



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 2

SANTANDER RAFAEL BRITO CUADRADO

Magistrado ponente

SL097-2023

Radicación n.º 64399

Acta 01

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de enero de dos mil veintitrés (2023).

Decide la Sala los recursos de casación interpuestos por las **HERMANAS DE LA CARIDAD DOMINICAS DE LA PRESENTACIÓN DE LA SANTÍSIMA VIRGEN, SALUD TOTAL S. A. EPS** y **JUAN GUILLERMO COLONIA GUTIÉRREZ**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, el seis (6) de septiembre de dos mil trece (2013) en el proceso ordinario que **SONIA GIRALDO BOTERO** y **HERNEY EDUARDO DUQUE ARISTIZÁBAL**, en nombre propio y en representación de sus hijos **M. P. D. G.** y **J. D. D. G.**, le instauraron a las dos primeras, juicio al que se llamó en garantía a **LIBERTY SEGUROS S. A.** y a la recurrente inicial. También, se denunció el pleito, convocando a la persona natural que intenta este medio extraordinario.

Se acepta el impedimento formulado por el magistrado Carlos Arturo Guarín Jurado para conocer de la presente causa, de conformidad con auto del 5 de septiembre de 2022, visible a folio 150 del Cuaderno de la Corte.

Por consiguiente, se hace innecesario que la Sala se pronuncie respecto a la solicitud de recusación presentada por el apoderado judicial de las Hermanas de la Caridad Dominicanas de la Presentación de la Santísima Virgen, (f.º 152 *ib*).

I. ANTECEDENTES

Sonia Giraldo Botero y Herney Eduardo Duque Aristizábal, actuando en nombre propio y en representación de sus hijos M. P. D. G. y J. D. D. G. llamaron a juicio a Salud Total S. A. EPS y a las Hermanas de la Caridad Dominicanas de la Presentación de la Santísima Virgen, como propietarias de la Clínica de la Presentación Manizales (f.º 36 del cuaderno 1 del Juzgado) para establecer que las enjuiciadas estaban contractualmente obligadas a indemnizar por la mutilación, perforación y posterior extracción del útero de la señora Giraldo Botero, como resultado de la cirugía que se le practicó en la Clínica de la Presentación, por orden de la codemandada, el 14 de marzo de 2004 (f.º 5 a 31, 687 y 688, *ibidem*).

En consecuencia, y como reparación de los daños materiales, pidieron el pago de \$15.000.000 por concepto de lucro cesante causado a Sonia Giraldo Botero; \$10.000.000

por el lucro cesante de Herney Eduardo Duque Aristizábal, que perdió semanas de trabajo por estar al lado de su esposa; \$2.740.000 por gastos adicionales de enfermería, medicamentos y pasajes y, finalmente, \$200.000.000 por la sola pérdida del órgano reproductivo.

Por perjuicios morales, reclamaron cien SMMLV para cada uno de ellos, lo que para el tiempo de la presentación de la demanda equivalía a \$163.000.000, para un total de \$390.940.000.

En específico, para Sonia Giraldo Botero estimaron la depresión, angustia, decaimiento, daño de vida en relación, alteraciones de la normalidad familiar y perjuicios psicoafectivos.

Respecto a Herney Eduardo Duque Aristizábal, señalaron que llevaba una vida de relación de pareja con aquella, pero se le generó un trauma psicológico, afectivo y familiar, por conocer que su esposa ya no podría procrear.

En cuanto a M. P. D. G y J. D. D. G., indicaron que fueron directamente afectados por los trastornos psicoafectivos y los desórdenes orgánicos y fisiológicos de su madre.

Narraron, como fundamento de sus pretensiones, que el 18 de febrero de 2005, Sonia Giraldo Botero fue atendida en la EPS Salud Total S. A., por presentar:

[...] amenorrea, mareos, maluqueras, dolor abdominal, lumbar y ha tenido diarrea. Indicándose en la historia clínica como antecedentes dos embarazos, un parto, vivos dos, fecha de la última regla 9 de julio de 2003 [...] ajustaba tres (3) embarazos. Dos partos anteriores que corresponden a dos hijos vivos [...] de 6 y 3 años y el embarazo frustrado.

Dijeron, que el 23 de febrero de 2004, Giraldo Botero acudió a consulta ordenada por la EPS Salud Total S. A., para realizarse los exámenes médicos practicados, en los que se informó el resultado positivo de la prueba de embarazo y el parcial de orina patológico; que el médico tratante diagnosticó «*supervisión de embarazo normal*» e «*infección de las vías genitourinarias en el embarazo*», ordenando «*amoxicilina y parcial de orina, glicemia, hemoglobina y hematocrito, VDRL*».

Adujeron, que en esta consulta el galeno desconoció la Resolución n.º 412 de 2000, en cuanto no remitió a la paciente al programa de promoción y prevención o control prenatal; tampoco ordenó suplemento de hierro y ácido fólico, ni pidió pruebas serológicas para toxoplasma, hepatitis, VIH y hemoclasificación, que eran de obligatoria recomendación puesto que su embarazo no era normal, al estar complicado con «*IVU*».

Manifestaron, que el 25 de febrero de 2004, Giraldo Botero fue a consulta de control prenatal en la UAP Manizales, constando en la historia clínica que fue el primero realizado y se le diagnosticó «*SUPERVISIÓN DE OTROS EMBARAZOS NORMALES*», ordenándole exámenes de glicemia, VDRL, hemoglobina, hematocrito y parcial de orina.

Adujeron, que el 9 de marzo, se realizó nuevo un control prenatal, indicando en la historia clínica, lo siguiente:

Trigestante con dos hijos vivos de 5 y 20 meses, cursa con la semana 13 de embarazo, hasta ahora sin complicaciones. Trae paraclínicos dentro de límites normales excepto Hb un poco baja, refiere que se siente mucho mejor.

Agregaron, se recomendó el suministro de sulfato ferroso, ácido fólico y ecografía obstétrica.

Dijeron, que el 13 de marzo de igual año, asistió a consulta en la UAP las Palmas, por presentar dolor lumbar y cólico, consignándose en la historia clínica: *«PACIENTE DESDE AYER PRESENTA DOLOR PÉLVICO DOLOR LUMBAR LEVE, HACE 40 MINUTOS SENSACION DE SALIDA DE ALGO, VA AL BAÑO Y EXPULSA UN COAGULO»*; que en el examen se encontró un útero aumentado de tamaño con escasos restos hemáticos en la vagina y se plasmó en los antecedentes personales de la historia clínica, lo siguiente: *«AMENAZA DE ABORTO Y PLACENTA PREVIA PARCIAL EN 2 EMBARAZOS ANTERIORES»* y, por lo tanto, fue identificada como gestante de alto riesgo.

Expusieron, que al realizársele una ecografía obstétrica, se reveló un embarazo anembrionado y se anotó que: *«amerita remisión para la clínica de la Presentación por pedido de la paciente quien hace valer el derecho de la libre escogencia del prestador»*.

Sostuvieron, que por remisión ordenada por Salud Total S. A. EPS, la paciente acudió a la Clínica de La Presentación para la práctica de un una cirugía o procedimiento clínico, efectuada por el doctor Juan Guillermo Colonia Gutiérrez, que se registró así:

Cirujano Juan Gmo. Colonia. Diagnóstico Preoperatorio muerte embrionaria. Diagnóstico postoperatorio muerte embrionaria. Operación curetaje obstétrico. Descripción del procedimiento y hallazgos operatorios: Previa asepsia BAG, se realiza examen ginecológico, útero de 12 centímetros, cuello abierto, se pinza cureta # 5 se extraen restos en abundante cantidad, no complicaciones.

Afirmaron, que la historia clínica violó lo ordenado en el artículo 36 de la Ley 23 de 1981 y el 3º y 5º de la Resolución 1995 de 1999, en lo relacionado con la claridad, legibilidad y contenido de ese documento.

Acotaron, que la Clínica de la Presentación Manizales era una dependencia de la comunidad Hermanas de la Caridad Dominicanas de la Presentación de la Santísima Virgen.

Adujeron, que Salud Total S. A. EPS incurrió en una omisión, al no:

Recepcionar el consentimiento informado o de la suscripción de la carta de riesgos-beneficios, a la señora Sonia Giraldo Botero, y se sometió a mi poderdante a un procedimiento clínico bajo la decisión exclusiva del médico, sin ninguna posibilidad de oposición por parte de la paciente, hecho condenable, pues no se trataba de una persona con limitaciones de su capacidad de decidir, sino que estaba en ejercicio cabal y pleno de su conocimiento con capacidad para tomar una decisión previo estudio y análisis de los diagnósticos de las patologías presentadas; las posibilidades terapéuticas y las complicaciones

quirúrgicas y anestésicas relacionadas con el procedimiento, y consecuentemente, adoptar una decisión.

Manifestaron, que se violó también el artículo 6º del Decreto 2309 de 2002, relacionado con el sistema obligatorio de garantía de calidad, al no remitirse toda la pieza quirúrgica, tejido o material obtenido en el procedimiento, para su anatomopatológico, para confirmar o descartar el diagnóstico clínico y tomar las medidas terapéuticas del caso.

Resaltaron, que nunca se presentó la relación médico paciente en las condiciones ordenadas por el artículo 4º de la Ley 23 de 1981, porque esta nunca conoció al profesional que realizó la intervención, quien:

[...] de manera apresurada e inconsulta, después del último día de un agotador turno de 15 días, la abandonó a la “buena de Dios”, para desplazarse a la ciudad de Medellín, la dejó en un estado de indefensión, pues como médico tratante, era la persona responsable de la complicación que desde el mismo momento del legrado uterino se evidenciaba por la profusa hemorragia de la paciente, hecho que fue completamente desconocido por el médico.

Narraron, que después del legrado, la señora Giraldo Botero empezó a presentar distensión, asfixia o disnea y náuseas, por lo que su familia procedió a la búsqueda del doctor Juan Guillermo Colonia Gutiérrez, hasta que la Clínica de la Presentación les informó de su partida a Medellín por haber terminado el turno de 15 días, lo que a juicio de los demandantes era un hecho condenable, pues:

Si [Sonia Giraldo Botero] no se encontraba ante una urgencia, el citado médico debió abstenerse de intervenirla y permitir que el caso lo atendiera el médico que le recibía el respectivo turno. Se

puede colegir entonces, que el interés de unos honorarios superó las responsabilidades éticas y científicas que como profesional de la medicina debió observar el médico tantas veces citado.

Relataron, que la Clínica de la Presentación, como entidad contratante de los servicios profesionales, imponía y sometía a los profesionales de la medicina a unas extenuantes jornadas laborales, sin ejercer ningún control de calidad o interventoría que garantizara la integridad y la vida de sus pacientes.

Alegaron, que Sonia Giraldo Botero acudió al servicio de urgencias de Las Palmas, con cuadro de dolor abdominal intenso, náuseas, vómito, distensión abdominal, fiebre, escalofrío y sed, siendo remitida a la Clínica Versalles con la siguiente nota de admisión:

Paciente de 34 años llevada el domingo 14 / 04 a legrado por reporte ecográfico de huevo anembrionado – refiere lunes y martes sangrado vaginal en moderada cantidad – pero hasta desaparecer. El miércoles inicia con fiebre intermitente – y malestar general progresivo. Niega: síntomas urinarios – y síntomas gastro-intestinales (no náuseas, no emesis): Tolera la vía oral adecuadamente – Recibió desde su egreso de la Clínica de la Presentación – Diclofenaco vía oral. Hoy consulta por + de los síntomas: Remisión autorizada por Cx turno (Dr. Vanegas) Examen físico: Aparente buen estado general -tranquila sin disnea – refiere dolor moderado febril al tacto no otros síntomas TA FC 80 T: 37.0° C OTL NORMAL C/P: NORMAL; Abdomen: blando – depresible – con dolor marcado a la palpación en hemi abdomen inferior principalmente en hipogastrio con signos de irritación peritoneal peristaltismo ↑ MC Burney (-) Blumberg (-); TV: especulocopia: cuello cerrado sin sangrado escaso flujo amarillo no fétido: - TV cuello intermedio con dolor exquisito a la movilización y ↓ en la palpación de los anexos; vagina eutérmica; (ilegible). Paraclínicos: CH: no leucocitosis no neutrofilia. Hb ↓ 7.8 VSG 40 P. de orina normal FFV bacilos GRAM + IDX 1) post legrado día # 4, 2) dolor abdominal a estudio, 3) perforación uterina ? 4) pelviperitonitis 2 a 3 – 5) apendicitis aguda. Plan: 1 hospitalizar, 2 VOM.

