de relación, solicitó el equivalente a la suma de 20 smlmv; igual suma solicitó la señora Flor Alba Gil Marín a su favor, por concepto de daños a bienes constitucionalmente protegidos.

2. Fundamentos Fácticos. Los hechos fundantes de sus pretensiones se

sintetizan de la siguiente manera:

2.1. Que, en marzo de 2016, personal de salud de la Clínica Medellín le practicó a la señora Flor Alba Gil una colonoscopia que arrojó un diagnóstico de fisura anal crónica. Sobre este resultado no se brindó ninguna información a la paciente.

2.2. Que, para la recuperación, le indicaron a la señora Flor Alba Gil que debían realizarle una cirugía sin ofrecerle ningún tratamiento alternativo –como por ej. medidas farmacológicas y, tampoco le explicaron los resultados de la colonoscopia.

2.3. La señora Flor Alba Gil estaba afiliada a la EPS Savia Salud en el régimen subsidiado, sin embargo, no tuvo ningún contacto con la EPS para la autorización del procedimiento, el cual fue autorizado el mismo día de la cirugía.

2.4. Que, el trabajo pericial allegado por la parte actora detalla que la esfinterotomía anal externa no es el procedimiento para el tratamiento quirúrgico de la fisura anal crónica padecida por la paciente Flor Alba Gil. Indicó que la *lex artis médica* dicta que el procedimiento quirúrgico para tratar la fisura anal crónica es la fisurectomía anal con esfinterotomía anal **interna** y este no fue el procedimiento realizado en la Clínica Medellín, sino que lo realizado fue una esfinterotomía anal externa no indicada para corregir la fisura anal crónica, siendo esa la génesis de donde surgió la incontinencia fecal, la que tampoco le fue informada como riesgo inherente, sin que la paciente hubiese tenido la oportunidad de dar su consentimiento para asumir ese riesgo.

2.5. Que este hecho le cambió la vida a la señora Flor Alba Gil, pues resultó con denervación parcial del esfínter anal y neuropatía bilateral de los nervios pudendos, así como también pasó de forma infructuosa por terapias de piso pélvico. Que su condición corporal cambió, al punto de no poder sentarse o tener la misma postura como lo haría cualquier persona normal. Incluso, que la limitación física es tan evidente, pues no puede hacer fuerza o actividad física alguna, además de no poder subir escaleras y necesitar siempre un baño a disposición.

2.6. Los aquí demandantes acusan sufrimiento y consideran que dicho daño se dio por negligencia e imprudencia de la clínica accionada, los cuales generaron los perjuicios materiales y extrapatrimoniales, en las cuantías ya indicadas.

3. Actuación procesal. El Juzgado Octavo Civil del Circuito de Medellín admitió la demanda mediante auto del 07 de abril de 2021. La Clínica demandada fue notificada debidamente y, dentro del término del traslado contestó la demanda en los siguientes términos:

3.1. Llegó al proceso oponiéndose a las pretensiones de la demanda, por lo que desconoció como verdaderos los hechos de la demanda y pasó a relatarlos en la forma como dice haber ocurrido realmente, empezando por relatar los verdaderos motivos por los cuales consultó la señora Flor Alba Gil, quien llegó con un cuadro de fisura anal, destacando que su historia clínica evidencia problemas de salud, por lo menos, desde el año 2008, fecha a partir de la cual se aportó la historia clínica que obra en el expediente, de la cual se desprende que la paciente tuvo una histerectomía abdominal por emergencia posparto, misma que se denomina atonía uterina, lo que causa sangrado con incidencia en la anatomía de la paciente y en las terminaciones nerviosas del piso pélvico, al tiempo que en el año 2011 se evidencian los primeros síntomas de sangrado rectal, por lo que al consultar en la Clínica Medellín S.A., esto es, cinco años después, ya había sido atendida en múltiples ocasiones en las que le brindaron diversos tratamientos para su patología, pero sin mejoría.

Detalló las atenciones brindadas a la paciente desde su ingreso a la institución, siendo internada allí durante tres días, tiempo durante el cual estuvo en constante diálogo con los médicos tratantes, quienes le explicaron el diagnóstico y las posibilidades para el tratamiento de su patología. Advirtió, así mismo la demandada, que para el momento de la atención el 16 de marzo del 2016, ya la paciente tenía una colonoscopia realizada con quince días de anterioridad en otra institución, en la cual le diagnosticaron la presencia de una fisura anal crónica, lo que implicaba someterse a un tratamiento quirúrgico, por cuanto el tratamiento médico con Nifedipina y otros fármacos -que son de larga duración y progresión lenta-, no eran adecuados por la poca respuesta positiva frente a una dolencia crónica no urgente, pues diferente habría sido el tratamiento frente a una fisura anal aguda (que tiene un inicio y fin de clara definición y que son en esencia de corta duración).

Resaltó la demandada, que el procedimiento realizado fue una resección elíptica o fisurectomía y esfinterotomía interna y que la referencia a la realización de una esfinterotomía externa que aparece en la historia clínica fue un simple error de

transcripción que de inmediato se corrigió, máxime cuando según la ciencia médica ese tipo de procedimiento no es adecuado para corregir una fisura anal crónica. Enseguida expuso, teniendo en cuenta que la técnica quirúrgica fue la INTERNA y no la externa, es necesario aclarar que la incontinencia fecal es un riesgo inherente de la EXTERNA, destacando que la evolución posoperatoria de la paciente fue completamente normal, sin dolor, ni sangrado, ni incontinencia, como consta en la Historia Clínica, habiéndosele dado de alta con instrucciones de cuidado en casa.

Seguidamente, formuló las siguientes excepciones de mérito: **i)** no existen hechos que fundamenten las pretensiones de la demanda, al tiempo que no existe causa petendi frente a mi representada; **ii)** la obligación de la clínica Medellín S.A. es de medios más no de resultados, porque en responsabilidad médica se parte del criterio de culpa probada; **iii)** cumplimiento de protocolos médicos e inexistente violación de la *lex artis ad hoc*; **iv)** inexistencia de los elementos propios de la responsabilidad civil e, **v)** indebida y exagerada tasación de los perjuicios.

3.2. Llamamiento en garantía. Seguidamente, en virtud de póliza de Responsabilidad Civil Médica número **12-41651**, la clínica demandada llamó en garantía a la compañía Aseguradora Chubb Seguros de Colombia S.A., vínculo aseguraticio que se encontraba vigente para la fecha de ocurrencia de los hechos, contrato en el que basó su llamado en garantía, para pedir que la llamada fuera condenada al reembolso si resultare procedente.

La Compañía Aseguradora dio respuesta tanto a la demanda como al llamamiento. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y formuló en su modalidad de mérito las siguientes excepciones: **i)** Diligencia y cuidado: Ausencia de culpa de la asegurada clínica Medellín; **ii)** Ausencia de nexo de causalidad; **iii)** improcedencia de la reparación de los perjuicios solicitados, **iv)** inexistencia de prueba y excesiva tasación de los perjuicios extrapatrimoniales e, **v)** improcedencia de una sentencia condenatoria.

Sobre el llamamiento en garantía la entidad formuló las excepciones que denominó: **i)** inexistencia de siniestro bajo el amparo básico de Responsabilidad Civil Profesional Médica para Instituciones Médicas, de la Póliza No. 12-41651, por ausencia de responsabilidad de la Clínica Medellín S.A; **ii)** Exclusión de errores administrativos de la Póliza de Responsabilidad Civil Profesional para Instituciones

Médicas No. 12- 41651; **iii)** Modalidad de cobertura de reclamación con período de retroactividad y, **iv)** Valores asegurados y deducibles aplicables de la Póliza de Responsabilidad Civil Profesional para Instituciones Médicas No. 12-41651.

