

RESUMEN DE SENTENCIA ORAL CONTENIDA EN AUDIO

NÚMERO DE RADICADO: 050013103002 **2009-00760** 01

TEMA: **RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. Deber de información.** La corriente jurisprudencia hasta hoy imperante y que propende por ubicar el nexo causal, entre el acto médico y el daño en toda su extensión(...)ni siquiera es así porque el médico hubiere cometido culpa para la ejecución de la técnica utilizada en la determinación del diagnóstico o similares, lo es responsable porque no cumplió con su deber informativo y con ello se abstuvo de trasladar los riesgos inherentes a Dolly del Carmen Marulanda, por lo que naturalmente debe hacerse cargo de las consecuencias derivadas de la materialización de esos riesgos, por cuanto le coartó a la paciente la posibilidad de obtener información oportuna, clara, detallada, completa e integral, sobre los procedimientos y las alternativas como lo señala la corte en la sentencia C 182 de 2016. Para el tribunal no existió el consentimiento informado necesario, para el método de planificación familiar que había optado doña Dolly del Carmen, (...) existe responsabilidad de la EPS accionada por la ausencia del consentimiento informado relativo al método de planificación familiar, en virtud de no acatar la resolución 412 de 2000 y la norma técnica sobre planificación familiar. **LLAMAMIENTO EN GARANTÍA. No procedencia de las excepciones.** La responsabilidad queda cubierta por la llamada en garantía, pues como lo sostiene la mayoría de la sala, las exclusiones debían estar contenidas en la carátula de la póliza, el llamamiento en garantía, opera porque considera que las exclusiones deben estar contenidas en la carátula de la póliza y al no estar allí, como lo exige la ley 45 de 1990, no opera la exclusión, en ese sentido entonces para ellos, prospera el llamamiento en garantía.

PONENTE: DR. JUAN CARLOS SOSA LONDOÑO

FECHA: 6/03/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

SALVAMENTO DE VOTO: Dr. Julián Valencia Castaño.

EXTRACTO: (...) Señala el Tribunal que no se discute que las vicisitudes sufridas por Doly del Carmen constituían un riesgo inherente al método de planificación quirúrgico Tubectomía Pomeroy por Minilaparotomía, que el punto toral de este proceso lo constituye la existencia o no del consentimiento informado, puesto que en la demanda se había firmado no solo en la inasistencia del mismo, sino que en el acápite tercero de esa demanda, que se tituló concepto de responsabilidad, se dijo expresamente, porque las actividades de planificación familiar, hacen parte de las descritas en la Resolución 412 de 2000 y que corresponden a todas aquellas de promoción y prevención y para los cuales el Ministerio había fijado unas metas que las EPS tenían que cumplir; se dijo que en la historia clínica de la actora “*No tiene ningún registro previo que nos indique la forma que se llegó a la decisión de tubectomía, como método de planificación para ella, tampoco existe ningún registro que nos indique si era candidata para esa intervención, ya que antes de cualquier intervención, según la norma técnica, debe haber un análisis de las condiciones de salud de la paciente, un consentimiento informado y por supuesto, entendido por quien va ser intervenida, y con ello, un exhaustivo informe de las posibles consecuencias y de las recomendaciones Pre y Pos quirúrgicas, que sin el registro de la asesoría previa que prescribe el anexo 1, de la norma técnica, puede decirse que falto uno de los requisitos que la misma norma y la lex artis ha fijado para este tipo de intervenciones, y que va ligado al consentimiento informado*”, eso fue lo que se dijo en la demanda y se reiteró que no había consentimiento previo, sino el de una cirugía urgente posterior.

Pues bien, con fundamento en el artículo 173 de la Ley 100 de 1993, el Ministerio de Salud había expedido la Resolución 412 de 2000, por medio de la cual estableció las actividades, procedimientos, intervenciones de demanda inducida de obligatorio cumplimiento y adoptó las normas técnicas y guía de atención para el desarrollo de las acciones de protección específica, detección temprana y la atención de enfermedades de interés en salud pública.

Relatoria

Mediante esa resolución, se adoptaron las normas técnicas de obligatorio cumplimiento en relación con las actividades, procedimientos intervenciones de demanda inducida para el desarrollo de las acciones de protección específicas y detección temprana y las guías de atención para el manejo de enfermedades de interés en salud pública a cargo de las entidades promotoras de salud, entidades adaptadas y administradores del régimen subsidiado, eso es lo que señala el artículo 2 de la resolución, en esa resolución también se establecieron los lineamientos para la programación, evaluación y seguimiento de las actividades establecidas en las normas técnicas que esas entidades deben desarrollar.

Y que es la norma técnica? el artículo tercero se encargó de definir que era la norma técnica y dijo: “es el documento mediante el cual se establecen las actividades, procedimientos e intervenciones costo efectivas de obligatorio cumplimiento, a desarrollar en forma secuencial y sistemática en la población afiliada para el cumplimiento de las acciones de protección específica y de detección temprana, establecidas en el artículo 117 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, igualmente determinan las secuencias mínimas anuales de atención y los profesionales de la salud responsables y debidamente capacitados para el desarrollo de las mismas y en el párrafo señaló, que las entidades promotoras de salud, las entidades adaptadas y las administradoras del régimen subsidiado, no podían dejar de efectuar las actividades, procedimiento e intervenciones contenidos en las normas técnicas, y que tampoco podrían disminuir la frecuencia anual, ni involucrar profesionales de la salud que no cumplieran las condiciones mínimas establecidas en la norma técnica.