Relacionaron, que a pesar de existir un antecedente cierto como posible causa del cuadro abdominal agudo, se registró en la historia clínica, esto:

Dx anotados. Refiere dolor abdominal constante. PA: 110/70 FC 88 FR 12. Mucosa oral húmeda. ORL normal. Cuello sano C/P: Normal. Abdomen: Dolor al palpar todo el abdomen. No irritación peritoneal. Perist (+). Resto bien. SS eco abdomino – pélvica.

Reflexionaron que, en el lapso de nueve horas, para el profesional desapareció la irritación peritoneal, desconociendo que precisamente ese dolor generalizado era el principal signo de irritación peritoneal o peritonitis.

Añadieron, que la ecografía informó: *«PEQUEÑA COLECCIÓN LÍQUIDA EN EL FONDO DE SACO DE DOUGLAS DEBE CORRELACIONARSE EN EL CONTEXTO CLÍNICO DEL PACIENTE»*; que ese mismo día, otro galeno reseñó:

HC revisada. Legrado obstétrico por Huevo anembrionado hace 4 días en C. Presentación. Desde hace 2 días fiebre, dolor hipogástrico malestar general. EF: FC:96' TA 100/60 T38.6° C. PTE álgida. Abdomen distendido dolor generalizado a la palpación. Blumberg (+). Cervix sano no sangrado. Útero ligeramente ↑ tamaño. Dx: Abdomen Agudo Qx. C/ Laparotomía Exploradora y por reservar 2 U GR.

Esbozaron, que se incurrió nuevamente en una falla del servicio y que existieron incongruencias en los registros médicos realizados, que solo condujeron a dilatar y demorar el procedimiento quirúrgico, mientras avanzaba la severa infección y sepsis por la complicación obstétrica abandonada, lo que le produjo graves secuelas a la accionante.

Mencionaron, que la afectada fue operada en la Clínica Versalles, donde se encontró que el útero había sido perforado en el legrado y que necesariamente debía extraerse, por presentar esa condición y estar, igualmente infectado hacía varios días, para lo cual, se registró lo que a continuación se cita:

Nota Operatoria LC a Cirugía. Dx PreQ: - Post legrado uterino – Abdomen Agudo 2º - Perforación uterina. Perforación víscera hueca – Peritonitis 2º. Post Q: -Abdomen agudo hemorrágico 2º - Perforación uterina -Vísceras indemnes. Cirugía laparotomía exploradora. Cirujano Hugo E. León. Ayud. Doctora Patricia Marín. Anest. Gral. Doctora Martha Pardo. Cirugía C. A patológica: Epiplón.

Contaron, que en el informe quirúrgico del gineco-obstetra se dictaminó:

Diagnóstico pre-operatorio abdomen agudo. Perforación uterina 2º legrado obstétrico (4º día de evolución). Diagnóstico post-operatorio igual. Intervención practicada histerectomía abdominal total. DESCRIPCION DE HALLAZGOS OPERATORIOS, PROCEDIMIENTOS Y COMPLICACIONES: Asepsia, antisepsia. Evacuación vesical. Incisión mediana por planos. Hallazgos: Hemoperitoneo + 200cc plastrón de epiplón sobre útero. Perforación a nivel de cuerno izquierdo de útero de + 3 x 4 cm. Procedimiento P. C. I. vicryl 0 redondo apertura ligamento ancho P. C. I. vicryl 0 pedículo ilegible se conservan anexos infundibulopélvicos no trombosados. Histerectomía total con electrobisturí. Cúpula Catgut 0. Sangrado (+/-) 100 cc. Compresas Completas. Diuresis normal. Se llama a cirugía general para descartar lesión intestinal.

Afirmaron, que lo dicho no correspondía a una simple perforación sino a un gran hueco de 30 por 40 mm, que mostró la impericia del médico y, recalcaron que el diagnóstico postoperatorio desconoció el origen de los hallazgos de la cirugía que llevaron a la pérdida del útero y a

la sepsis o infección intraabdominal, causa importante de las secuelas consistentes en perforación abandonada y peritonitis subsiguiente.

Aclararon, que además del útero, existió la necesidad de extirpar o reseca una parte del epiplón u omento, que era el delantal que protegía a las vísceras intraabdominales; que ninguno de los cirujanos dejó constancia del compromiso uterino que justificara su extirpación, menos de la infección.

Adujeron, que el estudio anatomopatológico evidenció la impericia del procedimiento, porque indicó:

Se reciben dos recipientes. Uno de ellos, rotulado útero contiene el mismo, el cual mide 14x8x8 cm. El cuello es de aspecto normal. El cuerpo presenta una perforación con un hematoma en el fondo. Se procesan cortes representativos del cuello con A y del cuerpo en la parte de la perforación con B. El segundo recipiente, rotulado epiplón, contiene material amorfo con aspecto de tejido adiposo, el cual mide 6x6 cm. Se procesan cortes escogidos al azar con C. LAME. En A se identifica cuello uterino normal. En B, cuerpo uterino con decidua y vellosidades coriales. En C hay tejido adiposo congestivo y fragmentos de tejido decidual. **DIAGNÓSTICO: UTERO Y EPIPLÓN. HISTERECTOMIA UTERO GRAVIDO. PERFORACIÓN UTERINA. CONGESTION VASCULAR EN EPIPLON.**

Por lo dicho, concluyeron que el legrado uterino, que pretendiera retirar todo el resto embrionario o placentario de la cavidad uterina, no cumplió su objetivo y llevó a Sonia Giraldo Botero a una situación que, aun cuando previsible, no se observó ninguna medida de seguimiento para identificar la potencial complicación y tomar las acciones diagnósticas y de tratamiento que evitaran las graves situaciones sobrevinientes.

Referenciaron las consultas del 6 de abril, 4 de mayo y 8 de mayo de 2004, en las que se anotó que la enjuiciante había sufrido una perforación uterina durante un legrado, y que sufría de dolor, incontinencia e infección de las vías urinarias.

Que nuevamente se consultó a Salud Total S. A. EPS, por cólicos con tres días de evolución asociados a hiporexia, porque desde la histerectomía había tenido sensación de llenura, distensión y dolor aun con poca ingesta de alimentos, así como intolerancia a los lácteos y frutas y verduras, lo que le produjo un severo estreñimiento por la falta de fibra, hemorroides y diarreas; que en esa oportunidad, se anotó:

Cuadro de 3 días de evolución consistente en dolor en hemiabdomen superior asociado a náuseas. No mejora con antiespasmódicos y muvett. Hace 15 días tuvo síntomas similares [...] tuvo histerectomía en marzo de este año por perforación uterina debido a legrado. Estuvo 4 días con la perforación. POSIBILIDAD DE BRIDAS.

Que fue examinada por cólico intenso, malestar general, orina hipercoloreada, vómito y diarrea; fue diagnosticada con gastroenteritis de presunto origen infeccioso y adherencias peritoneales pélvicas consecutivas a procedimientos.

Expresaron, que se acudió a consulta por dolor epigástrico; que se le diagnosticó abdomen agudo y se le ordenó una ecografía que mostró «*Hacia la izquierda de la pelvis menor imagen ovoide, hipoeoica, con pequeñas áreas*

líquidas de 39x33» y se le estableció que tenía absceso amebiano del hígado, razón por la cual, fue remitida a la Clínica Versailles donde fue hospitalizada y reseñada así:

[...] +- 5 días de evolución con dolor abdomen cólico manejado como ttno funcional del colon sin mejoría razón por la cual reconsultó. Ha presentado emesis persistente, remiten para valoración y manejo. AP: No patologías histerectomía hace 4 meses x ruptura uterina: No alérgica a medica/. Ex físico aparentes BEG afebril sin disnea SNG con drenaje bilioso abundante TA 100/30 FC 88 X' FR 14 X' T 36.5... Hay dolor a la palpación en hemiabdomen superior y de marco cólico izq. No hay signos de irritación peritoneal peristaltismo ↑ GU: normal. Extremidades no edema. Neurológico normal. IDx dolor abdominal en estudio sub oclusión intestinal por bridas ? – colecistitis acalculosa vs disquinesia biliar – EAP? Cdta VOM

Con lo expuesto, señalaron que se podía constatar,

El cuadro clínico que padecía en ese momento y que sigue presentando en la actualidad, corresponde a una sub-oclusión intestinal, cuadro crónico que se manifiesta por oclusiones parciales originadas por las bridas o adherencias, desencadenadas por ingestión de alimentos, generalmente aquellos con un alto contenido de fibra, recomendados por médicos y nutricionistas para un buen funcionamiento digestivo pero restringidas en el caso de mi poderdante. Caso clínico que se caracteriza por vómitos, inicialmente de contenido alimenticio, pero luego claramente fecaloide, dolores abdominales cólicos intensos, con gran distensión abdominal, con sensación de asfixia por el desplazamiento de los órganos intratorácicos por la distensión de las asas intestinales. Cuando cede la oclusión, se presentan unas deposiciones líquidas con características explosivas, que la han llevado, como dice la historia clínica, a cuadros de hipopotasemia (folio 61 vuelto), por el desequilibrio hidroelectrolítico producido por el vómito, la diarrea y la imposibilidad de absorción de los minerales por parte del intestino; hipopotasemia que siempre conlleva un grave riesgo de muerte por paro cardíaco. Como podrá verificarse en el curso del proceso: el manejo de la patología como un trastorno funcional del colon demuestra una vez más la poca pericia de los médicos de salud total que la atendieron y trataron, pues es evidente el origen orgánico del trastorno digestivo: las bridas o adherencias ya mencionadas.

Adujeron, que la Clínica Versailles anotó:

MC: dolor abdominal. EA: paciente conocida por cuadros de pseudo obstrucción intestinal secundarios a síndrome adherencial. Remitida de Salud Total por cuadro clínico de cólico abdominal, emesis y sensación de distensión ... IDx 1. Dolor abdominal agudo. II) Síndrome adherencial. Plan VOM. [...] Paciente con diagnóstico de snd adherencial, con cuadro de 8 horas consistente en dolor abdominal tipo cólico insidioso en mesogastrio, asociada emesis en 3 ocasiones abundantes, refiere hoy 2 deposiciones de aspecto normal, no fiebre. Anota la Doctora Elsa Victoria Estrada Mejía, que la radiografía de abdomen muestra niveles hidroaéreos en flanco izquierdo y sospecha pseudo obstrucción intestinal [...] cuadro anotado hace 8 meses se le realizó histerectomía abdominal. Hace varias horas inició dolor tipo cólico, episódico en picos, recurrente, localizado en hemiabdomen izquierdo acompañado de emesis en varias ocasiones, de carácter alimentario que le mejoran el dolor hasta nuevo episodio. Se trata de proceso suboclusivo intestinal, tributario de manejo médico en el momento, no indicación quirúrgica. **DIAGNÓSTICO ADHERENCIAS (BRIDAS) INTESTINALES CON OBSTRUCCIÓN.**

Relataron, que la paciente fue educada en dieta blanda fraccionada y en los signos de alarma, lo que representó una severa alteración en el modo de vida de Sonia Giraldo Botero, con una restricción alimentaria a alimentos bajos en fibra, aumentando los carbohidratos y dándole un manejo casero a los episodios obstructivos, por lo que de ahí en adelante no consultó con tanta frecuencia, pero no desaparecieron los síntomas.

Alegaron, que, para la fecha del legrado, el especialista gineco obstetra Juan Guillermo Colonia Gutiérrez, actuaba como médico pirata en Manizales, pues no se encontraba inscrito en la secretaría de salud del departamento de Caldas, ni en la dirección territorial de salud de Caldas, por lo que estaba ejerciendo la medicina ilegalmente a la luz del artículo 5º del Decreto 1875 del 3 de agosto de 1994.

Por último, refirieron que Sonia Giraldo Botero sufrió dispareunia o relaciones sexuales dolorosas, molestia urinaria, deformidad corporal por la cicatriz; se le truncó su proyecto de vida al no poder tener más hijos; presentó trastornos afectivos, dificultades excretoras, limitación para participar en actividades sociales por el estado de timidez y vergüenza.

Las Hermanas de la Caridad Dominicanas de la Presentación de la Santísima Virgen, como propietarias de la Clínica de la Presentación, contestaron la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones (f.º 693 a 718, ibidem).