4. De La sentencia de primera instancia. Fenecido el trámite del proceso previsto en el C. G. del P., incluido el decreto y práctica de pruebas y los respectivos alegatos de conclusión, el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Medellín dictó sentencia el pasado 31 de enero de 2023, en la que resolvió negar las pretensiones de la demanda. En efecto, luego de referirse a los presupuestos que integran los elementos de la responsabilidad civil médica, el funcionario optó por negar valor probatorio al dictamen aportado por la parte actora, de conformidad con el inciso primero del artículo 228 del C. G. del P., debido a la no comparecencia del perito a la audiencia de contradicción programada por el Despacho, seguidamente, indicó que todo se trató de un error de transcripción, amén que desde el punto de vista médico el doctor Luis Santiago Sierra y el perito Jaime Escobar Cardona explicaron por qué se trató de una cirugía de tipo interno y no externo, partiendo de la misma composición anatómica del ano, dejando entrever que la incontinencia fecal se debe a lesiones del nervio pudendo, pero no producto de la cirugía, sino que pudo provenir de la histerectomía y episotomía que ha tenido la paciente con traumas postquirúrgicos al parto, pero que, en todo caso, no devendrían de este tipo de cirugías.

Refiriéndose al trabajo pericial entregado por el experto coloproctólogo Jaime Escobar Cardona, compartió segmentos del mismo, en torno a los cuales reiteró de qué forma los antecedentes de la histerectomía pudieron lesionar el nervio pudendo, mismos que son los que han generado la neuropatía que causa los dolores y la incontinencia fecal a la señora Flor Alba Gil Marín, efectos que nunca pudieron ser causados por el procedimiento denominado esfinterotomía interna, cirugía que en últimas fue la que se le realizó a la paciente.

Frente al consentimiento informado, anotó que el doctor Luis Santiago Sierra - cirujano quien atendió a la paciente-, recordó el diálogo médico que sostuvo con ella, en torno al procedimiento al que iba ser sometida, de este modo, aludiendo al formato de documento obrante en el expediente, señaló que no era necesario que este contuviera al detalle los riesgos no previstos del procedimiento, recalcando de la autonomía del medio tratante en torno al contenido de ese consentimiento

informado de cara al procedimiento a practicar, a lo que sumó que la parte demandante reconoció que no leyó el consentimiento informado, sin importar para el caso que estuviera anotado o no el riesgo de la incontinencia fecal, ya que éste no figura dentro de los riesgos inherentes a dicho procedimiento quirúrgico, mismo que porcentualmente resulta ser mínimo y muy escaso.

Culminó entonces señalando: *“...queda descartado cualquier tipo de mala praxis médica, no hay error en la recepción por urgencias, no hay error en el diagnóstico, no hay error en el tipo de cirugía que se eligió, tanto el perito como los médicos han dicho que a pesar de que existen otros tratamientos no quirúrgicos, por ejemplo, como cremas y lo relacionado con la toxina botulínica, realmente no son tratamientos tan efectivos como la cirugía que fue la que finalmente decidió el médico tratante y con la cual se logró corregir la afección, queda en todo caso así descartado el nexo causal y queda así descartado que esa mala práctica médica y queda descartado también que esa irregularidad, esa omisión, esa falta de haber colocado en el consentimiento informado una eventual incontinencia fecal-urinaria pues es razonable es entendible por qué no se hizo porque en todo caso no tenía casi que ningún porcentaje de probabilidad de ocurrencia dado el tipo de intervención que finalmente se realizó...”*

4. Del recurso de apelación. La parte actora impugnó la sentencia. Así, concedido el recurso de apelación en primera instancia, el mismo fue admitido por la Sala Unitaria del Tribunal, seguidamente, se otorgó el término de rigor para la sustentación, el cual recorrió de forma extemporánea el extremo litigioso, provocando que se declarara desierto el recurso, no obstante, por virtud del recurso de reposición, se tuvo por sustentado desde la primera instancia, en aplicación del precedente vertical de la Corte Constitucional, en sentencia **T-310 de 2023**.

4.1. La inconformidad de la parte actora radicó entonces en señalar, que la historia clínica no registra el procedimiento que se le realizó a la paciente, pues el que se toma como correcto, se encuentra clasificado con el Código No. 495100, procedimiento que ni siquiera se encuentra asentado en la Historia Clínica, prueba que desconoció el a quo, pues, si bien en la descripción operatoria se consigna que se practicó una esfinterotomía interna, esto ni siquiera se consignó en los Códigos de los Procedimientos Realizados.

Que el juez pasó por alto el testimonio médico y la prueba pericial practicada en el proceso, en donde se informa y acepta que existían tratamientos alternativos a la cirugía, mismos que no fueron explicados a la paciente, como tampoco observó

que aquellos afirmaron que el trauma en los músculos del esfínter y la incontinencia fecal son riesgos esperables e inherentes y frente a ellos no se obtuvo el consentimiento de la paciente, de donde precisamente se deriva la culpa médica.

Agrega el apelante, que el señor juez no tuvo en cuenta que el trauma en los músculos del esfínter es un factor que causa incontinencia fecal y que, en torno a ello, se desestimó el dictamen presentado por los demandantes, pese a que gestionaron el Oficio No. 042 y cuentan con amparo de pobreza, aunque de todas maneras los Arts. 154 y siguientes del Código General del Proceso establecen los parámetros para la práctica del mismo; por lo que, finalmente, todos los argumentos que se acaban de resumir le sirvieron a la demandante para pedir que se revoque la sentencia y se concedan las pretensiones.

Pasa ahora el Tribunal a resolver de fondo el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia por la parte demandante, para lo cual se hace aconsejable un recuento breve sobre los lineamientos necesarios para que se configure la responsabilidad demandada, para así poder avanzar en el estudio de las pruebas, lo que le permitirá al Tribunal concluir si existió o no responsabilidad galénica.

II. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales. Cumplidos como se encuentran los presupuestos procesales y atendiendo a que la apelación fue interpuesta en tiempo, así como que el recurso fue bien concedido y admitido, se estima que la Sala ha adquirido competencia para despachar el presente asunto en segunda instancia.

2. De la responsabilidad civil médica. En términos generales, para que se configure una responsabilidad civil, en su modalidad de contractual o extracontractual, aparte de la prueba del contrato para la primera, deben reunirse tres requisitos esenciales para ambas, como son: el daño antijurídico, el hecho culposo y el nexo de causalidad.

Dichos elementos no son ajenos a la responsabilidad médica, sino que, por el contrario, requieren concurrir, para que tenga cabida la obligación de indemnizar, junto con el contrato de salud, en los casos en que haya mediado uno, surgiendo para el personal médico el deber de poner al servicio de su paciente-contratante,

todos sus conocimientos científicos y las técnicas para restablecer su salud, dentro de lo cual se comprende el utilizar los equipos e instrumentos adecuados para un correcto diagnóstico y posterior tratamiento de la enfermedad, elaborar correcta y pormenorizadamente la historia clínica, todas las cuales, son obligaciones de la naturaleza del contrato que no requiere cláusula escrita.