En esas normas del Ministerio de Salud, esas normas técnicas, existe entonces la norma técnica para la atención en planificación familiar a hombres y mujeres, en el anexo técnico en el numeral segundo, señala los objetivos y dice que era ofrecer a los hombres, mujeres y parejas en edad fértil, la información, educación y acciones anticonceptivas apropiadas para una elección y usos informados, para el método que más se ajuste a sus necesidades y preferencias, contribuyendo a la disminución de gestaciones no deseadas, mortalidad materna y demás complicaciones. Además, en ese objetivo, dijo dar una respuesta apropiada a hombres y mujeres a sus derechos reproductivos y en consecuencia, aportar una mejor calidad de vida.

En el numeral tercero, habló de la población beneficiaria, hombre y mujeres en edad fértil afiliados al régimen contributivo y subsidiado, y que la norma era marco de referencia de aplicación de métodos de planificación para aquellos proveedores que dispensen atención a la población no asegurada, nuevamente definió que era norma técnica: es el conjunto de actividades, procedimientos intervenciones dirigidas a hombres y mujeres en edad fértil, dentro de los cuales se encuentran la información, educación, consejería en anticoncepción y el suministro de método, para que las personas o parejas ejerzan el derecho a decidir libre y responsablemente, si quieren o no tener hijos, así como su número y el espaciamiento entre ellos.

El número cinco señala las características de la atención y dicen que esas actividades, procedimientos, intervenciones, conforman las normas básicas y que esas normas básicas son las que deben ser realizadas por las instituciones responsables de la atención en planificación familiar a hombres y mujeres, las cuales deben tener capacidad resolutive y un equipo de salud capacitado para brindar atención integral humanizada y de calidad, con el fin de garantizar la información, educación, consejería y oferta anticonceptiva a la libre elección informada, al hombre mujer o pareja y el seguimiento que debe darse a esa situación, además que consagra la obligación administrativa y técnica que esas normas implican por parte de sus ejecutores, un compromiso ético para garantizar derechos reproductivos, protección anticonceptivas de hombres y mujeres en edad reproductiva y que esas actividades procedimientos e intervenciones son: consulta de primera vez de planificación familiar, elección y suministro de métodos de planificación familiar, consulta de control o seguimiento en planificación familiar, y con respecto a la primera consulta de planificación familiar dice que debe ser realizada, numeral 5.1, de acuerdo al método seleccionado y el grado de complejidad del servicio y debe ser realizado por un médico, o médica, o un enfermero o enfermera debidamente capacitados en planificación familiar, que en el caso de procedimiento de inserción del dispositivo intrauterino o

Relatoria

implante subdérmico debe hacerlo un profesional de medicina o enfermería con capacitación o experiencia acumulada de 2 años en el transcurso de los últimos cuatro años y los pasos que se deben seguir en esa primera consulta son:

Primero. Informar sobre los métodos sin excluir ningún método, cuales son los mecanismos de acción, cuáles son las ventajas, desventajas, los riesgos, los signos de alarma, las consecuencias del uso de cada uno de esos métodos, se debe valorar siempre si hay riesgo de infecciones de transmisión sexual, informar sobre la necesidad de usar siempre doble protección, que se debe responder a las dudas y necesidades del hombre, de la mujer o la pareja, con lenguaje sencillo y apropiado, que ese procedimiento se realiza en forma individual, lo que va permitir asegurarse al profesional de la salud, si el usuario ha entendido todo lo que se le ha explicado, sobre el método que debía seguir, que debe realizar una anamnesis completa haciendo énfasis en salud sexual y reproductiva que debe incluir información sobre ITS, sobre infecciones de transmisión sexual, sobre citología cervicovaginal, cuales son las condiciones de salud, los hábitos, el uso de medicamentos, que debe incluir preguntas para evidenciar si hay violencia de género, trae ejemplos de esas preguntas, como si ha sido alguna vez usted víctima de maltrato, si se siente en riesgo con la persona que la maltrata, si está haciendo maltratada actualmente, si desea ayuda, tiene que además indicarle cuales son las normas y guías relacionadas con esos casos de abuso sexual, debe realizar un examen físico general y genital, debe efectuarse una toma de citología cervicouterina, si es pertinente con lo establecido en la norma técnica de cáncer de cuello uterino, brindar apoyo al usuario para elección del método, aplicando criterios de elegibilidad para iniciar el uso de métodos, que de acuerdo con los hallazgos, teniendo como guía esos criterios de elegibilidad para iniciar anticonceptivos y procedimientos seleccionados para proveer métodos de planificación familiar, se debe entregar el método seleccionado, que ese profesional en enfermería, también queda autorizado legalmente para hacer la consejería, la consulta, la provisión del método, incluida la fórmula, educar al usuario sobre los signos de alarma o cuales son los signos de importancia que debe tener en cuenta para los controles y sus frecuencia, la importancia de asistir a consulta para controles periódicos en caso de complicaciones o cuando requiera el cambio de método temporal, la prevención de las infecciones de transmisión sexual utilizando condón como método de protección adicional, que en cumplimiento a esas normas vigentes es obligatorio informar anticipadamente al usuario, sobre los riesgos y consecuencias de los procedimientos médicos o quirúrgicos que pueden afectarlos psíquicamente y solicitar la firma del consentimiento, donde se certifique que fue informado.