En cuanto a los hechos, pidieron que se probaran o alegaron que no eran ciertos, para lo cual, sostuvieron que la paciente fue informada del riesgo previsto e inherente al procedimiento, antes de practicarlo y que así quedó plasmado en la historia clínica del 14 de marzo e igual se realizó en la hoja de enfermería.

Narraron, que cuando el diagnóstico de un paciente era claro, no se necesitaba enviar la muestra a patología; que no era cierto que la señora Giraldo Botero no conociera al doctor Colonia Gutiérrez, pues él mismo le informó sobre los riesgos del procedimiento; que este fue programado desde el día anterior, sin que el profesional estuviera en medio de un «turno agotador»; que el doctor Colonia Gutiérrez no

abandonó a la paciente, sino que le dio salida sin evidencia de hemorragia.

Reprocharon, que la paciente solo acudió a urgencias cuatro días después del procedimiento; que en ninguna parte de la historia clínica se reportó o se habló de sepsis; que el legrado o curetaje era un procedimiento ciego, existiendo riesgo de una ruptura uterina, que no podía ser prevenido, aunque sí era previsible y así se le hizo saber a la paciente, quien lo aceptó.

En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia del daño generado por la demandada, ausencia de culpa, inexistencia del nexo causal entre el servicio y el daño alegado, culpa exclusiva y determinante de un tercero y de la víctima, ausencia del incumplimiento y mora, cumplimiento de la obligación-inexistencia del vínculo contractual, cobro excesivo de los perjuicios y la excepción genérica – innominada.

En escrito separado, llamó en garantía a Liberty Seguros S. A. (f.º 741 a 743, *ibídem*).

Salud Total S. A. EPS solicitó negar los requerimientos de los accionantes y, en cuanto a los hechos, afirmaron que los servicios de salud se prestaron de manera eficaz y oportuna; que no se incumplió ningún protocolo; que la infección urinaria en el embarazo, no lo categorizaba, de forma inmediatamente, como de alto riesgo; que la paciente, fue quien solicitó que fuera atendida en la Clínica de la

Presentación; que por «*embarazo anembrionado*» debe entenderse «*huevo anembrionado*» lo que significaba que no existía embrión como tal o, en su defecto, su muerte

Sostuvo, que no le correspondía solicitar consentimiento informado, porque no iba a realizar ningún procedimiento quirúrgico; que en la Clínica de la Presentación se le informaron a la paciente los riesgos que conllevaba el procedimiento y, que no todo tejido debe ser sometido a análisis de laboratorio.

Como excepciones, presentó las de inexigibilidad de obligaciones a cargo de Salud Total S. A. EPS; cumplimiento por parte de Salud Total S. A. EPS de las obligaciones derivadas con el plan obligatorio de salud (POS); ausencia de responsabilidad; inexistencia de la obligación de indemnizar; ausencia de culpa y de responsabilidad; interrupción del vínculo causal entre la conducta imputada y el perjuicio que se reclama; obligaciones de medio y no de resultado; la culpa probada; inexistencia del nexo causal entre las supuestas lesiones y el servicio prestado; acción de un tercero; causa exonerativa de responsabilidad; ausencia de solidaridad; falta de los presupuestos que configuran la responsabilidad civil en nuestra legislación; el acto médico; falta de legitimación en la causa por activa e inexistencia de los elementos configurativos de la responsabilidad.

Citó en garantía a las Hermanas de la Caridad Dominicanas de la Presentación de la Santísima Virgen, como propietarias de la Clínica de la Presentación (f.º 794, *ibidem*).

Así mismo, denunció el pleito frente al doctor Juan Guillermo Colonia Gutiérrez.

Las Hermanas de la Caridad Dominicanas de la Presentación de la Santísima Virgen, como propietarias de la Clínica de la Presentación, contestaron el llamamiento en garantía proponiendo las excepciones de inexistencia del daño generado; cumplimiento de las condiciones contractuales – inexistencia de la obligación de indemnizar a la contratante; inexistencia del nexo causal entre el servicio y el daño alegado; culpa exclusiva y determinante de un tercero y la víctima; ausencia del incumplimiento y mora (f.º 968 a 979 del cuaderno 2 del Juzgado).

Juan Guillermo Colonia Gutiérrez se resistió a la prosperidad de las súplicas de los reclamantes. Aceptó lo relatado en las historias clínicas; desconoció y negó los restantes (f.º 991 a 1003, *ibidem*).

Para defender su causa, se atuvo a las excepciones de falta de nexo causal por actividad médica conforme a protocolos; advertencia del riesgo inherente – adecuado consentimiento informado; la obligación era de medio y no de resultado.

Liberty Seguros S. A. también suplicó por no estarse a las solicitudes de los petentes; coadyuvó las excepciones de Salud Total S. A. EPS y la Clínica de la Presentación[sic], exteriorizando la de inexistencia de la obligación de indemnizar (f.º 1035 y 1036, *ib.*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Manizales, por sentencia del veintiocho (28) de febrero de dos mil doce (2012) (f.º 1263 a 1309 del cuaderno 2), decidió:

PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de mérito denominadas “INEXIGIBILIDAD DE OBLIGACIONES A CARGO DE SALUD TOTAL S. A. EPS”, “EXCEPCIÓN DE CUMPLIMIENTO POR PARTE DE SALUD TOTAL S. A. EPS DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS CON EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD (POS)”, “EXCEPCIÓN DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LA CODEMANDADA SALUD TOTAL S.A EPS formuladas por la EMPRESA PROMOTORA DE SALUD SALUDTOTAL S. A., de conformidad a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción perentoria denominada, “AUSENCIA DE CULPA”, propuesta por la CLÍNICA DE LA PRESENTACIÓN MANIZALES, conforme quedó consignado en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: ABSOLVER a la EMPRESA PROMOTORA DE SALUD SALUDTOTAL S. A. y a la CLÍNICA DE LA PRESENTACION DE MANIZALES de todas las pretensiones incoadas por la parte actora en su contra, de conformidad con lo analizado en la parte motiva de esta providencia y por ende a los llamados en garantía LIBERTY SEGUROS S. A., CLINICA DE LA PRESENTACION así como al denunciado en pleito Dr. JUAN GUILLERMO COLONIA GUTIERREZ.

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte demandante [...].

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Llegado el expediente a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Manizales, por la apelación formulada por la parte accionante, esa corporación decidió enviar el proceso, por falta de competencia, a su homóloga civil, quien tampoco asumió la misma, por lo cual se remitió en expediente a la

Sala Civil de esta Corte quien ordenó que el conflicto se resolviera en sala mixta del colegiado de origen, el que, mediante providencia del 24 de mayo de 2013, decidió asignar el conocimiento del asunto a la Sala Laboral del mismo ente (f.º 46 a 55 del cuaderno de la Sala Mixta del Tribunal Superior de Manizales).

En consecuencia, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, con decisión del seis (6) de septiembre de dos mil trece (2013) (f.º 59 a 138 del cuaderno 2 del Tribunal), al estudiar la alzada planteada, resolvió:

PRIMERO. REVOCA la sentencia proferida el [...] por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de la ciudad, [...].

En su lugar:

DECLARA que la Empresa Promotora de Salud Total S. A. y las Hermanas de la Caridad Dominicanas de la Presentación de la Santísima Virgen - Clínica de la Presentación - Manizales, son solidariamente responsables de los perjuicios extra patrimoniales causados a los demandantes, como consecuencia de la negligencia médica en la práctica de la intervención quirúrgica denominada "curetaje obstétrico", a la señora Sonia Giraldo Botero, acaecida el día 13 de marzo de 2004.

SEGUNDO. En consecuencia con lo anterior, CONDENA SOLIDARIAMENTE a la EPS Salud Total S. A. y las Hermanas de la Caridad Dominicanas de la Presentación de la Santísima Virgen - Clínica de la Presentación - Manizales-, y el Dr. Juan Guillermo Colonia a reconocer a los demandantes, las siguientes sumas de dinero:

- A favor de la señora Sonia Giraldo Botero la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV), por concepto de daño a la vida en relación, y 100 SMLMV por perjuicios morales.
- A favor del señor Herney Duque Aristizábal, la suma de 50 SMLMV por concepto de daño de la vida en relación, y 50 SMLMV por perjuicios morales.
- A favor de M[...] P[...] y J[...] D[...] D[...] G[...], la suma de 10

SMLMV, para cada uno, por concepto de perjuicios morales.

TERCERO. CONDENA a las Hermanas de la Caridad Dominicanas de la Presentación de la Santísima Virgen - Clínica de la Presentación - Manizales, a reembolsar a la EPS Salud Total S. A., la suma que esta última cancele a los demandantes por concepto de las condenas aquí proferidas.

CUARTO. CONDENA al Dr. Juan Guillermo Colonia a pagar el monto de las prestaciones debidas a los demandantes y que reconozca la EPS Salud Total S. A.

QUINTO. CONDENA a la sociedad Liberty Seguros S. A. a reconocer la suma patrimonial, hasta lo que cubra la póliza de Responsabilidad Civil Profesional Médica, por la indemnización debida a la parte activa de la Litis, hasta el monto asegurado.

SEXTO. NIEGA la prosperidad de las excepciones propuestas por las demandadas y los llamados en garantía, denominadas: "INEXISTENCIA DEL DAÑO GENERADO POR LA DEMANDADA", "AUSENCIA DE CULPA", "INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE EL SERVICIO Y EL DAÑO ALEGADO", "CULPA EXCLUSIVA Y DETERMINANTE DE UN TERCERO Y DE LA VÍCTIMA", "AUSENCIA DEL INCUPLIMIENTO Y MORA", "CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN - INEXISTENCIA DEL VÍNCULO CONTRACTUAL", "COBRO EXCESIVO DE LOS PREJUICIOS (sic)", "EXCEPCIÓN GENÉRICA - INNOMINADA", propuestas por las Hermanas de la Caridad Dominicanas de la Presentación de la Santísima Virgen - Clínica de la Presentación - Manizales; "IIVEXIGIBILIDAD DE OBLIGACIONES A CARGO DE SALUD TOTAL S. A. EPS", "EXCEPCIÓN DE CUMPLIMIENTO POR PARTE DE SALUD TOTAL S. A. E.P.S DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS CON EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD (POS)", "EXCEPCIÓN DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LA CODEMANDADA SALUD TOTAL S. A. EPS INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR POR CUANTO LA SOCIEDAD SALUD TOTAL S. A. EPS NO FUE LA CAUSANTE DEL SUPUESTO HECHO DAÑOSO A LA SEÑORA SONIA GIRALDO BOTERO", "EXCEPCIÓN DE AUSENCIA DE CULPA DE LA CODEMANDADA SOCIEDAD SALUD TOTAL S. A. EPS", "AUSENCIA DE CULPA Y CONSECUENTEMENTE DE RESPONSABILIDAD DE LA CODEMANDADA SALUD TOTAL S. A. EPS INTERRUPCIÓN DEL VÍNCULO CAUSAL ENTRE LA CONDUCTA IMPUTADA Y EL PERJUICIO QUE SE RECLAMA, OBLIGACIONES DE MEDIOS Y NO DE RESULTADO. LA CULPA PROBADA", "INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL ENTRE LAS SUPUESTAS LESIONES Y EL SERVICIO PRESTADO", "EXCEPCIÓN DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LA CODEMANDADA SALUD TOTAL S. A. EPS INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR POR CUANTO LA ENTIDAD CODEMANDADA NO FUE LA CAUSANTE DEL SUPUESTO HECHO DAÑOSO. LA ACCIÓN DE UN TERCERO. CAUSA

EXO1VERATIVA DE RESPONSABILIDAD. AUSENCIA DE SOLIDARIDAD", "FALTA DE LOS PRESUPUESTOS QUE CONFIGURAN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN. EL ACTO MÉDICO", "COBRO EXCESIVO DE PERJUICIOS MORALES", "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA", "INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS CONFIGURATIVOS DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA", "LA GENÉRICA", propuestas por la EPS codemandada; "FALTA DE NEXO CAUSAL POR ACTIVIDAD MÉDICA CONFORME A PROTOCOLOS", "ADVERTENCIA DEL RIESGO INHERENTE - ADECUADO CONSENTIMIENTO INFORMADO", "LA OBLIGACIÓN DEL MÉDICO ES DE MEDIO Y NO DE RESULTADO", "EXCEPCIÓN GENÉRICA O INNOMINADA", propuestas por el Dr. Juan Guillermo Colonia.