Para estos efectos, hemos de aclarar entonces que, en la prestación del servicio médico ofrecido por el SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (SGSS) intervienen, entre otros:

2.1. Las EPS *“son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el título III de la presente Ley.”*

Según el artículo 178 de la ley 100 de 1993, específicamente están obligadas a: **3. Organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional (...)** **6. Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.**

Además, según el artículo 156 ib. a: e) *Las Entidades Promotoras de Salud tendrán a cargo la afiliación de los usuarios y la administración de la prestación de los servicios de las Instituciones Prestadoras. Ellas están en la obligación de suministrar, dentro de los límites establecidos en el numeral 5 del artículo 180, a cualquier persona que desee afiliarse y pague la cotización o tenga el subsidio correspondiente, el Plan Obligatorio de Salud, en los términos que reglamente el gobierno.*

Todas las EPS tienen la obligación de contar -como parte de la red asistencial-, con una red de prestadores de servicios debidamente acreditada, propia o contratada, pública o privada, que garantice las atenciones en salud. Los ciudadanos pueden acoger libremente la EPS que deseen y los servicios de salud serán prestados por una IPS.

En lo tocante con la responsabilidad directa de las EPS, cabe citar la casación del 22 de julio de 2010, en cuanto precisó que:

*“En tratándose **de la responsabilidad directa** de las referidas instituciones, con ocasión del cumplimiento del acto médico en sentido estricto, es necesario puntualizar que ellas se verán comprometidas cuando lo ejecutan mediante sus órganos, dependientes, subordinados o, en general, mediando la intervención de médicos que, dada la naturaleza jurídica de la relación que los vincule, las comprometa. En ese orden de ideas, los centros clínicos u hospitalarios incurrirán en responsabilidad en tanto y cuanto se demuestre que los profesionales a ellas vinculados incurrieron en culpa en el diagnóstico, en el tratamiento o en la intervención quirúrgica. Por supuesto que, si bien el pacto de prestación del servicio médico puede generar diversas obligaciones a cargo del profesional que lo asume, y que atendiendo a la naturaleza de éstas dependerá, igualmente, su responsabilidad, no es menos cierto que, en tratándose de la ejecución del acto médico propiamente dicho, deberá indemnizar, en línea de principio y dejando a salvo algunas excepciones, los perjuicios que ocasione mediando culpa, en particular la llamada culpa profesional, o dolo, cuya carga probatoria asume el demandante, sin que sea admisible un principio general encaminado a establecer de manera absoluta una presunción de culpa de los facultativos (sentencias de 5 de marzo de 1940, 12 de septiembre de 1985, 30 de enero de 2001, entre otras).”.*

Dichas consideraciones quedaron igualmente plantadas en el pronunciamiento que hizo la Corte Suprema de Justicia¹ en reciente sentencia, donde realizó un juicioso análisis de la responsabilidad sistémica de las personas jurídicas, para concluir que, en los casos de responsabilidad médica, las EPS responden como si la falla del servicio médico hubiera sido obra suya. Destáquese de aquella providencia lo siguiente:

“Se ha afirmado líneas arriba que la atribución de un daño a un sujeto como obra suya va más allá del concepto de causalidad física y se inserta en un contexto de imputación en virtud de la identificación de los deberes de acción que el ordenamiento impone a las personas.

Uno de esos deberes es el que la Ley 100 de 1993 les asigna a las empresas promotoras de salud, cuya «función básica será organizar y garantizar, directa

¹ CSJ el 30 de septiembre del 2016, M. P. Ariel Salazar, -radicado SC13925-2016-

o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados (...)). (Art. 177)

Además de las funciones señaladas en esa y en otras disposiciones, las EPS tienen como principal misión organizar y garantizar la atención de calidad del servicio de salud de los usuarios, por lo que los daños que éstos sufran con ocasión de la prestación de ese servicio les son imputables a aquéllas como suyos, independientemente del posterior juicio de reproche culpabilístico que llegue a realizar el juez y en el que se definirá finalmente su responsabilidad civil.

Luego de quedar probado en un proceso que el daño sufrido por el paciente se originó en los servicios prestados por la EPS a la que se encuentra afiliado, es posible atribuir tal perjuicio a la empresa promotora de salud como obra suya, debiendo responder patrimonialmente si confluyen en su cuenta los demás elementos de la responsabilidad civil.”

Por lo tanto, para esta Sala del tribunal, no cabe duda alguna que las EPS son responsables por cualquier incumplimiento de su deber de garantizar la calidad y eficiencia de los servicios de salud, sin que importe para ello si lo prestan directamente o por intermedio de Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) que hacen parte de su red de servicios o de profesionales de la medicina vinculados a estas. En consecuencia, si la deficiente prestación del servicio de salud causa daño al paciente o a sus familiares, la EPS está obligada a indemnizarlo.

2.2. Siguiendo esa misma línea, encontramos que las **IPS** son las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, (hospitales, clínicas, centros de salud, consultorios, laboratorios, etc.), contratadas por la EPS o de su grupo. El usuario puede escoger la IPS de su elección, dentro de la lista que le ofrece la EPS. También puede suceder que una IPS que no le pertenece, ni con la cual tenga contrato previo la EPS, le presta el servicio de salud al afiliado a la EPS.

2.3. Por su parte respecto del **médico**, resulta obvio que es la persona natural que tiene como profesión la medicina, siendo su deber prestar un servicio profesional dirigido a mantener y recuperar la salud humana mediante el estudio, el diagnóstico y el tratamiento de la enfermedad o lesión del paciente.

3. Del consentimiento informado. Se afirma que es un presupuesto y elemento de la *lex artis* “...que en términos generales, lo que se persigue con la ejecución del débito

informativo, es que el médico sabedor del desconocimiento técnico-científico por parte de su paciente -in actuos o in futurum-, le suministre oportuna y fidedigna información que objetivamente, le permita identificar o elucidar una serie de aspectos para él cruciales y decisivos y, de paso, así sea de alguna manera, paliar la desigualdad existente en lo que a ilustración técnica y científica concierne, todo con fundamento en el acrisolado concepto de la buena fe², para que el paciente, en este caso sus padres, advertidos de los pormenores del procedimiento médico y sus probables secuelas, elija si voluntariamente se somete al mismo.

No existe en la ley el señalamiento de unos requisitos de forma y contenido de lo que debe ser el consentimiento informado. **Con todo, el médico debe utilizar un dialecto que se acomode a la condición cultural de su paciente, que le explique cuál va a ser el procedimiento y los riesgos inherentes al mismo**, de acuerdo al estado de la ciencia. De otra parte, el paciente **debe estar presto a requerir la información que considere necesaria** y el médico atender con prontitud tal requerimiento, siendo lo más prudente -por parte de la clínica- dejar constancia del cumplimiento de este deber informativo, pero ello no traduce la imposición de una solemnidad para dotarlo de validez, pues la deliberación y libre sometimiento a un procedimiento puede reconstruirse a partir de una conducta específica, del cual logre inferirse una señal inequívoca de aceptación, al respecto se ha explicado:

*En cuanto a la forma cómo debe brindarse el consentimiento, vale destacar que no se requiere necesariamente que conste por escrito, puede expresarse en forma verbal, o inclusive tácita, lo cual puede inferirse por ejemplo de la aceptación de las prescripciones clínicas, de las cuales conoce los riesgos a los que se expone. El hecho de que el consentimiento no conste por escrito genera dificultades probatorias para la entidad que prestó el servicio, habida cuenta de que es la llamada a demostrar que obtuvo el consentimiento del paciente” pero no lo hace inexistente. Se considera, además, que el documento por excelencia para instrumentalizar el consentimiento es la historia clínica. (...) De ahí que si bien resulta deseable que el consentimiento informado sea manifestado externamente por el paciente de manera directa y expresa en un documento escrito, toda vez que este tipo de lenguaje es quizás el medio más idóneo para exteriorizar la voluntad en este tipo de situaciones, **nada impide que aquella se establezca a partir de otros instrumentos, como sería el comportamiento desplegado por el propio paciente frente a las***

² JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. "Responsabilidad civil médica". Colección Ensayos N° 8. Pontificia Universidad Javeriana. Pág. 224.