Que cuando elijan métodos que requiera algún tipo de procedimiento como el dispositivo intrauterino, implante subdérmico, el Ministerio de Protección Social, la norma técnica para la atención de planificación familiar a hombres y mujeres en el numeral sexto que habla de vasectomía o de la ligadura tubaría, dice que es preciso obtener consentimiento individual, informado, escrito y que incluya firma o huella dactilar, que en el caso de la vasectomía se debe programar para el procedimiento y entregar un método temporal hasta que se practique la cirugía y programar un posoperatorio para los primeros 3 meses, señala a demás que se debe consignar en la historia clínica y en el registro estadístico en forma clara, los datos obtenidos en la valoración, los procedimientos realizados y el método suministrado, que si se trata de métodos como el dispositivo intrauterino, implante subdérmicos, vasectomía, ligadura tubaría, debe incluirse en la historia clínica, el consentimiento informado debidamente firmado por el paciente, la descripción del procedimiento y la descripción quirúrgica en caso de método permanente.

En el numeral 5.2 habla de la elección y del suministro de la planificación familiar, cuando se trata esterilización quirúrgica femenina que es el numeral 5.3.4.2, dice que la técnica debe ser realizada por medico debidamente entrenado, previa consejería, elección informada, reitera, consentimiento informado, valoración de la usuaria y de acuerdo a los procedimientos seleccionados y criterios de elegibilidad que además, el procedimiento se puede realizar en un intervalo Post aborto, Post parto, intra cesárea y siempre se debe utilizar materiales de sutura absorbible, que es preciso entregar instrucciones post operatorias e informar a la usuaria que la cirugía no protege contra las infecciones de transmisión sexual, y siempre enfatizar sobre la doble protección.

Relatoria

El numeral 5.6 que trata de otros aspectos de la atención, el 5.6.1 sobre la consejería de planificación familiar, el 5.6.2 sobre los derechos sexuales y reproductivos, habla que tiene que haber información, libertad, privacidad, vida libre de daño, igualdad, justicia sanitaria.

En el 5.6.3 que tiene que ver con el asunto que convoca la Sala, habla sobre la elección informada y el consentimiento informado, ósea que la norma regula lo relativo al consentimiento informado cuando se trata de estos métodos de planificación familiar y dice: *“la elección informada, es una decisión voluntaria e individual, que se toma con base en la información, el entendimiento, la comprensión y verificación de lo que se está informando sobre las diferentes opciones que existen en salud sexual y reproductiva, las opciones que se ofrecen deben estar disponibles y deben ser accesibles, el consentimiento informado es la manifestación de la elección informada, hecha por el usuario sobre el procedimiento específico a realizarse mediante documento escrito, el cual tiene validez, si el usuario o la usuaria dispone de una información suficiente, comprende la información adecuadamente, se encuentra libre para decidir de acuerdo a sus propios valores, es competente para tomar la decisión, deja la decisión por escrito y firmada con huella digital sino la puede firmar, por lo tanto, dice ese numeral 5.6.3, el consentimiento informado solo se logra como el resultado del proceso de dialogo y de colaboración en el que debe tener en cuenta los anteriores puntos”*.

De esta manera, es evidente que el consentimiento informado no puede reducirse a la recitación mecánica de los hechos estadísticos ni a la firma de un formulario de autorización, el formato de consentimiento informado sigue diciendo ese numeral, para la esterilización masculina y femenina, debe decir que a la personal se le ha explicado y entiende:

1. Que hay métodos anticonceptivos temporales que puede utilizar en lugar de la cirugía para planificar la familia.
2. Que el procedimiento seleccionado es quirúrgico y el personal de la institución le ha explicado los detalles.
3. Que la intervención quirúrgica tiene riesgos los cuales han sido explicados.
4. Que, si la operación tiene éxito, no podrá tener más hijos, porque los efectos son permanentes.
5. Que puede cambiar de opinión en cualquier momento y decidir no operarse, sin que por ello pierda el derecho a pedir los servicios y la atención medica de la institución.
6. Que la determinación ha sido libre y voluntariamente, sin cohesión, ni aliciente alguno.

Eso es lo que dice la norma técnica en materia de planificación familiar para parejas, hombres y mujeres; por manera que resulta incuestionable que el consentimiento informado que resulto aportado al proceso en virtud de prueba de oficio, no reúne los requisitos previstos en la Resolución 412 de 2000, ni en la norma técnica sobre la materia, se trata, el que allegaron al proceso, como allí se anuncia de una proforma para la práctica de cualquier intervención quirúrgica y/o procedimiento especial en el que solo se llenan los espacios en blanco, aquí referentes a Tubectomía Pomaroy por Minilap, así dice textualmente y los riesgos de ese procedimiento: *“hemorragias, infecciones, suturas uteroviceras huecas”* y existe otro consentimiento similar para la anestesia.