SÉPTIMO. ABSUELVE de las demás pretensiones incoadas en el genitor por los demandantes a la pasiva de la Litis.

OCTAVO. CONDENA en costas de ambas instancias a las demandadas EPS Salud Total S. A., las Hermanas de la Caridad Dominicanas de la Presentación de la Santísima Virgen - Clínica de la Presentación - Manizales y a favor de la parte activa de la Litis. Se fija como agencias en derecho el 5% de las sumas reconocidas a cargo de cada una de las entidades de seguridad social demandadas.

NOVENA. CONDENA en costas de ambas instancias a la sociedad Liberty de Seguros S. A. a favor de la Clínica La Presentación. Fija como agencias en derecho en esta instancia la suma de \$1.500.000.00.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal explicó que la parte recurrente había alegado que, contrario a lo decidido por la *a quo*, no había quedado acreditado el consentimiento informado de la paciente sobre los riesgos y alteraciones secundarias que podría sufrir después del legrado y que insistió en que el médico tratante la abandonó en el posoperatorio; con base en esos planteamientos, pasó a resolver la alzada.

Precisó, que no aparecía registro civil que acreditara el matrimonio de los accionantes; que se había convocado directamente a Salud Total S. A. EPS y a la IPS Clínica La

Presentación como obligados contractuales; que se llamó en garantía a la IPS Clínica La Presentación y a Liberty Seguros S. A. y que, a pesar de haberse tramitado la intervención de Juan Guillermo Colonia Gutiérrez como una denuncia del pleito, correspondía propiamente a un llamamiento en garantía, en cuanto se le vinculó como tercero responsable del pago de los eventuales perjuicios ocasionados con su actividad médica.

Enunció, que el tema de la prueba, básicamente, discurría sobre los siguientes elementos:

- 1) La afiliación del accionante o la demandante (ora como cotizante, ora como beneficiario-a), al subsistema de seguridad social en salud.
- 2) La existencia en él o en ella de un daño en su salud o en su integridad personal
- 3) La relación de causalidad entre dicho daño y la conducta de las personas naturales y/o jurídicas llamadas a responder en el contencioso, como miembros, integrantes o agentes del subsistema de seguridad social en salud.

Aclaró, que en el *sub lite* el último tema tenía que ver con la relación causa-efecto entre el comportamiento de los enjuiciados y la perforación en el útero y posterior histerectomía, con sus secuelas.

Halló probada la afiliación de Sonia Giraldo Botero al subsistema de seguridad social en salud, con constancias de cotizaciones por los periodos del 15 de junio de 1992 al 31 de agosto de 2000; del 5 de septiembre de 2000 al primero de noviembre de 2002 y del 2 de diciembre de 2002 al 9 de

julio de 2003 (f.º 1100 a 1102, 1200, 1202 y 1103 a 1122).

Relató, que la «*problemática de salud*» de la señora Giraldo Botero inició el 13 de marzo de 2004, cuando ingresó a urgencias al presentar desde el día anterior dolor pélvico y lumbar y sangrado vaginal en el curso de la semana 13 de gestación.

Luego, fue diagnosticada con «*amenaza de aborto*» y se le practicó una ecografía obstétrica que detectó un embarazo anembrionado, que ameritó remisión, por solicitud de la paciente, a la Clínica de la Presentación.

Dijo, que el 14 de marzo, a las 6:42 a.m., fue a esa entidad en compañía de su esposo, para que le fuera practicada una cirugía ambulatoria por parte del médico Juan Guillermo Colonia Gutiérrez; que la intervención, denominada curetaje obstétrico o legrado, consistió en eliminar o retirar el tejido que se encontraba en el útero tras la absorción del embrión, como lo explicaron en el juicio los médicos Guillermo González Silva y Jaime Fernando Ruiz Poveda (f.º 1149 a 1154 y 1157 a 1162).

Que el procedimiento se realizó sin complicación alguna, extrayéndose abundantes restos con una cureta # 5 (f.º 55 y 7237); que finalizó a las 7:20 a.m. y la paciente salió para su casa a las 2:00 p.m. en buenas condiciones generales (f.º 727 vto.).

Refirió, que el 17 de marzo de 2004, Sonia Giraldo

Botero acudió a urgencias en la Clínica Versailles, porque el lunes y martes había tenido sangrado vaginal moderado, que disminuyó hasta desaparecer y que el miércoles había presentado fiebre y malestar general, por lo que fue hospitalizada para estudiar la causa del dolor que, posiblemente, era consecuencia de una perforación utérica, pelviperitonitis o apendicitis aguda (f.º 88 y 1086).

Anotó que, por remisión de ginecología se le practicó una laparotomía exploratoria para valorar abdomen con ruptura uterina traumática e histerectomía abdominal total, sin encontrarse otras lesiones en la cavidad abdominal (f.º 94, 1092, 1093 y 1094).

Discurrió, que el estudio patológico de la intervención diagnosticó «*HISTERECTOMÍA ÚTERO GRÁVIDO PERFORACIÓN UTERINA CONGESTIÓN VASCULAR EN EPIPLÓN*» (f.º 99) y que la paciente permaneció hospitalizada desde su ingreso hasta el 23 de marzo cuando se le dio de alta.

Que el 28 de agosto de 2004, acudió a urgencias al presentar dolor en el epigastrio con cinco días de evolución, emesis biliosa y deposiciones diarreicas, coincidentes con un «*cuadro clínico de suboclusión intestinal*»; que esa situación, permaneció hospitalizada hasta el primero de septiembre, tratándose la suboclusión intestinal y una hipopotasemia que desarrolló (f.º 100, 102, 103, 109, 110, 114, 115, 1080 a 1082 y 1085).

Mencionó, que el 23 de septiembre de 2004, fue atendida en consulta por dolor abdominal tipo cólico intenso y se refirió en la historia: «*paciente conocida por cuadros de pseudo obstrucción intestinal secundarios a síndrome adherencial*» (f.º 114, 1076, 1079).

Infirió, que, con posterioridad a la práctica del legrado, la demandante empezó, primero, a sufrir graves afectaciones que la llevaron a la necesidad de practicarle una histerectomía, producto de una perforación uterina y luego desarrolló un síndrome adherencial que se manifestó en continuos síntomas gastrointestinales.

Manifestó, que la conclusión parte de lo descrito en el dictamen pericial, en donde se indicó (f.º 1192-1193):

La perforación uterina hizo necesaria la histerectomía a la paciente Sonia Giraldo Botero y entre las complicaciones de la histerectomía está de que se formen adherencias intraabdominales, lo cual puede llevar a dolor abdominal, síntomas de pseudoobstrucción intestinal, y dolor para las relaciones sexuales.

Pasó al estudio de la causalidad entre el daño y la actividad médica y, refirió que, de acuerdo con los testimonios médicos y el dictamen pericial, la perforación uterina, consistente en el traspaso del instrumento quirúrgico a través de la pared uterina, era una complicación usual en los legrados, al tratarse de una intervención a ciegas, y cuya ocurrencia depende en mayor grado del tamaño del útero y la calidad de las paredes uterinas, que se reblandecen con el embarazo.

Indicó, que la apelante había insistido en que, siendo la perforación uterina un riesgo inherente a la práctica del legrado, el personal médico y el cirujano debieron extremar su diligencia y propender por un cuidado preciso a la paciente.

Frente a lo anterior, descendió al testimonio de Jaime Fernando Ruiz Poveda, médico ginecoobstetra, quien narró que los úteros superiores a 10 cm (el de la paciente era de 12 cm) son más propensos a ser perforados y anotó que el cirujano, conociendo las circunstancias de mayor riesgo, eligió correctamente el instrumental, calificando la intervención como correcta y acorde a los protocolos médicos.

Sin embargo, aclaró que el sustento de la responsabilidad no se centró la determinación de la diligencia del cirujano, sino en (i) la falta de consentimiento informado, pues el doctor Colonia Gutiérrez no le explicó las consecuencias que podría tener la intervención y (ii) el abandono del cirujano, después de practicada la operación.

Respecto a la manifestación de voluntad informada, acotó que fue definido, por la doctrina y la jurisprudencia, como aquella obligación del médico de informar a su paciente, de manera clara, concreta y suficientemente ilustrativa, el significado de su diagnóstico, los protocolos que este tiene, las alternativas terapéuticas con sus riesgos y beneficios directos e indirectos, los daños colaterales y todo aquello que pudiera incidir en una decisión libre y autónoma

para la aceptación o negación del tratamiento, procedimiento quirúrgico o no quirúrgico que se le va a practicar.

Reprodujo el artículo 15 de la Ley 23 de 1981 y 10 del Decreto Reglamentario 3380 de 1981 y agregó que todo médico tratante, además de lo dicho *supra*, tiene el deber de respetar a su paciente o su familia, e ilustrarlo sobre «*su padecimiento y los riesgos que tiene el tratamiento o el procedimiento*» que va a practicar, así como el comportamiento que debe observarse en la convalecencia o de manera permanente para «*conservar el limitado restablecimiento de la salud*».

Luego, anotó:

Ese deber de información ha dicho también la jurisprudencia “... se satisface proporcionado esta con la claridad que demanda el nivel cultural del paciente, de manera amplia, cubriendo las diferentes dimensiones del plan médico (...), sin dejar por fuera elementos relevantes e indispensables para otorgar el consentimiento, que naturalmente se han de sopesar, según el case que se trate” (Aclaración de voto, Sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Rad: No 31566 [...]).

Reprodujo la sentencia con radicación 05001310300920020011101 de la Sala Civil de esta Corporación y aclaró que la aquiescencia entre médico y paciente sobre una alternativa terapéutica era consensual, al perfeccionarse con el simple acuerdo de voluntades, sin que la ley exigiera alguna solemnidad para su existencia, validez o prueba.

Adujo, entonces, que la valoración del consentimiento informado debía estar enfocado al cumplimiento de los siguientes requisitos:

Capacidad, ausencia de vicios, objeto y causa lícitos (artículo 1502 *ejusdem*), otras específicas, que se concretan en que sea personal; consciente, informado o ilustrado, que debe reflejar el deseo del paciente (...); actual; manifiesto, en tanto que “exige una coincidencia con la forma oral o escrita en que puede ser otorgado”; libre; completo; gratuito; receptivo y solicitado” (Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, radicación 11001310302020060062501).

Se realiza la anterior memoria jurisprudencial, no sólo porque constituye el principal reparo de la impugnación, sino además porque dentro del tema de la responsabilidad médica, es de suma importancia el consentimiento informado del paciente, en tanto, no otorgado éste, aun cuando la práctica de la medicina haya sido diligente y científicamente acertada, estará comprometida la responsabilidad de las entidades prestadoras del servicio de salud.

Puntualizó que, en la historia clínica, no aparecía el diligenciamiento formal del consentimiento informado de la paciente para que se le practicara el legrado, pues aun cuando se anotó: *«ingresa paciente a “cx” procedente desde su casa en compañía de “fliar”, trae “HC” firma autorización»* (f.º 57 y 727), no contenía la manifestación expresa de la paciente, frente al consentimiento de la práctica de ese procedimiento.

Informó, que no desconocía, que en la historia clínica, en nota firmada por el cirujano, se decía que se habían explicado los riesgos inherentes y relacionados con el procedimiento, infección, ruptura uterina, sangrado, ruptura de vejiga, de recto, riesgo anestésico, riesgo de laparotomía e histerectomía, pero, esa leyenda, no generaba la certeza

necesaria para acreditar el llamado consentimiento informado, pues, este se presentaba cuando el paciente aceptaba el tratamiento, después de tener información sobre este y enterársele de los posibles riesgos a los que se sometía *«y con posterioridad toma la decisión que crea conveniente»*.

Esa situación, significaba que no bastaba con la información otorgada por el médico tratante (amplia, precisa, clara), *«sino que requiere además la expresión de la autonomía de la voluntad del o la paciente de someterse al procedimiento respectivo»*, ya que, el respeto a la autonomía y a la titularidad que *«ostenta sobre su derecho a la integridad, a la salud y, ante todo, a decidir sobre la plenitud de su personalidad, el que subyace en el consentimiento informado del paciente»*.

Sostuvo, que el Consejo de Estado reitero que el consentimiento debía ser expreso, para tener por cumplida la obligación dispuesta en el artículo 15 de la Ley 23 de 1981.

Con fundamento en lo anterior, ultimó, que la expresión de consentir en el tratamiento médico, era un punto necesario e indispensable, para cumplir con la obligación de la normativa mencionada con antelación.