indicaciones del médico tratante, que revelan su voluntad implícita manifestada en una declaración tácita.³

3.1. No siempre que falta el consentimiento informado puede hablarse de la causalidad que provoca un daño reparable. Es necesario aclarar que la falta del consentimiento informado solamente tiene importancia en cuanto a la responsabilidad galénica, pero sí y solo si ello conlleva a que se presenten consecuencias dañinas en el paciente que no fueron consentidas, esto es, que haya conexión de causalidad, puesto que además de la falta del consentimiento se debe materializar o concretar uno o varios de los riesgos inherentes y que el paciente no conoció y no consintió, caso en el cual sí habrá responsabilidad bajo una especie muy particular de responsabilidad objetiva de los médicos y de los centros de atención que asumieron la atención del paciente; no obstante, y a contrario sensu, si a pesar de la falta de consentimiento no se prueba que se haya realizado un daño propio del riesgo que no le fue informado al paciente, entonces, simplemente no habrá acontecido un daño antijurídico que sea civilmente reparable, puesto que, valga repetirlo, cuando entre la falta del consentimiento informado y el riesgo concretado no existe causalidad alguna, luego, entonces, ese resultado desconocido o ajeno a la falta del consentimiento no puede ser atribuido tan siquiera de manera objetiva al médico que atendió al paciente o al que le practicó un procedimiento quirúrgico, ya que ese resultado lejos estuvo de ser causa de su actuar médico.

Es solamente en esos casos que el consentimiento informado toma interés en la responsabilidad médica, porque la falta de consentimiento no opera ipso iure o a manera de una total responsabilidad objetiva, tema sobre el cual la corte suprema ha hecho valiosos aportes que se justifica citar enseguida:

5.2. 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

³ Sección Tercera. Consejera Ponente Ruth Estella Palacio. sentencia del 23 de abril de 2008. Radicación número 63001-23-31-000-1997-04547-01

tratamiento en cuyo curso se generó ese daño no viniera precedido del consentimiento del interesado⁴.

La ausencia de consentimiento informado, pues, solo resulta trascendente cuando acaece, sin culpa del galeno, un riesgo previsible⁵, 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. Así lo adoctrinó, recientemente, la Sala de Casación Civil:

*«Esta obligación [la de obtener el consentimiento informado del paciente, se aclara], 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”⁶.

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

⁴ Es pertinente señalar que, a voces del canon 16 de la Ley 23 de 1981, «La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efectos del tratamiento, **no irá más allá del riesgo previsto. El médico advertirá de él** [el riesgo previsto, se aclara] **al paciente o a sus familiares o allegados**».

⁵ Sobre esta temática, se sostuvo: «No se exige que la divulgación recaiga sobre todas las posibles situaciones adversas, por quiméricas que sean, **sino que debe recaer sobre las normales o previsibles, con el fin de que el paciente asienta en su sometimiento**. Bien se ha dicho que “[e]ste deber se extiende a los riesgos previsibles, pero no a los resultados anómalos, que lindan con el caso fortuito, y que no cobran relevancia según el id plerumque accidit, porque no puede desconocerse que el operador de salud debe balancear la exigencia de información con la necesidad de evitar que el paciente, por alguna eventualidad muy remota, inclusive, evite someterse a una intervención, por más banal que ésta fuera” (...). No puede llegarse al extremo de exigir que se consignen en el ‘consentimiento informado’ situaciones extraordinarias que, a pesar de ser previsibles, tengan un margen muy bajo de probabilidad que ocurran (SC9721, 27 jul. 2015, rad. n.º 2002-00566-01). 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” (SC7110, 24 may. 2017, rad. n.º 2006-00234-01)» (CSJ SC4786-2020, 7 dic.).

⁶ «Enrique Barros Bourie, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Ed. Jurídica de Chile, 2006, p. 685» (referencia propia del texto citado).

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)» (SC4786-2020, 7 dic.).

5.3. 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.

En estos términos se expone la cuestión en la doctrina comparada:

«(...) en la causalidad hipotética no se trata de determinar qué es lo que sucedió, sino que, cosa distinta, qué es lo que hubiera sucedido de haberse observado el comportamiento ordenado al médico. De esta manera, una vez realizada la

operación se puede llegar a dos resultados. El primero de ellos es que si el médico hubiese informado al paciente los riesgos de la intervención éste último igualmente se habría sometido a ella. En ese caso, suele aceptarse, el requisito de la causalidad hipotética falla. Por el contrario, si se asume que, habiendo recibido el paciente la información, no se hubiese sometido a la actuación médica que, en definitiva, produjo el daño, se entiende cumplido el requisito de la causalidad.

Como se puede ver, la idea de causalidad hipotética reposa sobre una voluntad que el paciente no tuvo oportunidad de manifestar, es decir, reposa sobre el consentimiento hipotético del paciente. Esta figura recaba su contexto de otra más amplia y, relativamente familiar para la dogmática civil: el “comportamiento alternativo lícito” (*rechtmässiges Alternativverhalten*).

La cuestión del comportamiento alternativo lícito ha sido presentada, a propósito de un criterio de imputación objetiva –el incremento del riesgo– con singular elocuencia por Fernando Pantaleón Prieto, conviene servirse de sus palabras: “un evento dañoso no puede ser objetivamente imputable a la conducta negligente que lo ha causado, cuando dada la configuración de los hechos a enjuiciar, dicha conducta, comparada con su alternativa diligente (con la conducta que, en esas circunstancias, no habría pasado los límites del riesgo permitido), no ha incrementado el riesgo de que se produzca el evento dañoso en cuestión.

De otra forma, el operador jurídico estaría tratando de manera diferente supuestos que, en lo relevante, son idénticos; puesto que respecto del concreto evento dañoso efectivamente acaecido, la conducta negligente del dañante (*sic*) ha sido exactamente igual a su alternativa diligente: ha creado el mismo riesgo que ésta (o un riesgo menor; un riesgo permitido en todo caso) de que dicho evento se produzca no habrá existido incremento del riesgo y, por ende, no cabrá imputar objetivamente el resultado cuando se constate con seguridad rayana en la certeza, que un resultado sustancialmente idéntico al acaecido se habría producido también de haber obrado el dañante (*sic*) diligentemente”⁷»⁸.

Partiendo de la existencia de esas dos posibilidades, la Corte ha considerado pertinente presumir que el juicio hipotético que se planteó supra debe

⁷ « Fernando PANTALEÓN PRIETO, “Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación”, en AA.VV., Centenario del Código Civil (1889-1989), Madrid, Ministerio de Justicia, 1990, tomo II, pp. 1.577-1.578» (referencia propia del texto citado).

⁸ DE LA MAZA, Íñigo. *Consentimiento informado y relación de causalidad*. En: Cuaderno de Análisis Jurídico – Colección de derecho privado, Santiago de Chile. 2008, p. 137.

resolverse de forma negativa⁹, es decir, asumiendo que, de haber sido oportunamente informado, el paciente no se habría sometido al tratamiento o la intervención que, a posteriori, le causó daño. Lo anterior, con el propósito de reafirmar la relevancia de los bienes jurídicos que protege el consentimiento informado (libertad, autodeterminación, dignidad humana), y de generar incentivos adicionales para que los médicos extremen cuidados sobre su tempestiva obtención.

Dicha presunción permite establecer un vínculo causal material entre la omisión y el daño, el cual, además, se muestra jurídicamente apto para atribuir responsabilidades, precisamente porque se trata de la realización de un riesgo previsible, esto es, un evento adverso identificado por cada especialidad de la medicina como de frecuente realización, y que, por lo mismo, tendría que haber sido puesto en conocimiento del paciente ex ante, para que resolviera razonadamente si estaba de acuerdo en asumirlo.