El primero, el consentimiento general no tiene fecha, el segundo el consentimiento para la anestesia, que esta fechado el 23 de julio de 2007, no se trata entonces del formato del consentimiento, el que allegaron al proceso, no es el formato del consentimiento informado para la esterilización masculina o femenina, pues en parte alguna aparece que a la paciente se le explicaron y entendió que hay métodos anticonceptivos temporales, que pudo utilizar en lugar de la cirugía para planificar la familia, o que el procedimiento seleccionado es quirúrgico y el personal de la institución le ha explicado los detalles, tampoco se anotó que si la operación tenía éxito no podría tener más hijos, porque los efectos eran permanentes o tampoco se anotó que podía cambiar de opinión en cualquier momento y decidir no operarse, sin que por ello perdiera el derecho a recibir los servicios y la atención medica de la institución. De suerte, que el consentimiento previo a la intervención quirúrgica que fue que allegaron al proceso en virtud de la prueba de oficio es diferente al consentimiento por medio del cual se elige entre varias un

Relatoria

método concreto de planificación familiar, puesto que no se deriva de una enfermedad del cuerpo que amerita un diagnóstico, no se refiere alternativas terapéuticas para paliar los dolores o sanar el cuerpo lo que esta de por medio, es el simple consentimiento informado, el cual la Corte considera un principio autónomo, o la doctrina y la jurisprudencia constitucional, como un derecho fundamental, a tal punto que el Tribunal Constitucional Español, ha indicado que el consentimiento informado, hace parte de la *lex artis ad hoc*.

La importancia y necesidad de esta especialísima autorización al personal médico, radica en el ejercicio y respeto del derecho fundamental a la salud sexual y reproductiva, que como lo señala María Cristina Calderón, en una obra que tiene: *“Los derechos y la salud sexual y reproductiva”*, Bogotá, editado por Profamilia en marzo 31 de 2006, en las páginas 5 y 6, dice el documento: *“los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, construyen al reconocimiento que la protección de la salud sexual y reproductiva, es asunto de justicia social, y que la realización de la salud, solo puede ser lograda a través de la garantía de los derechos humanos, en el campo de la reproducción, la sexualidad y la afectividad. Los derechos sexuales y reproductivos, comienzan en el entorno individual de cada persona y le corresponde al Estado garantizar su ejercicio y respeto.”*

Esos instrumentos internacionales que permiten el proceso de construcción del marco ético sobre derechos sexuales y reproductivos, no son otros que la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979; la Convención de los Derechos del Niño de 1989; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; la Convención de Belén do Pará de 1994; y fundamentalmente las Conferencias Internacionales de Naciones Unidas Sobre Derechos Humanos de Viena de 1993; la de Población y Desarrollo del Cairo de 1994; y la 4ª Conferencia Internacional de la Mujer de Beijing de 1995.

Además, en el objetivo estratégico C, párrafos 94, 95 y 96 de la Conferencia Internacional sobre la Población y Desarrollo del Cairo de 1994, programa de acción capítulo 6º, citado en un documento del Ministerio de la Protección Social, sobre la política de salud sexual y reproductiva, de febrero de 2003, página 9, se dijo lo siguiente: *“El derecho a la salud sexual y reproductiva, comprende la capacidad de disfrutar una vida sexual satisfactoria sin riesgo, la posibilidad de ejercer el derecho a procrear o no, la libertad para decidir el número (sic) de los hijos, el derecho a tener información que posibilite la toma de decisiones libre e informadas y sin sufrir de discriminación, coerción, ni violencia, el acceso y la posibilidad de elección de métodos de regulación de la fecundidad seguros, eficaces, aceptables y asequibles, la eliminación de la violencia doméstica y sexual, que afecta la integridad de la salud, así como el derecho a recibir a de servicios adecuados de atención a la salud, que permitan embarazos y partos sin riesgos y el acceso a servicios de programas de calidad, para la protección, detección, prevención y atención de todos los eventos relacionados con la sexualidad y la reproducción, independientemente del sexo, edad, etnia, clase, orientación sexual o estado civil de la persona y teniendo en cuenta sus necesidades específicas, de acuerdo a su ciclo vital”*.

Y la UNICEF en un estudio sobre este tópico, señala que la política nacional de salud sexual y reproductiva del año 2003, definió los derechos sexuales y reproductivos como derechos fundamentales que *“asociados al derecho básico de alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva, para contribuir al desarrollo de las personas y el mejoramiento de su calidad de vida, aluden al hecho de que las decisiones sobre la sexualidad y reproducción y la atención de las enfermedades y eventos relacionados con ellas, entrañan el ejercicio de derechos tales como el derecho a la vida, a la igualdad, a no sufrir ningún tipo de discriminación y a la integridad personal entre otros”*; y en el acápite 6.1 expresó que uno de los aspectos de este derecho fundamental, es el derecho de la auto determinación reproductiva, libre opción a la maternidad y a la protección en caso de embarazo: *“En este grupo se inscriben los derechos a las personas, referidos a decidir libremente el número y el espaciamiento de las y los hijos, a la protección en caso de maternidad que incluye la laboral y a tener una vida privada y familiar, involucra asimismo, el derecho a la intimidad entre personas del mismo sexo, como lo señala Cook ‘la protección de estos derechos es parte del reconocimiento del área del derecho a la intimidad de*

Relatoria

las personas, para decidir de manera autónoma sobre su proyecto de vida y en el caso de las parejas y las familias, para decidir sobre sus proyectos conjuntos y su propia conformación, en esta medida, la injerencia sobre las decisiones acerca del número de hijos e hijas y su espaciamento, impacta negativamente el ejercicio del derecho a la libertad y a la autonomía de las y los sujetos, sus parejas y sus grupos familiares. Este grupo de derechos incluye además la autonomía de las personas, en particular de las mujeres, para decidir si quieren o no tener hijos e hijas de manera libre y responsable, artículo 42 de la Carta Política del 91 y la protección en caso de embarazo”.