Manifestó, que desde la demanda se alegó que la paciente no fue informada suficientemente sobre el procedimiento de legado y, por lo tanto, su realización fue una decisión exclusiva del médico; que, en consecuencia, correspondía a las demandadas, demostrar la sujeción del

personal médico a sus obligaciones legales médicas, en especial, la aceptación consentida de la actora.

Relató, que, aunque en la historia clínica aparecía la información otorgada por el cirujano a la petente, no alcanzaba esa anotación, a dar certeza sobre la declaración de voluntad de la señora Giraldo, pues, ese documento *«únicamente acredita la conducta del médico, y por ende no constituye prueba respecto de la conducta de la paciente»*.

Alegó, que no desconocía que el profesional de la salud plasmó en la historia clínica, que la paciente solicitó, autorizó y acudió a la intervención quirúrgica realizada, *«pero frente a la negativa que sostiene la actora en la demanda sobre tal situación, debía probarse en el proceso, por cualquier medio idóneo, la exteriorización de voluntad [...], fuera oral o por escrito, y ello no aconteció»*.

Dijo, que el consentimiento no se probaba con la historia clínica, porque conforme a lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 23 de 1981, esta era un registro obligatorio de las condiciones de salud de la paciente y, conforme al 1º de la Resolución 1995 de 1999, contenía los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención; que, por lo anterior, no contenía una manifestación de voluntad de la reclamante.

Para soportar lo explicado, asentó que el Consejo de Estado, estableció que las historias clínicas, de entidades públicas, eran documentos y daban cuenta de su

otorgamiento, su fecha y las declaraciones realizadas por el funcionario que las autorizaba, lo cual, en el ámbito de las entidades de seguridad social, de carácter particular, esos elementos escritos, solo informaban de las declaraciones realizadas por los profesionales adscritos a las entidades promotoras de salud y a las instituciones prestadoras de ese servicio.

Advirtió, que la historia clínica probaba las afecciones de salud del paciente, su tratamiento y la evolución de esa condición y, como hace referencia a las anotaciones del personal médico, no puede dar cuenta, por la nota del galeno, de un acto de exteriorización de voluntad que debe provenir del paciente, cuando este, no suscribió la anotación.

Siendo eso así, concluyó que la declaración impresa en el documento de folio 725, realizada por el médico tratante, no probaba el consentimiento de la señora Giraldo Botero.

Agregó, tras citar ese documento, que, de manera razonable, se podía sostener que fue el médico quien, con la conducta de la actora de presentarse a la Clínica el 14 de marzo de 2014, dedujo la aceptación y asunción de los riesgos de la intervención que se practicaría, lo que condujo a una *«asunción tácita de los riesgos, no aceptada por la jurisprudencia de las altas cortes, para exonerar de responsabilidad a las entidades [...] y a su personal médico»*.

Adicionalmente observó, que en los actos médicos realizados el 13 de marzo de 2004 (f.º 77 y 78), que no fueron

refutados por los accionados y hacen parte de la historia clínica que reposa en Salud Total EPS (f.º 61 a 87), no está descrita la necesidad de realizar el curetaje obstétrico, ni se explicó en qué consistía la intervención.

Anotó, que el doctor Colonia Gutiérrez dio por sentado que Sonia Giraldo Botero, cuando se presentó a la Clínica la Presentación, lo hizo para someterse a una intervención, de la cual no existe prueba que le haya sido explicada.

Observó, que, en la hoja de ingreso a la clínica, siendo las 6:24 a.m. del 14 de marzo de 2004, se leyó como motivo de ingreso «*CIRUGÍA AMBULATORIA*» pero la demandante no había hablado previamente con el cirujano y, el día anterior, no se registró en la historia clínica de la EPS Salud Total la necesidad de realizar el curetaje obstétrico y la explicación del procedimiento.

Alegó que las pasivas insistían en que, antes de la intervención, se explicó a la demandante el procedimiento y sus riesgos, pero ese evento no se derivaba del testimonio del Doctor Guillermo González Silva, quien acompañó al doctor Colonia en la intervención, ya que, aquel manifestó que este la valoró el 13 de marzo de 2004, sin que exista constancia en el plenario de esa situación.

Adujo, que lo anterior desquiciaba lo dicho por Juan Guillermo Colonia Gutiérrez, cuando adujo que el anestesiólogo y él valoraron conjuntamente a la demandante antes de la cirugía y le explicaron las consecuencias y riesgos

de la operación (f.º 1168), pues, ni el 13, tampoco el 14 de marzo, se obtuvo la aceptación de Sonia Giraldo Botero para la realización del legrado o curetaje.

Con sustento en lo precedente, dedujo que era dable imputar la responsabilidad endilgada a Salud Total S. A. EPS y a su red prestadora de servicios, especialmente a la IPS Clínica La Presentación, en la concreción de los riesgos acaecidos en la salud de la demandante, como fue la perforación uterina, la laparotomía y la histerectomía, desatadas las dos últimas por la primera.

Arribó a ese desenlace, porque la jurisprudencia ha sido del criterio que la falta del consentimiento informado es condición suficiente para derivar responsabilidad en los daños causados a la salud de un paciente y reprodujo una sentencia del Consejo de estado que identificó con el expediente 12.706.

Seguidamente se ocupó de la responsabilidad de la EPS y la IPS.

Para ese efecto, transcribió los artículos 2º y 153-3 de la Ley 100 de 1993 y se remitió al contenido del artículo 26 del Decreto 806 de 1998, junto con el 183 de la Ley de Seguridad Social Integral.

Con fundamento en ese marco normativo, fijó que el contrato de afiliación no solo significaba la suscripción de un formato preimpreso, pues, su radicación, involucraba la

prestación de un servicio de salud eficiente y de calidad; que una vez perfeccionada esa vinculación, implicaba que los afiliados y las entidades prestadoras, tenían derechos y obligaciones recíprocas, encontrando, entre estas, las de garantizar el acceso al servicio de salud, con las condiciones ya mencionadas.

Sostuvo, que la fuente de responsabilidad de las entidades promotoras, radicaba en el contrato suscrito y también, con mayor preponderancia, en la totalidad de disposiciones legales y reglamentarias.

Reprodujo los artículos 178 y 179 de la Ley 100 de 1993 e indicó que la función legal de la EPS, era, además de prestar el servicio, *«vigilar que sea otorgado a través de su red prestadora del servicio, a quien le encomienda el cumplimiento de su obligación»*.

Respecto a la IPS, afirmó, que su responsabilidad era contractual, porque se sostenía un vínculo de esa naturaleza, conforme a la última preceptiva relacionada con antelación; que aun cuando esa entidad no celebró contrato con el paciente, debía en todo caso, responder por los daños causados por la deficiente prestación del servicio, ya que, entre la EPS y IPS existía un vínculo jurídico para la consecución de un mismo objetivo, es decir, que existía unidad de objeto contractual, respecto al beneficiario que era el afiliado.

Alegó, que el incumplimiento generado por la entidad prestadora de servicio, que en principio debía tomarse como un tercero en la relación entre la EPS y el suscriptor del contrato de afiliación, *«implicaba [...] una responsabilidad de índole efectivamente contractual, pues es a partir de la intervención de la IPS, como delegada de la EPS, que se cumplirá su contraprestación»*.

Para refrendar esa tesis, citó la sentencia de casación de la Sala Civil de esta Corporación, CSJ SC, 11 sep. 2002, rad. 6430.

A continuación, señaló que las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud, hacían parte de la unidad del Sistema de Seguridad Social (artículo 155-3 de la Ley 100 de 1993) y, por tal razón *«el contenido de la relación capital de la cual surge el objeto de responsabilidad, es la prestación de salud que como se vio deviene de una imposición legal»*.

Determinó, que los vínculos entre las partes unidas por relaciones jurídicas de seguridad social en salud, eran de carácter reglamentario y, por ende, las empresas prestadoras de salud, eran las que determinaban las condiciones para prestar el servicio *«y dentro de ellas, el médico, laboratorios, y las entidades a las que puede acudir para que se realicen las prestaciones asistenciales de diagnóstico, cirugía o las que demande el restablecimiento de la salud»*.

Destacó, que la fuente legal, en general, de responsabilidad de esas entidades, se encontraba en el

artículo 1738 del Código Civil, al tratarse de una responsabilidad derivada del incumplimiento de una misma prestación, que lesionó el mismo interés y produjo el mismo daño, ya que, el delegante y el delegado, deben responder por la forma en la que se cumplió la prestación.

Afirmó, que la responsabilidad de la EPS y la IPS, era solidaria, y su fuente era la ley (artículo 1568 del CC), concretamente por la aplicación del principio general de responsabilidad previsto en el 2344 del Estatuto Civil, «*eficaz para todo tipo de responsabilidad*» y citó la sentencia casación CSJ SL, 3 mar.2009, rad. 34058.

Luego, reiteró, que en el proceso quedó acreditado que la histerectomía debió practicarse a la señora Giraldo Botero, para conjurar los daños ocasionados por la perforación uterina, que tuvo lugar en la práctica del legrado «*como riesgo inherente a este*».

Se remitió al contenido del dictamen pericial e indicó:

Allende lo anterior, no puede perderse de vista que el daño ocasionado a la salud de la demandante en el que se concretó la negligencia médica, como lo fue, la falta de consentimiento, fue la perforación uterina y sobre ésta dijo contundentemente el perito médico: [...].

De ahí que si la relación entre la perforación uterina y la histerectomía, es de necesidad, y quedó demostrado que la perforación uterina acaeció como consecuencia del legrado, cuyo consentimiento no fue otorgado por la paciente, no podría argumentarse que el riesgo consolidado en la demandante fue únicamente la perforación del útero y no así la histerectomía, como lo pretende hacer ver la pasiva de la litis, pues tal argumento se ofrece como distractor, en el sentido que no obstante la demandante deprecia la reparación de los perjuicios

causados con la histerectomía, el daño se encontró consolidado desde la intervención quirúrgica practicada por el Dr. Juan Guillermo Colonia, sin el consentimiento del paciente.

Recapituló cronológicamente los eventos acaecidos y resaltó que la demandante consultó al tercer día de realizada la intervención quirúrgica y no en el cuarto y sostuvo, que no podía inferirse que, el paso del tiempo fue el que llevó a la práctica de la histerectomía; solución que extrajo, luego de auscultar lo dicho por el médico ginecólogo Jaime Fernando Ruiz Poveda y el Doctor Guillermo González Silva; después, anoto:

Además, valga recordar y hacer precisión que la responsabilidad encontrada en el sub lite acaece porque siendo la ruptura del útero, la laparotomía y la histerectomía, todos ellos riesgos propios del legrado, como lo dice el cirujano a folio 725 del expediente, y habiéndose concretado todos ellos en la demandante Giraldo Botero, sin haber consentido ella en la realización de la intervención quirúrgica, se acepta que los mismos fueron asumidos por el médico interviniente, y por las entidades del sub sistema de seguridad social en salud demandadas.

En efecto, el consentimiento que exonera no es el otorgado en abstracto, in genere, tácitamente, sino el referido a los riesgos concretos de cada procedimiento, en forma expresa; sin que sea suficiente por otra parte la manifestación por parte del galeno en términos científicos de las terapias o procedimientos a que deberá someterse el paciente, sino que deben hacerse inteligibles a éste, para que conozca de todo (sic) los riesgos que ellos implican y así libremente exprese su voluntad de someterse, confiado a su médico.

En este orden de ideas, y conocidos los resultados, que por cierto sirven de fundamento a esta demanda, habrá de condenarse a la parte demandada por la negligencia en que incurrió, que se repite, no consiste en falencia en la atención diligente y científica, sino por la omisión en la expresión del consentimiento informado a la paciente, lo que impidió conocer si la demandante optaba por someterse o si, por el contrario, rehusaba la intervención médica.

En cuanto a Salud Total, indicó que lo expuesto al momento de resolver sobre la solidaridad entre la EPS y la IPS, era suficiente, pero agregó, con sustento en el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, que las entidades promotoras de salud, eran las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento, entre estas, la de garantizar la calidad en la prestación de los servicios de salud.

Sobre el llamamiento realizado al Doctor Juan Guillermo Colonia, preciso, que le eran aplicables los argumentos relativos al principio de unicidad del sistema y la vinculación de las entidades de seguridad social y su personal médico, *«en tanto se hace extensiva la conclusión planteada respecto de la EPS con la IPS, a la existencia entre la EPS, la IPS y el médico tratante, esto es, que también es llamado a responder por los agravios causados a los demandantes»*.