5.4. Recapitulando, el precedente de esta Corporación establece la posibilidad de ligar causalmente un específico resultado dañino con la ausencia de consentimiento informado, en tanto omisión (culposa, per se) atribuible al galeno, a condición de que ese daño (i) no se hubiera producido de eliminarse el tratamiento o intervención no consentidos; y, además, (ii) sea la manifestación de un riesgo previsible. Si estos requisitos concurrentes no se satisfacen, la ausencia de la manifestación de voluntad se tornará inane, al menos en cuanto tiene que ver con la reparación de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales derivados de la lesión a la salud o la vida del paciente.”

4. El debate judicial. El fundamento del derecho reclamado por el extremo litigioso demandante parte de hallar demostrados los elementos de la responsabilidad civil a partir de una **deficiente atención médica**, concretada en someter a la paciente Flor Alba Gil Marín a un procedimiento quirúrgico equivocado -como lo fue una esfinterotomía anal **externa**-, siendo que el procedimiento quirúrgico indicado para el diagnóstico de fisura anal crónica es una esfinterotomía anal lateral **interna** y este no fue el procedimiento realizado en la Clínica Medellín, según se dejó descrito en el historial clínico de la paciente.

⁹ Esta presunción es de aquellas *iuris tantum*, de manera que admite prueba en contrario. En consecuencia, el demandado podrá acreditar que, de haber sido oportunamente informado, el paciente habría consentido el tratamiento o intervención –asumiendo sus riesgos–, lo que impediría consolidar el vínculo causal entre la ausencia de consentimiento informado y el daño.

Sumado a lo anterior, alegó la vulneración de las reglas propias del ejercicio de la medicina, al realizarse el procedimiento quirúrgico sin consentimiento informado, lo que impidió a la paciente enterarse de los potenciales riesgos que la cirugía aparejaba, además, le cercenó la posibilidad de optar por las diversas modalidades de tratamiento terapéutico previstas para la patología, por ende, no pudo expresar su consentimiento informado, generándose por ese flanco una responsabilidad de la clínica demandada.

4.1. Recordemos que el juez del caso no hizo lugar a la súplica indemnizatoria así planteada por la parte demandante, centrando su fundamentación en la ausencia de prueba atendible para acreditar que en realidad la incontinencia fecal tuvo hontanar en el procedimiento quirúrgico denominado esfinterotomía interna que, en últimas, fue el procedimiento quirúrgico que se le realizó, así mismo, calificó de idóneo el consentimiento informado brindado a la paciente, por ello, el eje central argumentativo de la censura, gira en torno a la errada valoración probatoria en que se incurrió en la decisión, para ultimar que aquel procedimiento se encuentra clasificado con el Código No. 495100, procedimiento que ni siquiera se encuentra asentado en la Historia Clínica y que el testimonio médico y la prueba pericial practicada en el trámite, afirman que existen tratamientos alternativos a la cirugía y que no fueron explicados a la paciente, al tiempo que hubo riesgos esperables e inherentes frente a los cuales no se obtuvo el consentimiento de la paciente y que fueron la causa del perjuicio reclamado.

4.2. Al analizar de forma integral los argumentos que componen el recurso de apelación y, en general, todo el *iter* procesal, el Tribunal encuentra acertada la decisión final del a quo de negar las pretensiones, para lo cual ex ante realizó un juicio de valor adecuado por el sendero hermenéutico correcto de la valoración probatoria, razón por la cual se acompañará esa determinación, pues, en verdad, la parte actora no logró demostrar que esas secuelas que hoy presenta la paciente hayan tenido como causa el acto quirúrgico llevado a cabo el 16 de marzo de 2016, lo que traduce una imposibilidad de demostrar si existió impericia, negligencia, imprudencia o violación de los reglamentos y, al no existir prueba de la existencia de un nexo causal de los perjuicios que se reclaman, luego, la prosperidad de las pretensiones deprecadas estaban condenadas al fracaso, como se explica a continuación.

4.3. En efecto, no puede soslayarse que lo que motivó la consulta de la señora Flor Alba Gil Marín por urgencias de la Clínica Medellín el pasado 16 de marzo de 2016, fue por una fisura anal crónica con sangrado y severo dolor, por lo que allí en la clínica le realizan el examen diagnóstico respectivo, como lo fue una colonoscopia, cuyos resultados confirmaron ese diagnóstico.

No cabe duda que estos síntomas, los que necesariamente venían generando dolor y dificultades a la paciente, detonaron la necesidad de su valoración por la especialidad de cirugía general de forma intrahospitalaria. En efecto, al ser valorada por el Dr. Luis Santiago Sierra, al día siguiente, esto es, el 17 de marzo de 2016, éste observó intensificación del dolor y sangrado, en virtud de lo cual, luego de analizar la conducta a seguir, determinó la necesidad de la respectiva intervención quirúrgica denominada Fisurectomía anal con esfinterotomía anal interna, según consta en la epicrisis levantada por dicho especialista.

4.4. Es en este punto donde el recurrente discute que esa intervención operatoria nunca se le practicó a la paciente, puesto que tan siquiera fue la que se consignó en los códigos de los procedimientos realizados a la paciente, ni tampoco aparece anotado en las notas de enfermería, lo que, en su sentir, traduce que el acto quirúrgico practicado es el que literalmente refiere la historia clínica como **“esfinterotomía anal externa”**, que no era el procedimiento quirúrgico indicado por la ciencia médica para la patología que sufría la paciente.

4.5. Es saber debido por el togado que defiende los intereses de la parte actora, que todo medio probatorio cuenta con elementos que le son inherentes a su calidad de prueba, los cuales deben ser materia de valoración por el juez del proceso, previo al decreto, práctica e incorporación en el expediente, laborío en el cual se debe tener en cuenta: **i)** que el elemento de prueba esté admitido por el ordenamiento jurídico, **ii)** que tenga relevancia con el asunto debatido, es decir, una relación directa entre el hecho alegado y la prueba solicitada y **iii)** que el hecho que se busque probar no esté suficientemente demostrado en el proceso con otros medios probatorios, aspectos estos que no son otra cosa que analizar la pertinencia, la conducencia y la utilidad de la prueba, dentro del litigio donde se quiere incorporar la evidencia, mismos que la doctrina que estudia el tema ha denominado peso o valor intrínseco de la prueba.

4.6. En esa dirección, la mera alusión a un *lapsus* de transcripción en la historia clínica, aludiendo a una “*esfinterotomía externa*”, confesado y corregido en anotación posterior a “*esfinterotomía interna*” por el mismo cirujano tratante de la señora Flor Alba Gil Marín, estructura apenas una hipótesis que surge a raíz de un proceso hermenéutico, que **no** exonera al juzgador de valorar el mérito que establece esa prueba, es decir, su eficacia, que se traduce, en este caso, en lograr la convicción del dispensador de justicia que fue la “*esfinterotomía interna*” y no la externa, el acto quirúrgico realizado a la paciente, búsqueda de la verdad que **impone al sentenciador la tarea de apreciar en su conjunto todo el acervo probatorio recaudado en el proceso, como lo hizo aquí el juez de la presente causa.**

4.7. Respecto a ese tipo de errores en el historial clínico como incumplimiento del deber de llevarla correctamente y sus alcances probatorios, explica la Corte Suprema De Justicia¹⁰:

(...) no puede sin más hallarse responsable a un profesional médico –incluidos aquí los establecimientos como el demandado- por el simple hecho de haber incurrido en una defectuosa elaboración de la historia clínica, porque a ello hay que agregar la acreditación de que el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de ese deber profesional fue el determinante del acaecimiento de la consecuencia dañosa padecida y por la cual se reclama.