(...) cuando el Ministerio de Salud expide la Resolución 42 en el 2000 y más concretamente la norma técnica para la atención en planificación familiar a hombres y mujeres, se repite, lo que hace para garantizar el ejercicio pleno del derecho fundamental a la salud sexual y reproductiva, lo hace para eso entonces y por ello, las exigencias en torno al consentimiento informado que allí se establece, se tornan razonables y racionales y es evidente que tal y como actuaron la enfermera, de quién se anotó en el resumen de la historia clínica, está capacitada en enfermería en salud familiar y que atendió la consulta el 15 junio de 2007, esa es la consulta inicial, ella y los médicos que continuaron con la intervención quirúrgica, el comportamiento de la enfermera, repetimos, que estaba facultada por la norma técnica y por la resolución para hacer esa consulta planificación familiar inicial y cómo actuaron los médicos posteriores, lo actuaron, por decir lo menos, de una manera ligera, pues no verificaron que efectivamente se diera cumplimiento a aquella normatividad obligatoria y siendo así, resulta incuestionable que no se probó la existencia del consentimiento informado.

Igualmente, la norma técnica exige recomendaciones post quirúrgicas con relación a la actividad sexual, diferentes a las propias de la intervención quirúrgica, lo que tampoco se cumplió, puesto que la respuesta a la demanda hace referencia a instrucciones verbales propias de la cirugía, mientras que la norma técnica de planificación familiar del Ministerio, señala que esas instrucciones posteriores a la cirugía son relativas a la salud sexual y reproductiva, deben ser por escrito y deben constar en la historia clínica.

Destaca el tribunal, para evitar confusiones con algunos documentos que hay en el expediente y son los relativos a un resumen de la historia clínica y otros a un concepto final de auditoría efectuado por la coordinadora jurídica de la secretaría general y la jurídica de la EPS accionada, que efectuó observaciones en el denominado formato de análisis de casos demandas y conciliación, es decir ella manifiesta sus conceptos personales luego de analizar el evento, no es que están en la historia clínica, sino que esa coordinadora jurídica cogió la historia clínica quién en un cuadrado manifestó sus conceptos personales sobre lo que ella deducía de las anotaciones en la historia clínica, aunque de esos conceptos personales de ella, de ese trabajo que hizo y con relación a la atención del 15 junio de 2007, ella sí anotó que se había cumplido con la norma técnica de planificación familiar del Ministerio, hizo esa manifestación genérica, pero no da cuenta el consentimiento escrito, ni de su contenido que es obligatorio como vimos antes, según la resolución y la norma técnica.

Del concepto final de auditoría puede resaltarse que al egreso de la paciente, a la 1:58 minutos del 10 septiembre, no se tienen soportes de las instrucciones impartidas a la alta, lo que resulta muy importante pues debió crear claridad sobre la forma cómo debía conducirse, frente a un cuadro que comprometiera su integridad, aunque finalmente concluyó, según la coordinadora anota: “no se le dieron instrucciones”, pero al mismo tiempo concluyó que lo que había pasado era responsabilidad de la paciente y su familia, por haber demorado la toma de decisión para acudir al servicio urgencias de la Clínica Antioquia una vez se había presentado dolor abdominal y la intolerancia a la vía oral.

Para el tribunal no existió el consentimiento informado necesario, para el método de planificación familiar que había optado doña Dolly del Carmen, pero en lo que toca con la relación de causalidad que debe determinarse cuando se juzga la responsabilidad del médico por falta de consentimiento informado, en específico, sobre el interés jurídico quebrantado cuando falta ese consentimiento informado y los perjuicios por los cuales se responde en sentencia del 18 septiembre pasado, con

Relatoria

ponencia de la doctora Piedad Cecilia Vélez Gaviria en radicado 0500103006 2016-00338 01, se dijo, esta misma sala, *“La sala no pueden negar que existen posiciones que las ubican exclusivamente en la vulneración de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, dignidad, libertad o autonomía para disponer del propio cuerpo o vida, igualmente otras en cambio, consideran que además se vulneran la vida, la salud y la integridad psicofísica de las personas, pero limita la responsabilidad a los riesgos típicos previstos y posibilita la exoneración con la demostración, de que a pesar del cumplimiento de la prestación de informar y obtener el consentimiento informado, el daño se habría generado de todas formas, alguna incluso la extiende incluso a los imprevistos, todos los cuales asume el médico; sin embargo, como ya se ha afirmado por la mayoría de ésta sala en decisiones anteriores, como la proferida el 1 febrero de 2018, radicado 2011-00151 01 con ponencia de Julián Valencia Castaño, la tesis que se sostenido por la propia Sala Casación Civil de la Corte, según la cual “la omisión de la obligación de informar y obtener el consentimiento informado, hace responsable al médico y por consiguiente, a las instituciones prestadoras de servicios de salud obligadas legalmente, a verificar su estricta observancia no sólo del quebranto a los derechos fundamentales del libre desarrollo de la personalidad, dignidad y libertad, sino de los daños patrimoniales y extra patrimoniales, causados a las personas en su vida, salud, integridad psicofísica, a consecuencia del tratamiento e intervención no autorizados, ni consentido entre los parámetros legales, según los cuales con o sin información y consentimiento informado, la responsabilidad del médico por reacciones adversas inmediatas o tardías, producidas por efectos del tratamiento, mira más allá del riesgo previsto, salvo si expone al paciente a riesgos injustificados artículo 15 ley 23, o actúa contra su voluntad o decisión negativa o trata de tratamientos o procedimientos experimentales no consentidos (...) pues en tal caso el médico asume los riesgos, vulnera la relación jurídica y existe relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño. (Corte sentencia de Casación Civil del 17 de noviembre de 2011 radicado 1999-00533 01 con ponencia del doctor William Namen Vargas).”*