Memoró, que el médico y las entidades del sistema, hacían parte de un engranaje dispuesto por la normativa de seguridad social, con el objetivo de prestar, de forma eficiente, el servicio público de salud; de allí que incluso, en los términos de la Sala de Casación Civil, en la sentencia con radicación 6430, el médico responde por los perjuicios causados por el ejercicio negligente de su profesión y señaló:

No podría ser de otra forma, pues la condena a las entidades del Sistema de Seguridad Social la ha sido imputada en virtud de su conducta omisiva de obtener el consentimiento informado de la señora [...], de manera previa a la práctica del “curetaje obstétrico”, intervención quirúrgica que además no le fue

explicada a la paciente, y en virtud de la cual fueron concretados tres de los riesgos médicos manifestados por el médico tratante, sin que ésta los haya asumido con la aceptación.

De acuerdo con lo anterior, como el llamado en garantía se defiende de las pretensiones de la demanda alegando la existencia del consentimiento, no acreditado en el proceso, es del caso negar las excepciones que tienen su fuente en tal circunstancia.

Agregó, que la responsabilidad del médico frente a la EPS, era de tipo legal, ya que, *«fue el incumplimiento del deber profesional dispuesto en los artículos 15 de la Ley 23 de 1981 y 10 del Decreto Reglamentario n.º 3380 de 1981, el que generó las consecuencias gravosas para la familia [...] y, por lo tanto, esa entidad puede, sin desconocer su carácter de deudora solidaria, repetir contra el Doctor Juan Guillermo Colonia, por las condenas que llegue a pagar.*

En consonancia con lo anterior, ultimó, que debía condenar al Doctor Colina, *«a sufragar a favor de la EPS lo que ésta reconozca a los demandantes por concepto de las condenas proferidas».*

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Lo presentan Salud Total Entidad Promotora de Salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado S. A., las Hermanas de la Caridad Dominicanas de la Presentación de la Santísima Virgen y Juan Guillermo Colonia Gutiérrez, los que fueron concedido por el Tribunal y admitidos por la Corte.

Por metodología, la Corte analizara, en principio y conjuntamente, los cargos segundo y tercero formulados por la EPS, con los dos presentados por la siguiente y la acusación inicial del último, porque tienen similar argumentación y persiguen el mismo fin.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN (SALUD TOTAL S. A. ESP)

Pretende se case la decisión del Tribunal y, en sede de instancia, se confirme la del Juzgado.

Con tal propósito formula tres cargos, que fueron replicados por Herney Eduardo Duque Aristizábal, Sonia Giraldo Botero y Juan Guillermo Colonia Gutiérrez, que se estudian a continuación.

VI. CARGO SEGUNDO

Le endilga al Tribunal la violación por vía directa en la modalidad aplicación indebida de los artículos 2341 y 1613 inciso primero del Código Civil.

Para la demostración del cargo, transcribe el contenido de las normas denunciadas para concluir que en estas se contemplan los elementos requeridos para la existencia de responsabilidad, los cuales son, el daño, la culpa entendida como falta que se traduce en incumplimiento de las obligaciones y el nexo de causalidad entre estos dos últimos.

Señala que el juzgador erró al establecer que como el caso versaba sobre la falta de consentimiento informado, el nexo de causalidad entre el daño sufrido por la actora y la conducta culposa del agente, era irrelevante.

Para demostrar lo anterior, cita apartes de la sentencia recurrida en los que se establece que la ausencia de consentimiento informado compromete la responsabilidad de las entidades prestadoras del servicio de salud, por lo que estima, el Tribunal concluyó, de forma automática, que la falta de consentimiento generaba una responsabilidad por cualquier daño, convirtiéndose así en una responsabilidad objetiva.

La ley exige que en cualquier tipo de responsabilidad – incluso en la extracontractual o en aquella por actividades peligrosas – la conducta que se le imputa al agente sea la causa NECESARIA Y EFICIENTE de los daños que reclama la víctima.

No obstante lo anterior el Tribunal consideró que tal requisito – se reitera de orden legal – era innecesario en los eventos en los que la negligencia consistía en la falta de consentimiento informado y fue precisamente por eso que omitió efectuar cualquier estudio probatorio en ese sentido y, a pesar de que el supuesto de hecho contemplado en la norma no se configuraba, la aplicó declarando la responsabilidad de mi mandante.

[...]

la causa del daño en este caso de ninguna manera lo constituye el hecho de que al paciente no se le haya hecho firmar el consentimiento informado a pesar de habersele explicado verbalmente los riesgos, pues con, o sin tal firma, aquel igualmente se hubiera concretado.

VII. CARGO TERCERO

Atribuye al *ad quem* la:

Violación indirecta de la ley sustancial por equivocada apreciación de las pruebas que condujo al Tribunal a la aplicación indebida de los artículos 1613, 2341, y 1738 del Código Civil.

El yerro que se le atribuye al *Ad-quem* en este cargo consiste en no haber tenido por probado, estándolo, que la demandante prestó su consentimiento para el procedimiento de legrado que le fue practicado.

Enlista como erróneamente apreciadas «i) la historia clínica de la señora Sonia Giraldo Botero en la Clínica de la Presentación, ii) el testimonio del doctor Guillermo González Silva y iii) el interrogatorio de parte del doctor Juan Guillermo Colonia.»

Sostiene que en dichas pruebas se establece lo siguiente:

- *En el interrogatorio del señor Juan Guillermo Colonia éste manifestó “al día siguiente (14 de mayo de 2004) la paciente asiste en compañía de su esposo para el procedimiento, el Dr. Guillermo González anesthesiólogo y yo conversamos con la paciente le explicamos el procedimiento y la paciente autoriza, como consta en el folio 392 del expediente (..) Los riesgos quedaron consignados en el folio 390 del expediente, los riesgos que le dije fueron los siguientes: Infección, ruptura de vejiga o recto, riesgo de la laparotomía (cirugía de abdomen para ver los órganos internos), y anexo histerectomía (extraer útero y ovarios), a pesar de esto la paciente autorizó el procedimiento.” (Se resalta) (folio 1168 del expediente)*
- *Por su parte el médico que aplicó la anestesia a la señora Botero, doctor Guillermo González Silva indicó en su declaración “Según la historia clínica, la paciente consulta a su EPS el día 13 de marzo de 2004, con síntomas de un aborto en curso [dolor abdominal y sangrado], es remitida a la clínica La Presentación para realizársele el tratamiento correspondiente a un legrado obstétrico (no dice cuándo), el ginecólogo de turno Dr. Juan Guillermo Colonia (tampoco menciona la fecha) la recibe la examina y como aparece en el folio 725 del expediente, le explica los riesgos del procedimiento como son sangrado, infección, ruptura uterina, ruptura de vejiga, ruptura de recto o riesgo de*

someterse a una laparotomía como parte del manejo de las complicaciones (autorización hecha directamente a (sic) la paciente durante el examen, antes del procedimiento). El día 14 de marzo la paciente es valorada por mí, se le realiza el chequeo preanestésico en el cual la paciente niega antecedentes patológicos o enfermedades asociados, se explican los riesgos anestésicos para un legrado uterino con una duración de diez minutos” (Folio 1150 del expediente)

- *A folios 30, 57, 392, 727 del expediente obra el informe elaborado por la asistente de enfermería en el quirófano en el cual se indica “ingresa paciente a CX (cirugía) procedente desde su casa, en compañía de flar (familiar). Trae HC (historia clínica) firma autorización.”*
- *A folios 390 y 725 del expediente reposa la hoja de evolución médica de 14 de marzo de 2004 en la cual se consignó que “se explican riesgos inherentes y los no relacionados con el procedimiento, infección, ruptura interna, sangrado, ruptura de vejiga, de recto, riesgo anestésico, riesgo de laparotomía y riesgo de histerectomía. A pesar de esto solicita, autoriza y acude al procedimiento”.*

Concluye que la paciente fue informada de los riesgos que conllevaba el procedimiento y que efectivamente prestó su consentimiento para ello.

Acota que en la historia clínica también se consignan las manifestaciones que los pacientes hacen al personal médico tales como alergias y síntomas. Por lo tanto, si en esta se indica que la paciente acude al procedimiento, es porque ésta, a pesar de los riesgos que le fueron informados, lo aceptó.

Señala que del interrogatorio del Doctor Colonia no se podía afirmar que este presumió la aceptación de la paciente, pues manifestó que la paciente autorizó el procedimiento,

Sostiene que a pesar de que en el documento de folios 30, 57, 392 y 727 consta la firma de autorización de la paciente «*el Tribunal se limita a indicar que de ello no deriva que hubiera existido manifestación expresa de la señora Giraldo Botero de consentir la práctica de ese procedimiento.*»

Finaliza, explicando que el análisis en conjunto de la hoja de evolución médica, el interrogatorio del doctor Colonia y el testimonio del doctor González indica que sí se obtuvo la autorización necesaria por parte de la paciente.

VIII. RÉPLICA

Sonia Giraldo Botero, Herney Eduardo Duque Aristizábal, MPDG y JDDG, se oponen a la prosperidad del cargo segundo, pues, en su sentir, lo allí expuesto corresponde a apreciaciones subjetivas de la recurrente.

Frente a la tercera acusación, advierten que no se tomó el consentimiento para realizar el legrado.

Juan Guillermo Colonia, afirma que la segunda imputación debe prosperar, porque no fue negligente al momento de realizar la intervención quirúrgica, ya que, la ruptura del útero, es una de sus consecuencias, solicitando igual desenlace, respecto a la última acusación, toda vez que el Tribunal impuso una tarifa legal para la prueba del consentimiento informado.

IX. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN (HERMANAS

**DOMINICAS DE LA CARIDAD DE LA PRESENTACIÓN DE
LA SANTÍSIMA VIRGEN)**

Pretenden que se case la sentencia impugnada, para que en su lugar se confirme íntegramente la sentencia del *a quo*, condenando en costas a los demandantes.

Con tal propósito, formula dos cargos, por la causal primera de casación que fueron replicados por Liberty S. A., Sonia Giraldo Botero, Herney Eduardo Duque Aristizábal, MPDG y JDDG.

X. CARGO PRIMERO

Denuncia el fallo, por la senda directa, por la interpretación errónea del artículo 34 de la Ley 23 de 1981.

Explica, que la historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente, de acuerdo con el artículo 34 de la Ley 23 de 1981; las que hacen relación a la integralidad de este y a las condiciones relevantes tales como datos de identificación, afiliación en salud, motivo de la consulta, diagnóstico y tratamiento.

Manifiesta, que el registro de la historia clínica se construye a partir de la relación médico-paciente y de la información que suministra este último, por lo que no es extraño y es incluso necesario, que en ella queden consignadas las manifestaciones de voluntad del paciente acerca de la aceptación o no de los tratamientos propuestos.

Para las recurrentes, el Tribunal manifestó erróneamente que, si la historia clínica refiere a las condiciones de salud del paciente y a los procedimientos médicos, no puede quedar acreditada por la nota del médico un acto de exteriorización de voluntad del paciente, cuando él ni siquiera suscribió la autorización.

Aducen, que de la interpretación del Tribunal se extrae:

Que la expresión “*condiciones de salud del paciente*”, se retrotrae solo a expresiones técnico-científicas del proceso de atención en salud y no a la integralidad que legalmente debe contener tal documento y no reconoce que de manera necesaria deben quedar consignadas las decisiones del paciente que son las que finalmente acompañan el actuar médico.

XI. CARGO SEGUNDO

Acusa el fallo, por la senda indirecta, en la modalidad de aplicación indebida del artículo 15 de la Ley 23 de 1981 y el 10 del Decreto Reglamentario 3380 de 1981.

Enlista, los siguientes errores de hecho:

a) No dar por demostrado, estándolo, que el equipo médico de **HERMANAS DE LA CARIDAD DOMINICAS DE LA PRESENTACIÓN DE LA SANTÍSIMA VIRGEN, - CLÍNICA DE LA PRESENTACIÓN**, explicó de manera amplia y suficiente a la señora Sonia Giraldo Botero sobre los beneficios y riesgos del procedimiento quirúrgico denominado “**curetaje obstétrico**”.

b) No dar por demostrado, estándolo, que la señora Sonia Giraldo botero, otorgó consentimiento informado para la realización del procedimiento “**curetaje obstétrico**”, en la Clínica de la Presentación.