Otra cosa es que, a partir de la omisión total de la historia clínica, o de la presencia de tachaduras, enmendaduras, borrones, intercalaciones, etc., o del aporte de una incompleta, pueda el juez, atendidas las circunstancias, deducir un indicio más o menos grave en contra de la entidad o el profesional demandado. **Pero se trata sólo de eso, de un indicio, mas no de la acreditación de la causación del daño por el solo efecto de la omisión en el cumplimiento de este deber profesional.**

Acoplada a esa afirmación, la censura esgrime otra, también en el cargo segundo, esencial en el argumento que allí se desarrolla, que tampoco puede pasarse por alto y es la de que, según el censor, **toda omisión de los datos que deben registrarse en la historia clínica no pueden ser ya acreditados con otras pruebas pues “lo que no aparezca anotado sencillamente no ocurrió”.**

¹⁰ SC5641-2018. M.P. Margarita Cabello Blanco

Al margen de la exageración, que a modo de hipérbole, se descubre en esa afirmación, a tal punto que parece que la censura estuviese reclamando una prueba tasada, es lo cierto que la historia clínica es de una importancia excepcional, no sólo en el tratamiento y seguimiento de la evolución del paciente, usualmente examinado en forma consecutiva o secuencial por diversos grupos de médicos y personal paramédico que con el recuento plasmado allí pueden tener una cabal comprensión de las condiciones de salud, actos médicos realizados y demás particularidades necesarias para continuar la prestación profesional del servicio, sino también a los efectos de la reconstrucción de los hechos que en materia judicial debe adelantarse en un proceso de responsabilidad médica.

Es, en pocas palabras, un *registro de todo el proceso médico del paciente*, lo cual incluye además de su identificación (nombre, identificación, edad, sexo, ocupación, etc.), la información proveniente del paciente y sus familiares sobre los antecedentes personales y familiares, la razón de la asistencia así como la información del médico relativa al diagnóstico previo, los exámenes, informe de ingreso, exploración física, pruebas, terapéutica, procedimientos, estudios complementarios, nombre e integración del equipo médico que interviene, conceptos médicos, parte o informe anestésico, ubicación del paciente en el establecimiento asistencial, información suministrada al paciente, su consentimiento informado firmado por él si es posible, etc... En fin, se itera, todo el proceso médico.

Es una prueba crucial tanto para la exoneración del médico como para derivarle responsabilidad, pues como en ella se recoge todo el itinerario del tratamiento galénico del paciente, tiene el profesional de la salud la posibilidad de brindar al juez, en caso de ser demandado por responsabilidad profesional, los elementos de juicio que permitan a la autoridad concluir que la diligencia, el cuidado, la prudencia, la aplicación de la *lex artis*, fueron adecuadamente cumplidas tanto por él como por el equipo médico, paramédico, y por los establecimientos hospitalarios.

De allí que una historia clínica irregular, mal confeccionada, inexistente, con abreviaturas, tachones, intercalaciones y demás anomalías, o que sea incomprensible, puede ser un indicio grave de negligencia profesional porque en sí misma, tal irregularidad es constitutiva del incumplimiento de una obligación determinada, que es la de llevarla correctamente.

(...)

Pero que ello sea así no significa que se esté ante una prueba tasada, específicamente establecida en la ley, para la acreditación de un hecho. **Porque una cosa es la pertinencia de la prueba, es decir, su relación con el hecho a probar**, que en la historia clínica es indiscutible frente a la reconstrucción histórica que se persigue conocer, **y otra muy distinta su poder de convicción, su mérito persuasivo, su mayor o menor prolijidad**¹¹.

4.8. Al confrontarse ese elemento de prueba para verificar la fuerza de verosimilitud que entraña, se observa que, en realidad, no tiene la fuerza demostrativa que desde su particular óptica le otorga el recurrente, pues si bien el error de transcripción aconteció, ello no prueba *per sé* la realización del procedimiento de “esfinterotomía externa”, con mayor razón, cuando al valorarse de forma integral la prueba directa, en este caso, la relacionada desde la ciencia médica con la patología y su tratamiento, se llega por el Tribunal a una conclusión totalmente contraria a la advertida por el recurrente.

4.9. En efecto, tal y como lo explicó y aclaró dicho galeno, quien declaró como testigo de la Clínica demandada, la intervención que él realizó a la paciente consistió en hacer: *“...una resección en esa pequeña herida del canal anal como lo venía diciendo de origen traumático con estreñimiento crónico luego de la extirpación de esa pequeña herida que no cicatriza por traumas repetidos, hay unas fibras de un esfínter que se llama el esfínter interno que, junto con el esfínter externo, responden por la continencia, pero el esfínter interno en un 5% frente a un 95% del esfínter externo, para evitar el trauma repetido en el postoperatorio, se le hace una pequeña incisión en ese esfínter interno de 2 o 3 mm para disminuir la tensión y obtener un buen resultado que a la postre, así fue, porque al día siguiente la señora estaba en perfecta condición sin dolor, sin sangrado (...) la paciente nunca solicitó consulta de revisión (...)”* (pdf 51 mnto: 1:07:33 grabación parte 1), le recaba el funcionario por el tipo de procedimiento realizado en este caso a la paciente a lo que señala *“se llama fisurectomía que es extraer esa pequeña herida que se ha ido volviendo gruesa y fibrosa que no cura, se reseca, es una incisión en la piel, básicamente es una cirugía superficial en la piel del canal anal, se hace como una pequeña elipsis se reseca la fisura que está fibrosa y gruesa y no cicatriza y se le hace una incisión de 2 mm en el esfínter interno, para evitar que se le vuelva a reproducir este tipo de problema, se llama fisurectomía y esfinteromía interna”* (pdf 51 mnto: 1:10:51 grabación parte 1).

¹¹ Es deseable, pero en sí mismo no es constitutivo de culpa, que en la elaboración de una historia clínica en un establecimiento de salud, sobre todo en las circunstancias actuales por las que atraviesa el colapsado sistema en Colombia, los más mínimos detalles queden registrados. A más detalles más información para la eventual y futura reconstrucción de los hechos. (Nota al pie original de la sentencia)

Así mismo, en su trabajo pericial, el experto Jaime Escobar Cardona Coloproctólogo, Cirujano Gastrointestinal y Endoscopia Digestiva, Médico Cirujano (pdf. 42), señala que *“En la descripción quirúrgica realizada 17 V 2021 aparece esfinterotomía externa pero el nombre de la técnica es corregido el 18 V 2021 por el nombre correcto de la técnica que es la esfinterotomía interna por El Dr. Luis Santiago Sierra, Cirujano General Tratante. La técnica quirúrgica para la corrección de la fisura anal es la sección parcial del esfínter anal interno hacia su borde externo con lo que se busca relajar el esfínter anal para permitir la cicatrización de la fisura. Lo que se cometió en la descripción operatoria fue un error de transcripción el cual fue corregido al día siguiente en la evolución clínica de la paciente por el Cirujano tratante...”*.

A lo anterior suma el Tribunal que el relato de los testigos está respaldado por la historia clínica que no fue tachada de falsa por la parte demandante, por lo que resulta suficiente y convincente la explicación de que la anotación inicial de esfinterotomía externa no pasó de ser un *lapsus calami* de transcripción, sin que podamos desviar la atención hacia una supuesta responsabilidad galénica basada en que es un error el que debe prevalecer para tipificar la cirugía realmente practicada a la paciente, cuando ya se demostró que fue una esfinterotomía interna la cirugía que se le practicó.