Continuando con lo expresado en aquella oportunidad por la Sala, en este caso, la entidad demandada deberá responder por todos los perjuicios causados a los actores y se dice que la responsabilidad es por la totalidad de los perjuicios que resultaron probados, los cuales serán objeto del capítulo posterior, porque la relación de causalidad en estos casos, a juicio de la Sala, se establecen entre el acto médico y el daño, que no entre la omisión de información y este último, como sostienen algunos, esa postura de la mayoría de esta Sala, se fundamenta en la corriente jurisprudencia hasta hoy imperante y que propende por ubicar el nexo causal, en el único lugar donde el lógica y materialmente puede estar, esto es entre el acto médico y el daño en toda su extensión(...)ni siquiera es así porque el médico hubiere cometido culpa para la ejecución de la técnica utilizada en la determinación del diagnóstico o similares, lo es responsable el médico porque no cumplió con su debito informativo y con ello se abstuvo de trasladar los riesgos inherentes a Dolly del Carmen Marulanda, por lo que naturalmente debe hacerse cargo de las consecuencias derivadas de la materialización de esos riesgos, por cuanto le coartó a la paciente la posibilidad de obtener información oportuna, clara, detallada, completa e integral, sobre los procedimientos y las alternativas como lo señala la corte en la sentencia C 182 de 2016.

A favor de esta postura, dijo la Sala *“se ha referido la doctrina representada por Ricardo de Ángel Yagues así: “expresado en otros términos, el daño sufrido por el paciente anula la acción curativa del médico no porque fuera defectuosa mente llevada a cabo en sí misma, sino porque para su ejecución faltó una genuina voluntad del propio paciente, por esto último y dado que en términos de causalidad material sino hubiese existido la actuación del médico, no había ocurrido el desenlace que sobrevino, por decirlo gráficamente si no hubiera habido intervención quirúrgica no se había producido al paciente los daños que resultó padeciendo, me parece discutible que el razonamiento judicial en torno a nexo de causalidad, deba establecerse entre falta de información y daño resultante, estimo por el contrario, que la mera relación de causalidad en su sentido material y de ahí entre otros motivos, la fragilidad de ese concepto, debe establecerse entre la intervención quirúrgica y el daño. Poco importa esos efectos, precisamente porque sólo hablamos de causalidad material, que la actuación por activa del médico fuere irreprochable con arreglo a la lex artis propia del caso, esta circunstancia solo sirve para no imponer al médico responsabilidad por el concepto imputación de culpa en esa concreta actuación. Por este último*

Relatoria

concepto, culpa en actividad de curar el médico no merece reproche alguno, pero si lo merece la circunstancia de que la actuación curativa fuera consecuencia de que el paciente no hubiese tenido oportunidad de decidir que las cosas fueran de otra manera”.

SOBRE LOS PERJUICIOS MORALES. El doctor Rafael Durán Trujillo, en una obra que se llama Nociones de Responsabilidad Civil Editorial Temis Bogotá 1957, señalaba que el perjuicio del daño moral de afección, procede de las facultades del alma a diferencia de las que origina el daño incorporal que los son de la facultad de la inteligencia, el dolor físico y el sufrimiento espiritual que afectan en muchos casos, la libertad personal, la integridad y hasta la propia vida, son daños morales de afección, decía el doctor Durán: sentimiento de pena y amargura en nuestros íntimos afectos, venido de un ultraje, de un insulto, de una pérdida de un miembro de la familia o de un amigo entrañable, son daños morales de afección, intangibles, imposibles de valorar, son el dolor ajeno, la reyerta interna de la agresión y el sentimiento que nadie puede medir en su extensión por el tinte imponderable que tienen y por lo grotesco que aparece a la vista de los hombres, cotizar los sentimientos. Decía él que ese era el motivo por el que la indemnización o la reparación del daño moral de afección, no tiene carácter de tal, sino de desagravio de satisfacción a la víctima, que lleva en el alma un tesoro incomparable.

Este daño moral, dice la Corte inasible por su naturaleza, no puede reducirse a cifras ni traducirse pecuniariamente, si no se quiere caer en la más completa arbitrariedad, por eso si de la reparación del daño moral se trata, ha de admitirse que, como tal, no es posible lograrla sino en la medida de su objetivación. El juez debe a pesar del daño moral de afección, en un acto de conciencia registral que puede ser arbitrario, aproximarse a lo justo, acude al arbitrio judis. Y sobre la legitimación, obviamente la víctima está legitimada, pero también el compañero permanente de la demandante como dijo la Corte, en sentencia que aparece en la gaceta judicial, tomo 200 páginas 85, cuando señala que esa legitimación dimana de las relaciones que se entretienen con ocasión de los vínculos propios de la familia, consanguinidad, afinidad o adopción, decía la Corte en esa sentencia.

Recuerde nada más, que la artículo 42 habla de que la familia se forma por vínculos jurídicos o naturales, en este caso por vínculos naturales, en razón entonces, del compañero permanente, porque a simple vista es perceptible que el desaparecimiento, la afección de uno de los miembros de la familia, representa lesión para los otros es su propia integridad o sea que es algo hiere directamente la personalidad de cada uno.