Dice, que esas equivocaciones se originaron por la apreciación indebida de la historia clínica de folios 725 y 727.

A continuación, cita ese medio de convicción e indica que se explicaron los riesgos inherentes y los no relacionados con el procedimiento, infección, ruptura de vejiga, de recto, riesgo anestésico, riesgo de laparotomía e (...) histerectomía.

Dicen que el Tribunal estudio, de manera inadecuada, ese medio de convicción, el cual fue ratificado en el interrogatorio de parte del Doctor Colonia Gutiérrez, así como en el testimonio de Guillermo González Silva, quienes corroboraron lo reflejado en ese medio escrito, donde se registró la voluntad de la paciente de someterse al procedimiento, asumiendo los riesgos.

A continuación, indican que la indebida valoración, consiste en lo siguiente:

Apreciar la prueba documental como si tratase del mismo interrogatorio, o el testimonio, y no le deja decir lo que en realidad dice la prueba, esto es, que el consentimiento informado si existió y quedo[sic] consignado en el registro de historia clínica de la señora Sonia Giraldo Botero.

Lo antecedente, lo soportan, según manifiestan, en lo expuesto en segunda instancia, quien sostuvo que el consentimiento informado, no necesariamente debía encontrarse en un elemento suscrito por la paciente, sino que se debía a la relación de este con el médico.

Dicen que el Tribunal se equivocó, al inferir de manera

irrazonable, que la causante se presentó a una cirugía ambulatoria desconociendo que la operación a realizar, era necesaria o comprometía su vida, obviando, que, desde la demanda, se anunció que la accionante escogió el centro médico que la iba a atender y realizó los actos administrativos para materializar el procedimiento, tanto que lo hizo autorizar, tal como se anotó, en la historia clínica.

XII. RÉPLICA

Liberty Seguros S. A., señala que el consentimiento informado se encuentra en la historia clínica, que no fue tachada de falso y, en consecuencia, solicita casar la decisión del Tribunal.

Lo demandantes, dicen que el Juez de segunda instancia no interpretó la norma inserta en la proposición jurídica de la acusación inicial y sostiene, respecto a lo último, que se trata de apreciaciones subjetivas que no llevan a la Corte a actuar en la forma pretendida en el recurso.

XIII. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN (JUAN GUILLERMO COLONIA GUTIÉRREZ)

Señala lo siguiente:

Con la interposición de la presente demanda de casación se pretende que la Honorable Corte Suprema de Justicia **CASE** la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Manizales, para lo cual debe tenerse en cuenta la independencia y autonomía de los dos cargos, así:

El primer cargo, que se enfilará por la vía indirecta, tiene como propósito derribar en su totalidad los fundamentos de dicho fallo, lo cual debe conducir a que dicha providencia se case y, en consecuencia, esa Honorable Corporación, ubicada como juez de instancia confirme el fallo de primera (sic) grado que fue absolutorio no solamente respecto de los demandados sino de mi mandante en su condición de llamado en garantía.

El segundo cargo, que se estructurará por la vía indirecta, tiene como propósito que se modifique el numeral segundo de la parte resolutive del fallo, y en su lugar, se disponga que Juan Guillermo Colonia, como llamado en garantía y no como demandado directo, no está obligado al pago de la indemnización respecto de los demandantes precisamente porque en su contra no se formuló pretensión alguna. En consecuencia, este cargo tiene como propósito que el fallo se case parcialmente con el alcance definido.

Así las cosas, si el primer cargo alcanza éxito, ello implicará el quiebre total de la sentencia. Y si prospera el segundo, el fallo recurrido solamente se modificará tanto en sus numerales segundo como tercero de la parte resolutive, precisando el alcance de la obligación impuesta a Juan Guillermo Colonia.

Con tal propósito formula dos cargos, por la causal primera de casación. Salud Total S. A. EPS, únicamente presentó oposición frente al último ataque.

XIV. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia del Tribunal de:

Ser violatoria, **por la vía indirecta**, [...] de los artículos 1494, 2341, 2343 y 2356 del Código Civil, así como de los artículos 15, 16 y 34 de la Ley 23 de 1981, artículos 9º, 10, 11 y 12 del Decreto 3380 de 1981, como consecuencia de evidente, notorios y trascendentes **errores de hecho** en la apreciación objetiva de varios medios de prueba obrantes en el proceso.

Estos errores de hecho condujeron al Tribunal a violar indirectamente las normas que regulan la responsabilidad del médico, esto es, los artículos 1494, 2341, 2343 y 2356 del Código Civil, así como de los artículos 15, 16 y 34 de la Ley 23 de 1981, artículos 9, 10, 11 y 12 del Decreto 3380 de 1981, **por aplicación**

indebida, pues la realidad probatoria del proceso no permitía la aplicación de dichas normas.

En el desarrollo del cargo, acota que el juzgador de segundo grado consideró que no se acreditó la aceptación de Sonia Giraldo Botero de la intervención quirúrgica a la que sería sometida, lo cual constituía una condición suficiente para derivar responsabilidad por los daños causados.

Señala como errores en los que incurrió el Tribunal a la hora de apreciar las pruebas, los siguientes:

a.- El Tribunal realizó una equivocada interpretación de la historia clínica de la paciente Sonia Giraldo Botero, habida cuenta que en ese documento se refleja con meridiana claridad el consentimiento y autorización que dio la demandante para adelantarle el procedimiento de curetaje.

En efecto, en la mencionada historia clínica, puede leerse textualmente:

"Se explicaron los riesgos inherentes y los no relacionados con el procedimiento, infección, ruptura uterina, sangrado, ruptura de vejiga, de recto, riesgo anestésico, riesgo de laparotomía y (...) histerectomía. A pesar de esto, solicita, autoriza y acude al procedimiento".

b.- De igual forma, a folios 30, 57, 392 y 727 del expediente, obra el informe elaborado por la asistente de enfermería en el quirófano, en el que se indicó que:

"ingresa paciente a "CX" procedente desde su casa en compañía de "Fliar", trae "HC", firma autorización".

c.- Visible a folios 390 y 725, obra la hoja de evolución médica del 14 de marzo de 2004, en la que se señaló que:

"(..) se explican riesgos inherentes y los no relacionados con el procedimiento, infección, ruptura uterina, sangrado, ruptura de vejiga, de recto, riesgo anestésico, riesgo de laparotomía y riesgo de histerectomía. A pesar de esto, solicita autoriza y acude al procedimiento".

d.- El médico Juan Guillermo Colonia Gutiérrez, como puede leerse a folio 1168 del expediente, en la declaración que rindió en este proceso señaló lo siguiente:

"El 13 de marzo de 2004 en las horas de la noche, estando de turno en la clínica de la Presentación me fue comentada la paciente Sonia Giraldo Botero, que se encontraba en una IPS de Salud Total, con un diagnóstico de una muerte embrionaria temprana o embarazo anembrionado para realizarle curetaje o legrado obstétrico, como la paciente la describen en buenas condiciones, es decir, con sangrado escaso y hemodinámicamente estable, se sugiere citar la paciente al día siguiente, en ayunas para realizarle el procedimiento, al día siguiente la paciente asiste en compañía de su esposo para el procedimiento, el Dr. Guillermo González anestesiólogo y yo conversamos con la paciente, le explicamos el procedimiento y la paciente autoriza (...)"

e.- El testigo Jaime Fernando Ruiz Poveda, testigo técnico, corroboró lo plasmado en la historia clínica, y como puede leerse a folio 1162, sostuvo que *"me parece una descripción sumamente detallada de los riesgos"*.

f.- El anestesiólogo Guillermo González Silva en su testimonio dio cuenta de los hechos antes explicados, manifestando al respecto que *"el ginecólogo de turno Dr. Juan Guillermo Colonia la recibe, la examina y como aparece en el folio 725 del expediente, le explica los riesgos del procedimiento (...) El 14 de marzo del año 2004 la paciente es valorada por mí, se le realiza el chequeo preanestésico en el cual la paciente niega antecedentes patológicos o enfermedades asociados, se explica riesgos anestésicos y a las siete de la mañana se le realiza el procedimiento anestésico para un legrado uterino con una duración de diez minutos (...)"*

Aunque todas las pruebas en cita fueron mencionadas por el Tribunal, lo cierto es que su verdadero alcance fue cercenado, es decir, fue valorada errónea y limitadamente, en la medida que se omitió apreciar el verdadero alcance demostrativo de dicho medio probatorio, el cual acredita que la paciente Sonia Giraldo Botero no solo conoció los riesgos inherentes al procedimiento ambulatorio al que se sometería, sino que autorizó el mismo y ello quedó plasmado en los documentos ya mencionados.

A pesar de la contundencia de los medios probatorios practicados al interior del proceso, el Tribunal concluyó erróneamente que esas pruebas solo acreditan conductas del médico pero no del paciente, por lo que aseguró que en el proceso no se acreditó, a través de ninguna prueba idónea, alguna exteriorización de voluntad de Sonia Giraldo Botero. Dicho de otra forma, para el Tribunal se requería probar un acto proveniente del paciente para entender como autorizado el procedimiento quirúrgico, sosteniendo además que la historia clínica no era el medio probatorio idóneo para demostrar la aludida aceptación, habida cuenta que ese era un documento propio del galeno y que, por

ello, por la anotación del médico no podía quedar acreditada la manifestación de voluntad de la demandante.

Adicionalmente, señaló el Tribunal que del testimonio de Juan Guillermo Colonia, se infiere que al manifestar dicho médico que la paciente acudió el día siguiente de las observaciones a realizarse el legrado, el médico supuso la aceptación y asunción de los riesgos de la intervención a practicar, lo cual a su juicio está proscrito por la jurisprudencia.

Finalmente, frente a la declaración del anestesiólogo Guillermo González, concluyó el Ad quem que de ella se desprende que como el Doctor Juan Guillermo Colonia atendió a la paciente el 13 de marzo de 2004, no lo hizo al día siguiente, por lo que nunca pudo indicarle a la paciente los riesgos el mismo día de la cirugía. A juicio del Tribunal esa declaración del anestesiólogo "desquicia" lo dicho por Juan Guillermo Colonia cuando explicó que a la paciente la valoraron en conjunto ambos galenos, tanto el ginecobstetra como el anestesiólogo.

2.2.2.- Sin embargo, las anteriores conclusiones probatorias del Tribunal son equivocadas, como pasa a explicarse:

De una lectura integral de las pruebas, especialmente documentales complementadas con testimonios, es claro que el Tribunal dejó de ver una realidad que en el expediente se muestra inocultable: existió el consentimiento informado. De ello da cuenta con total objetividad la mencionada historia clínica y lo allí expresado fue confirmado en la declaración del propio Juan Guillermo Colonia como en el testimonio del anestesiólogo Guillermo González.

En el presente caso se demostró que la paciente fue informada con antelación de los riesgos inherentes al procedimiento, que ella autorizó el mismo y tal información quedó consignada en la historia clínica.

[...]

Así las cosas, para la Sala Laboral del Tribunal Superior de Manizales no fue suficiente la asistencia voluntaria, autónoma y potestativa de la paciente a la cirugía programada al siguiente día para confirmar su aceptación al según la cual no es posible aceptar tácitamente la práctica de la cirugía.

[...]

No es cierta la conclusión del Tribunal, según la cual el médico Juan Guillermo Colonia solamente atendió a la paciente el 13 de marzo de 2014, pues (i) no hay una sola prueba que así lo diga; y (ii) es claro que la atendió tanto el 13, cuando la valoró y le suministró toda la información idónea, suficiente y pertinente,

como el mismo 14 de marzo, día en que se efectuó la intervención quirúrgica.

En consecuencia, a pesar de que en la historia clínica se plasmó que efectivamente existió consentimiento informado, el Tribunal no vio el verdadero contenido de dicho medio de prueba, confirmado con pruebas testimoniales y con la propia declaración de parte del médico, por lo que el eje central de la decisión, esto es, que no hubo consentimiento informado, es contraevidente.

2.3.- Violación indirecta de la Ley sustancial:

2.3.1.- Los errores de hecho que se han denunciado y evidenciado en este cargo, no solamente saltan a la vista, esto es, no solamente son evidentes sino que también son trascendentes, habida cuenta que de no haberse incurrido en dichos errores, el sentido del fallo habría sido distinto. Si el Tribunal hubiese valorado adecuadamente tales medios de prueba que se han reseñado en este cargo, la conclusión hubiese sido que sí existió consentimiento informado y, por ende, el presupuesto sobre el cual se edificó la supuesta responsabilidad civil deprecada por el extremo demandante se aleja de la realidad.