5. En este punto concluye anticipadamente la Sala que el diagnóstico de fisura anal crónica que ameritó la cirugía no provino de forma caprichosa del médico, pues de manera objetiva se acreditó la presencia de esa patología con respaldo en un diagnóstico confirmado por el galeno que realizó finalmente la cirugía de *fisurectomía y esfinterotomía interna*; luego, el proceder del médico tratante quien le practicó dicha cirugía a la paciente el 16 de marzo de 2016, no cometió ninguna conducta contraria a la *lex artis*, pues no solamente que ese era el procedimiento indicado para corregir la fisura anal crónica, sino que tan siquiera la parte demandante alegó que se le haya practicado a la paciente un procedimiento innecesario que conllevara una mala interpretación de los síntomas.

6. Sobre la alegada insuficiencia del consentimiento informado. Dice la demandante que el Dr. Luis Santiago Sierra no le explicó a la señora Flor Alba Gil Marín los riesgos de la cirugía, como podían ser: **i)** trauma en los músculos del esfínter y **ii)** la incontinencia fecal, que según los mismos expertos eran esperables e inherentes, así como también reconocieron que existen tratamientos alternativos a la cirugía. Al respecto se considera:

6.1. Según se ha citado, el consentimiento informado es un proceso gradual, que es desarrollado desde el primer momento en que se tomó contacto con el paciente y a lo largo de toda su atención en salud. Es un proceso deliberativo que persigue adoptar una decisión en salud que en este caso se elaboró de la siguiente manera:

Por la presente autorizo al Doctor S. Jarama y a los asistentes de su elección en la CLÍNICA MEDELLÍN, a realizar en mí o en el (la) paciente P. la A. B. G. L. la (s) siguiente (s) intervención (es) quirúrgica (s) o procedimiento (s) especial (es) Prostatectomía, que se llevará a cabo el día 17 de Julio de 2016 a las 11 AM.

El Doctor J. Jarama me ha explicado la naturaleza y propósito de la intervención quirúrgica o procedimiento especial, también me ha informado acerca de las ventajas, complicaciones, molestias, posibles alternativas y riesgos, en particular los siguientes:

Intervención
Prostatectomía

Se me ha dado la oportunidad de hacer preguntas y todas ellas han sido contestadas satisfactoriamente, así mismo, se me ha explicado que no es posible garantizar los resultados esperados con la intervención.

6.2. Bien puede señalarse que a partir de lo consignado en ese formato pre-impreso, se agotaron, en lo medular, las exigencias básicas del consentimiento informado, pues claramente allí también está consignado que “...el Dr. Me ha explicado la naturaleza y propósito de la intervención quirúrgica o procedimiento especial; también me ha informado acerca de las ventajas, complicaciones, molestias, **posibles alternativas, y riesgos** ... Se me ha dado la oportunidad de hacer preguntas y estas han sido contestadas satisfactoriamente...”. Debe admitirse, entonces, que ese acercamiento Médico-paciente propio del trámite pre-quirúrgico se entendió colmado por ambos con la voluntad de esta última, plasmada nada menos que en la firma del documento contentivo del consentimiento informado.

6.3. No desconoce la Sala el derecho de quien va a ser sometido a una intervención de saber cuáles son los peligros a los que se verá enfrentado, para que, por ahí mismo, pueda usar su derecho de la autonomía de la voluntad, que la lleve a decidir si asume el riesgo o no lo asume, esto es, para que se le brinde la oportunidad de elegir entre continuar sobrellevando los efectos de la patología diagnosticada o arriesgar otro tipo de daño en su curación, no obstante, tanto la documental como la prueba testimonial recaudada, muestran que el galeno sí le explicó a la paciente y estuvo presto a discutir con ella los eventuales riesgos de la cirugía de “esfinterotomía anal” ofrecida en el consentimiento informado, para tratar de curar

su sangrado anal, de la cual ella misma aduce en su interrogatorio que desde antes le resultó inútil su tratamiento con pomadas en el Hospital del Peñol-Antioquia, de ello también da cuenta su anamnesis “me duele la fisura”, aduciendo que presentaba dolor y sangrado anal, **no siendo otra la razón por la que se dejó hospitalizada en la clínica Medellín**, de modo que fácil es admitir cómo la paciente sí estuvo enterada de los pormenores de la cirugía y que, conociendo los riesgos, optó ella misma por someterse a la solución quirúrgica ofrecida como tratamiento adecuado para aliviar la complicación de la fisura anal por la que fue ingresada.

Así las cosas, la señora Flor Alba Gil sabía que tenía una fisura anal con varios meses de evolución, patología que se complicó, lo cual evidencia que estuvo enterada de su situación médica, al punto de haber vivido el padecimiento de un dolor intenso y sangrado en su ano que las cremas para relajar el esfínter anal ya no le servían, entonces: “... *la manifestación del paciente en torno a conocer las circunstancias que rodean su situación de salud y, eventualmente, la autorización de una intervención quirúrgica, no es otra cosa que la exteriorización de ser consciente y haber sopesado los alcances de las consecuencias derivadas del tratamiento o intervención a que será sometido; contrariamente, de no estar enterado de todo ello, difícilmente podría, de manera consciente, decidir lo más aconsejable para sus intereses y deducirse probablemente de ello un daño susceptible de ser reparado (...)*”¹².

6.4. Ahora bien, debe indicarse que no es cierto que el galeno Luis Santiago Sierra señalara que el trauma en los músculos del esfínter es un riesgo inherente, como pretende hacerlo ver el togado recurrente, pues el médico hace referencia es a que resulta como obvio y propio de la cirugía intervenir el esfínter, puesto que a través de dicho procedimiento “*se secciona el músculo, se secciona para permitir que al momento de la defecación no haya un tono tan alto que hace que con el tiempo pueda volverse a presentar la enfermedad, de manera que en cirugía, toda cirugía tiene inherente un trauma quirúrgico obviamente, uno incide piel, ahí hay un pequeño trauma pero un trauma controlado dirigido que permite la mejoría mas no empeorar la situación...*” (pdf.52 grabación mnto. 12:35), de modo que sería errático o falso calificar de riesgo no informado una incisión o corte que se torna necesario para el abordaje quirúrgico, sin que de ahí pueda deducirse que faltó consentimiento informado.

¹² CSJ. Civil. Sentencia de 15 de septiembre d 2014, expediente 00052.

6.5. De otro lado, frente a la incontinencia fecal como riesgo inherente, es decir, aquella complicación sucedánea al acto quirúrgico que puede acaecer o no, si bien el galeno alude a que podría darse en un margen muy bajo, incluso **por debajo del 0%**, dado que la intervención es superficial y se trata de un esfínter que sólo y apenas controla el 5% de la continencia, es por lo que, en gracia de discusión, si la esfinterotomía hubiese podido ser la causa de la incontinencia fecal, de todas maneras por la rareza e infrecuencia de dicho riesgo es que el galeno no estaba obligado a obtener ese preciso consentimiento, pues, a voces de la Corte Suprema de Justicia “...**Eso quiere decir que, siendo un derecho de quien va a ser sometido a una intervención saber cuáles son los peligros a los que se verá enfrentado, no puede llegarse al extremo de exigir que se consignent en el «consentimiento informado» situaciones extraordinarias que, a pesar de ser previsibles, tengan un margen muy bajo de probabilidad que ocurran...**”¹³.