En relación con la prueba se ha de anotar, que es quizás el tema en el que mayor confusión se advierte, cómo que suele entretenerse con la legitimación, cuando se mira con respecto de parientes cercanos a la víctima, para decir que ellos parece ser tales están estos exonerados por demostrarlo, pero dice la Corte que es que también con la prueba del daño moral de los miembros cercanos de la familia, se aplica entonces es una presunción de hombre y que esa presunción de hombre se puede desvirtuar, pero que la prueba que tienda desvirtuarla, si se incorpora al proceso, el juez en su discreta soberanía, la evaluara y decidirá si es del caso particular, teniendo en cuenta si sigue aplicando la presunción o se queda desvanecida.

La Sala presume entonces que los padecimientos sufridos por Dolly del Carmen, como consecuencia la perforación del yeyuno, el permanecer en cuidados intensivos desde 13 septiembre hasta 6 octubre de 2007, puesto que estuvo en inminente peligro de muerte, así como los graves problemas de salud consecuencia esa afección sufrida, causaron no solo en ella, sino en su compañero e hija, ese dolor, pesadumbre, perturbación de ánimo, sufrimiento espiritual, pesar, congoja, aflicción, sufrimiento, pesar, angustia, zozobra, desolación, impotencia u otros signos expresivos que se concretan en el menoscabo de los sentimientos, de los afectos de la víctima y por lo tanto en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto hecho dañoso, como lo dijo la Corte en la sentencia ya citada, presunción que no aparece desvirtuada, por lo que la sala debe fijar el resarcimiento del daño moral para Dolly del Carmen en 40 smlmv y en 20 para la hija menor.

Relatoria

Con relación Alexis Echavarría Lopera, que fue lo que motivo que estuviéramos nuevamente profiriendo la sentencia tal como lo advierte al juez constitucional por mayoría, la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que el juez no puede, con fundamento en el artículo, en ese entonces 305 del Código de Procedimiento Civil, hoy también norma que se repite en el Código General del Proceso que en la sentencia el juez tiene que tener en cuenta que la sentencia estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades y que por eso no podría condenarse al demandado por cantidad superior a la debida y que son los hechos y pretensiones y las excepciones las que trazan los límites dentro de las cuales el juez debe decidir sobre el derecho a disputar en juicio y qué hay incongruencia entonces cuando se verifica que esa incongruencia en el fallo se verifica comparando simplemente el contenido de la demanda y las excepciones, los hechos y las pretensiones y las resoluciones adoptadas en el proceso.

Por eso en sentencia del 14 diciembre de 2008 radicado en 2006-00 188 con ponencia de la doctora Margarita Cabello Blanco reitera la Corte, lo que había hecho con anterioridad, dice entonces: Qué violar lo que establece el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil constituye un vicio de incongruencia, entonces, como en la demanda se había hecho expresamente *“para el señor Alexis Echavarría Lopera, el equivalente en pesos a 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes”* la Sala como lo señaló el Juez Constitucional, no puede vulnerar ese principio de congruencia, por lo que el resarcimiento del perjuicio moral para el demandante Echavarría Lopera se fija en 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

PERJUICIO FISIOLÓGICO: Con relación al perjuicio fisiológico consistente, según la Corte, en el mismo daño a la vida relación según nomenclatura que le dio en sentencia del 28 abril de 2014 expediente 2009-00201 01, reiterada en sentencia 5 agosto del 2014 expediente 2003-00660 01 definiéndose perjuicio fisiológico como la afectación a la vida exterior, a la intimidad, a las relaciones interpersonales, producto de las secuelas que las lesiones dejaron en las condiciones de existencia de la víctima y que esa clase de perjuicio es de estirpe extrapatrimonial, por referirse a la afectación de las condiciones de existencia, no poder seguir disfrutando, dice la Corte, de los placeres de la vida o realizando funciones vitales y que se concreta a dice la Corte en sentencia del 20 enero 2009 expediente 00125, reiteradas en sentencia 28 abril de 2014 y en sentencia SC 5050 de abril de 2014, ese daño se concreta, obtiene reflejo en el ámbito externo del individuo, en los impedimentos, exigencias, dificultades, privaciones, vicisitudes, limitaciones o alteraciones temporales o definitivas que soporta la víctima en el desempeño de su entorno personal y familiar y que ese daño se presenta o tiene origen en lesiones de tipo físico corporal o psíquico como la afectación de otros bienes intangibles a la personalidad o en derecho fundamentales que recae sobre la víctima de la lesión o a los terceros que también resultan afectados según los pormenores de cada caso, por ejemplo el cónyuge, compañero permanente, parientes, amigos cercanos, qué es un daño autónomo reflejado la afectación de la vida social no patrimonial de la persona, ese daño tiene que estar entonces diferenciado en la demanda y tienen que estar entonces relacionados cuáles son los fundamentos fácticos, cuales son las circunstancias de hecho que constituye la materialización de esos daños.

En la demanda, no aparece en ningún hecho que contenga entonces cuáles fueron los hechos que estructuraban ese especial perjuicio y no puede aceptarse que los sean los hechos 8º y 9º de la demanda puesto que en esos hechos, lo que se hizo fue mención a las situaciones médicas o de afección a la salud y son esas afecciones médicas las que dieron sustento a las condenadas por daño moral y no puede ser tenidas entonces nuevamente para ser con fundamento en esos hechos condena por daño fisiológico, porque estaríamos indemnizando doblemente el perjuicio moral.

DAÑO EMERGENTE: Finalmente con relación al daño emergente, habrá de reconocerse la suma de \$124.500 correspondiente al valor pagado 21/09/2007 a la Clínica Antioquia, la que será actualizada de conformidad con el IPC desde 21/09/2007 hasta la fecha el pago, esto es lo relativo a la condena que se hace a la EPS demandada.

Relatoria

La declaración de responsabilidad a la empresa demandada es por mayoría de la Sala puesto que en ese aspecto el doctor Julián Valencia hace salvamento de voto.

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA: En lo relativo al llamamiento de garantía, que se hizo a Liberty Seguros S.A, y al efecto se tiene que la póliza de responsabilidad civil profesiones médicas Lb 159338, con fundamento en esa póliza, que la llamada en garantía allegó mucho más legible y agregó además el anexo que hace parte integral de la póliza donde se establece, como condición aplicable que los médicos adscritos a Salud Total S.A., deben ser reportados dentro de los listados allegados por la EPS y no está en discusión que en ese listado aparecen tanto la enfermera como el ginecólogo tratantes; sin embargo, la mayoría de la Sala en este caso, el doctor Julián y la doctora Piedad, ya resolviendo el llamamiento en garantía, consideran que hay lugar a la prosperidad del llamamiento en garantía, porque considera que las exclusiones deben estar contenidas en la carátula de la póliza y al no estar allí, como lo exige la ley 45 de 1990, no opera la exclusión, en ese sentido entonces para ellos, prospera el llamamiento en garantía.

En este sentido el ponente simplemente deja como salvamento interno que yo soy del criterio de que las exclusiones si pueden estar en documento anexo y que si existía un documento anexo en que se excluía la responsabilidad civil por tratamientos destinados a impedir o provocar un embarazo o la procreación y tal como lo dijimos desde el principio, el método de planificación quirúrgico tubectomía pomaroy por mini lámparas está destinado a impedir un embarazo o empleos la procreación, pero la mayoría de la sala señala las exclusiones tenían que estar en la carátula de la versión. En ese sentido, las excepciones que se formularon frente al llamamiento en garantía tales como: 1. El riesgo no amparado o exclusiones no contempladas en las pólizas 2. Inexistencia de la obligación. 3 Falta legitimación en la causa, quedan resueltas entonces de manera desfavorable.

Así las cosas, existe responsabilidad de la EPS accionada por la ausencia del consentimiento informado relativo al método de planificación familiar, por todo lo que dijimos acerca la resolución y la norma técnica y además, esa responsabilidad queda cubierta por la llamada en garantía, pues como lo sostiene la mayoría de la sala, las exclusiones debían estar contenidas en la carátula de la póliza.

Con relación a las excepciones que se denominaron termino del contrato, perdida de vigencia y prescripción o caducidad, que hablan de que el siniestro se debió haber demandado a más tardar, dentro de un plazo máximo de 2 años calendario contado a partir de la terminación de la vigencia de la póliza, esta no era una póliza claims made y en ninguna parte de las pólizas se pactó que dentro de los 2 años a la vigencia de la póliza, tuviera que haberse efectuado la reclamación y con respecto a la caducidad y la prescripción con fundamento en el artículo de 1081 del Código de Comercio, está claro que la demanda se había presentado el 20 noviembre de 2009 y simplemente se había notificado dentro del año siguiente a la EPS demandada, esa notificación se hizo por aviso, las copias se retiraron 18 de junio de 2010 y ya para el 6 octubre de 2010, el llamamiento en garantía estaba notificado por la EPS demandada a la llamada en garantía.

En ese sentido entonces, tampoco opera según la mayoría de la Sala, el término de prescripción previsto en el artículo 1081 el Código de Comercio.

Luego, como en la documentación allegada por la llamada en garantía aparece que se cobren los daños morales con sublímite de 150000000 por evento, quiere decir que la compañía llamada en suma que se refiere la condena al daño moral y al daño emergente, obviamente previo el deducible pactado.

CONCLUSIÓN: REVOCA LA SENTENCIA, para su lugar declarar civilmente responsable a Salud Total EPS, de los daños y perjuicios causados a los demandantes como consecuencia la anterior declaración se condena salud total al pago los perjuicios morales a los actores.(...) La entidad demandada habrá reconocerá los demandante la suma de \$124.500 correspondiente al valor pagado 21 septiembre de 2007 la Clínica Antioquia (...) suma que será actualizada (...). Se niegan las demás pretensiones de la demanda (..) se declara próspero el llamamiento de garantía que hizo Salus Total EPS a Liberty Seguros

Relatoria

S.A. y en consecuencia, deberá devolver a la llamante el equivalente a las condenas aquí impuestas previo el deducible pactado. Se condena en costas en ambas instancias a la parte demandada y a favor de la parte demandante y costas en primera instancia en razón de la prosperidad al llamamiento de garantía a cargo de la llamada en garantía y a favor de la EPS demandada; (...) como estamos resolviendo lo relativo a las intervenciones en la audiencia pasada que quedaron en firme, la sustentación de recursos y alegaciones, no hay costas en esta instancia, como no compareció la EPS accionada a la audiencia en que se había efectuado la sustentación del recurso y las alegaciones no hay costas en esta instancia, a favor de la EPS accionada por no haberse causado, en razón de la prosperidad del llamamiento, reiteramos entonces, la decisión con salvamento de voto del doctor Julián Valencia Castaño en lo relativo a la responsabilidad de la empresa demandada.