Es que la finalidad de este requisito es advertir el riesgo a que los pacientes pueden verse abocados, mas no -como lo entiende el demandante-, que allí se consignent con exactitud las eventuales consecuencias adversas, lo cual desbordaría el débito médico. Es claro y razonable entender que bajo ninguna circunstancia un consentimiento informado pueda contener un listado de riesgos o consecuencias adversas, **pues éste entendido se aproxima a una obligación de resultado y no de medio como el del presente caso.**

6.6. Por este flanco, el recurrente pretende enlazar causalmente el **daño con el riesgo que no le fue informado a la paciente**, pero ni siquiera pudo demostrarse con el grado de certeza que estos casos reclaman, que la señora Flor Alba Gil se encasille dentro de ese exiguo e inexplicable margen de ocurrencia del riesgo de incontinencia fecal originado en el acto quirúrgico, no solo porque tal patología vino a relucir más de dos años después de finalizada la cirugía, interregno temporal que deja un trecho causal que el mismo experto califica de incierto, sobre todo porque la paciente se mejoró y por ello se le dio de alta y, de haber acaecido ese específico riesgo, este tiene una respuesta sintomática inmediata, por ende, no era el curso normal de una incontinencia anal relacionada con el procedimiento quirúrgico de esfinterotomía interna, ya que: “...*La paciente durante 28 meses nunca en las diferentes valoraciones realizadas (9 en total), en Hospital San Juan de Dios del Peñol, Antioquia reporto síntomas de incontinencia fecal a pesar de ser una sintomatología incapacitante para el paciente y que le restringen de en su vida social. Cuando existe*

¹³ CSJ. Casación Civil. Sentencia del 27 de junio de 2015. Exp. 05001 31 03 017 2002 00566 01. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez

una complicación por una esfinterotomía anal interna, esta se manifiesta desde el posoperatorio inmediato y en general es incontinencia de gases (Flatos) y ocasionalmente heces líquidas...” (pdf. 42 fl. 13).

6.7. Pero tal vez, lo que a la postre impide concluir científicamente que dicha incontinencia fecal fuera la causa exclusiva o una concausa producto de la esfinterotomía anal, es la multiplicidad de padecimientos anteriores que en conjunto podían explicar la situación médica de la señora Flor Alba Gil Marín, porque inciden directamente en complicaciones del canal anal, como por ejemplo el caso del parto vaginal traumático con histerectomía (retiro del útero) a través de **episiotomía**, puesto que, a decir del experto: “... En el año 2007 un parto por vía vaginal con episiotomía (Hallazgo en el examen clínico por el Coloproctólogo en el año 2018 de cicatriz de episiotomía), presentando un sangrado posparto hemorrágico motivo por el cual tuvieron que realizar una histerotomía (sic) de urgencia. Una de las causas de sangrado posparto que pueden llevar a una histerectomía es la atonía uterina causada por un trabajo de parto prolongado y **este trabajo prolongado puede llevar a una elongación de los nervios pudendos produciéndoles un daño parcial que con el tiempo pueden manifestar clínicamente una incontinencia anal demostrada en la clínica y por paraclínicos**, en este caso 11 años después (Electromiografía 29 I 2019: denervación parcial del esfínter anal. neuropatía bilateral del nervio pudendo). **Además de lo anterior presenta una neuropatía bilateral del nervio pudendo confirmada por la electromiografía y manifestada sintomáticamente con el dolor anal y pélvico 28 meses después de la esfinterotomía lateral interna, además acompañada de dispareunia y disfunción urinaria y esto nada tiene que ver con la cirugía para la fisura anal**. Reviso la literatura con el Anexo 3, 4, 5, 6 y 6ª...” (pdf. 42 fl. 10).

6.8. Son inocultables estos antecedentes sistémicos de la paciente, que se hallan en su historial médico, mismos que exaltan los expertos que rindieron dictamen en el proceso, incluso, al mismo experto del CES Ernel Alberto Duque Ochoa -traído por la parte demandante-, le llamó la atención que se manifestara la incontinencia fecal dos (2) años y medio después de la cirugía, siendo que lo usual es que se presenten síntomas inmediatos, advirtiéndole que “...*si la cirugía hubiera sido la causa de los síntomas de incontinencia y dolor neurótico se hubieran manifestado de inmediato...*” (pdf. 06 fl 6)

Por demás, ha de notarse que el cuestionario realizado a este experto por el togado de la parte actora, se contextualizó bajo la certeza de habersele practicado a la señora Flor Alba Gil Marín la esfinterotomía **externa**, aspecto que fue desmentido

desde la misma ciencia médica en relación con la mejoría de la paciente, de ahí que era imprescindible someter a contradicción dicho trabajo pericial como lo solicitó la clínica accionada, labor que el togado no cumplió y, por ende, bien procedió el funcionario a restarle valor probatorio, en obsecuencia a lo reglado por el artículo 228 del C. G. del P. que señala que *“si el perito citado no asiste a la audiencia el dictamen no tendrá valor”*. El recurrente trató de remediar el asunto, solicitando la contradicción como prueba en segunda instancia, pero se impuso su negativa, por no haber una correspondencia entre la prueba pedida en sede de apelación de sentencia y esos únicos casos en que ella era procedente.

Por lo tanto, se debe advertir que el dictamen pericial presentado con la demanda no será valorado, lo cual trae consecuencias perjudiciales para el proceso, en especial para la parte demandante, pues según lo explicado por la H. Corte Suprema de Justicia, es ella quien tiene el *onus probandi* o la carga de probar la irrogación del daño y de la configuración del nexo causal entre este y la conducta del médico demandado.

6.9. Ahora, para el Tribunal está claro que esas preexistencias coadyuvieron a la incontinencia fecal con que resultó la paciente varios años después de la cirugía, ya que tal circunstancia la definieron los peritos de forma nítida, al indicar que el estudio de la incontinencia fecal y la lesión del nervio pudiendo no podían para el caso arrancar de cero, sino a partir de traumas obstétricos anteriores, por eso, como se ya se explicó, el entendimiento que le da el recurrente al error de transcripción sobre el procedimiento quirúrgico y a la falta de información de un riesgo inherente para él acaecido, como causantes del daño, deja el asunto a mitad del camino, pues, en gracia de discusión que no se admite, si la esfinterotomía interna hubiere sido concausa del daño, de todas maneras aún restaría por definir la fuerza del encadenamiento causal *“...entre el acto imputado al médico y el daño sufrido por el cliente. Por lo tanto, el médico no será responsable de la culpa o falta que le imputan, sino cuando éstas hayan sido las determinantes del perjuicio causado. Al demandante incumbe probar esa relación de causalidad o, en otros términos, debe demostrar los hechos de donde se desprende aquella”* (G.J. t. XLIX. P.120) como bien lo entendió el señor juez en su sentencia.

7. Corolario de lo aquí expuesto, es que al no demostrarse el elemento culpa y/o nexo causal, como elementos estructurantes de la responsabilidad médica aquí

demandada, no puede hacerse lugar a la misma y, por consiguiente, se impone confirmar la sentencia acusada, como así se declarará.

8. Sin condena en costas de segunda instancia, toda vez que los demandantes gozan de amparo de pobreza.

De esta manera y con fundamento en las precedentes consideraciones, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín**, Sala Cuarta de Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. FALLA:

PRIMERO: SE CONFIRMA la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Oralidad de Medellín-Antioquia el día 31 de enero del 2023, dentro de la presente acción de Responsabilidad Civil Médica, de conformidad con las consideraciones en que está sustentada la presente providencia.

SEGUNDO: Sin lugar a condena en costas de segunda instancia, comoquiera que los demandantes se encuentran cobijados con el amparo de pobreza.

TERCERO. Cumplida la ritualidad secretarial de rigor, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, DEVUÉLVASE Y CÚMPLASE,



JULIAN VALENCIA CASTAÑO
Magistrado



PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA
Magistrada



con salvamento de voto
JUAN CARLOS SOSA LONDOÑO
Magistrado