Sostiene que el *ad quem* exigió un medio probatorio específico para la aceptación de la intervención por la paciente. Recuerda lo establecido en la Ley 23 de 1981, que consagra el consentimiento informado, y el Decreto 3380 de 1981, según los cuales no se exige ninguna solemnidad o alguna forma particular para exteriorizar dicho consentimiento.

Cita lo dicho por el Consejo de Estado al respecto:

[...] "en tratándose de procedimientos programados, es posible, dependiendo del caso concreto, inferir el consentimiento tácito explicado por la Sala de Sección Tercera en la sentencia del 4 de abril de 2008, exp. 15737, pues el paciente mismo programa y gestiona su tratamiento (...) Por tratarse de una cirugía programada con anticipación la Sala infiere la voluntad del paciente de someterse a la cirugía que le libraría del lunar cancerígeno que padecía, es decir, se infiere que las mencionadas intervenciones realizadas (...) sí fueron consentidas (...)" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección

Tercera, Subsección B. Sentencia del 27 de marzo de 2014, exp. 26660, M.P. Danilo Rojas Betancourth).

Así lo consagró esa Corporación, que explicó con suficiencia el concepto de la aceptación tácita, por lo que citamos in extenso la providencia en mención:

"En cuanto a la forma cómo debe brindarse el consentimiento, vale destacar que no se requiere necesariamente que conste por escrito, puede expresarse de forma verbal, o inclusive tácita, lo cual puede inferirse por ejemplo de la aceptación de 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 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 (...)

La exteriorización de la voluntad libre del paciente, vale decir, su querer interno no necesariamente debe ser manifestado en forma expresa. Si bien la voluntad debe traducirse en un acto material, puede darse a conocer directamente mediante el lenguaje o la declaración verbal o escrita, a través de cualquier otro signo como sería el comportamiento. De modo que la manifestación del paciente no requiere -para que emerja válidamente- un comportamiento expresivo específico como sería el lenguaje convencional en su modalidad escrita o solemne, sino que la voluntad puede ser reconstruida a partir de la conducta asumida por el paciente que adquiere un significado jurídico, al revelar el propósito del mismo.

Expresión volitiva tácita o indirecta que es manifestación inequívoca, clara y precisa de la voluntad y por lo mismo está dotada de igual fuerza vinculante que la forma directa de exteriorizar el querer, como que produce los mismos efectos que si hubiese sido expresada de manera explícita en un documento escrito. 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 para aquella se establezca a partir de otros instrumentos, como sería el comportamiento desplegado por el propio paciente frente a las indicaciones del médico tratante, que revelan su voluntad implícita manifestada en una declaración tácita.

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

significación dentro del contexto fáctico en que tiene lugar. En una palabra, del comportamiento del paciente que se revela en el silencio ante las múltiples advertencias emana la forma de un consentimiento tácito. Es más, *mutatis mutandis*, podría incluso afirmarse parafraseando al profesor Hinestrosa, que la conducta humana no se agota en la declaración, que existen, otras formas y esta es justamente, el comportamiento o conducta de la cual se deduce la voluntad.

Nuestro ordenamiento jurídico, como ya se anotó, no ordena la exigencia de una voluntad expresa, vale decir, que se traduzca en una afirmación neta y caracterizada y en correlación directa e inmediata con el procedimiento quirúrgico por adelantarse. De ahí que para la Sala es claro que en sub lite medió una manifestación consciente y libre de la decisión volitiva, que aunque no consta por escrito, ello no obsta para que tenga plena eficacia jurídica cuando ella aparece de manera tácita, en tanto ella evidencia no sólo el pleno conocimiento de los eventuales riesgos a los que se sometía, sino que también se trata de una voluntad libre, como quiera que de acuerdo con las pruebas evaluadas, la misma no adolece de vicios." (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 23 de abril de 2008, exp. 15737, M.P. Ruth Stella Correa Palacio).

Por otro lado, sostiene que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que el consentimiento informado se puede probar con cualquier medio de prueba:

"El consentimiento informado, es un acto dispositivo espontáneo, esencialmente revocable, singular al tratamiento o intervención específica, recepticio, de forma libre o consensual, puede acreditarse con todos los medios de prueba, *verbi gratia*, documental, confesión, testimonios, etc., y debe ser oportuno" (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 17 de noviembre de 2011, radicación 11001-3103-018-1999-00533-01, M.P. William Namén Vargas.)

XV. CONSIDERACIONES

Las recurrentes, en forma separada, pero compartiendo similares argumentos, cuestionan la decisión del Tribunal

bajo los siguientes supuestos: (a) la ausencia de consentimiento informado, no llevaba de manera inmediata, a proferir condena y (b) la historia clínica aportada al plenario da cuenta, contrario a lo estimado por el *ad quem*, que la paciente fue enterada de los riesgos a los que estaba sometida, por la práctica del procedimiento médico.

Para atender el **primer cuestionamiento**, se precisa que la responsabilidad civil médica, es una modalidad específica de la profesional, al tratar las consecuencias de la medicina, en la vida, salud, integridad, dignidad humana, así como en los derechos fundamentales de las personas, siendo necesario, no solo estarse a pautas generales de aquella y a las singulares de la profesional, sino también, a las propias que regulan esa ciencia (*lex artis*), conforme a «*criterios o procederes usuales en cierto tiempo y lugar, el conocimiento, avance, progreso, desarrollo y estado actual (lex artis ad hoc)*»¹.

De ahí, que al profesional de la salud, se le exige «*una especial diligencia*»² al momento de ejecutar su actividad, pues, son de su carga «*prestaciones concretas*»³, en atención a esa *lex artis*, e implica que la victoria de una reclamación, no se determina con solo establecer un resultado indeseado, sino surge de acreditar, que ese daño, estuvo precedido

¹ Sentencia de casación CSJ SC 17 nov 2011, Referencia: 11001-3103-018-1999-00533-01.

² Ib.

³ Ejusdem.

causalmente «de un actuar contrario al estándar de diligencias exigible a los profesionales de la salud»⁴.

Dicho patrón, conforme lo ha sostenido la Sala Civil de esta Corporación⁵, no se asimila, en forma completa, a los distintos tipos de culpa del artículo 63 del CC, porque deben valorarse las condiciones especiales de la labor médica; escenario que explica porque debe acudirse a la *lex artis ad hoc*⁶, que impone comparar el proceder del profesional de la salud, con otro, de su misma especialidad, cuando se encontrara, en forma hipotética, con el mismo cuadro clínico de la paciente⁷.

Ahora, para definir sobre la responsabilidad médica, deben apreciarse elementos fácticos y jurídicos, a efectos de establecer la causalidad entre el hecho generador y el daño. Los primeros, tratan de las actuaciones u omisiones, que

⁴ CSJ SC3604-2021.

⁵ Ibidem.

⁶ En la sentencia CSJ SC3604-2021, citando a SOLE-FELIÚ, Jordi. Lex artis y estándar de diligencia en la culpa médica. En: García, María y MORSO, Josep (Dir.). Conceptos multidimensionales del derecho. Ed. Reus, Madrid. 2020, p.671, sobre lo tratado, se indica que la *lex artis ad hoc*, consiste en: «(...) **el estándar de conducta exigible al profesional medio del sector**, que actúa de acuerdo con el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el ámbito médico y dentro del sector de especialidad al que pertenece el profesional sanitario en cuestión. En la jurisprudencia alemana se habla del nivel de diligencia “de un profesional de la medicina respetable y concienzudo, con la experiencia media en el correspondiente campo de especialidad”, o dicho de otro modo, de la conducta “que se esperaría de un colega en la misma situación”. Del mismo modo, los tribunales ingleses exigen un nivel de diligencia superior al del “hombre normal y razonable”, que tome en consideración la experiencia, habilidades, técnicas y conocimientos que se esperan del profesional medio del sector».

⁷ En la decisión relacionada con anterioridad, se dice:

*Esto explica la referencia a una lex artis **ad hoc**, que no es otra cosa que evaluar la adecuación de las actividades del personal de salud de cara a la problemática específica de cada persona sometida a tratamiento, observando variables como su edad, comorbilidades, diagnóstico, entre otras que puedan identificarse para cada evento concreto.*

afectaron el bien jurídico tutelado y, lo segundo, se centra en el análisis de derecho, con el objeto de *«atribuir sentido legal a cada gestión»*⁸.

Para realizar lo anterior, es necesario tener en cuenta que esta clase de responsabilidad, inicia, por regla general, de la culpa probada, excepto cuando, en virtud de lo acordado entre las partes, se trate de obligaciones de resultado. En otras palabras, en las obligaciones de medio, la interesada, reclamante o demandante, es quien debe probar la negligencia o impericia del galeno, mientras, en las de resultado, el elemento subjetivo se presume⁹.

La inicial y que interesa a este asunto, no implica que a los médicos se les pueda imputar la totalidad de daños generados por su actividad, pues, al intervenir, con el fin de recuperar la salud de un paciente, es posible, e incluso previsible, la presencia de eventos contrarios que lesionen la integridad de la persona, porque gozan de un trato diferencial, en atención a su función, sustentada en el *«criterio de riesgo-beneficio»*¹⁰, donde *«la potencialidad dañina de esa labor es jurídicamente tolerable, pues solo la asunción de sus contingencias posibilita salvaguardar la vida o la salud de la persona sometida a tratamiento»*¹¹.

Empero, ese evento solo es posible, cuando se cuenta con el consentimiento del paciente o con el de sus familiares,

⁸ Sentencia CSJ SC3919-2021 y CSJ SC3604-2021.

⁹ Sentencia CSJ SC7110-2017.

¹⁰ Sentencia CSJ SC3604-2021.

¹¹ Ib.

en razón al padecimiento de aquel; requisito, sustentado en los derechos de información y de autonomía previstos en los artículos 16 y 20 superiores, relacionados, igualmente, con la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la libertad individual, que soportan los derechos a la salud y a la integridad de la persona¹².

Siguiendo lo expuesto, la asunción del probable riesgo, como consecuencia de un procedimiento médico, solo es posible cuando el paciente es enterado *«de manera oportuna, objetiva, completa, clara, razonable, equilibrada, precisa y leal, la opción terapéutica elegida, las alternativas posibles, los beneficios buscados»*¹³ y de los peligros que probablemente pueden suceder, tras la intervención quirúrgica, ya que, con esa información, el afectado puede consentir o expresar su voluntad.

Al carecer de consentimiento, se compromete la responsabilidad del profesional de la salud, cuando uno de los riesgos que debieron comunicarse se materializa y se produce el daño, no siendo válido alegar, para exculparse, que la actuación fue diligente y prudente¹⁴, pues lo censurado, es la infracción a la conducta exigible al médico, quien, conforme al artículo 15 de la Ley 23 de 1981, no debe exponer a sus pacientes a riesgos injustificados, siendo su carga, pedir el consentimiento, enterando a éste de sus consecuencias.

¹² Sentencia CC C182-2016, citada en la CSJ SC3604-2021.

¹³ Ib.

¹⁴ Sentencia CSJ SC3604-2021

De esa manera lo ha señalado la Sala Civil de esta Corporación, quien en la sentencia CSJ SC3604-2021, informó:

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 tratamiento en cuyo curso se generó ese daño no viniera precedido del consentimiento del interesado¹⁵.

La ausencia de consentimiento informado, pues, solo resulta trascendente cuando acaece, sin culpa del galeno, un riesgo previsible¹⁶, 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

¹⁵ 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*».

¹⁶ Sobre esta temática, se sostuvo: «*No se exige que la divulgación recaiga sobre todas las posibles situaciones adversas, por químicas 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.).*

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”¹⁷.

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

¹⁷ «Enrique Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Ed. Jurídica de Chile, 2006, p. 685» (referencia propia del texto citado).

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” (rechtmüssiges 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^{18,19}.

Partiendo de la existencia de esas dos posibilidades, la Corte ha considerado pertinente presumir que el juicio hipotético que se planteó *supra* debe resolverse de forma negativa²⁰, 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. (Negrillas y subrayas de la Sala).

Lo hasta aquí expuesto es útil para concluir, que la decisión de segunda instancia no se equivocó cuando definió

¹⁸ « 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).

¹⁹ 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.

²⁰ 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.

que la falta de consentimiento habría pasado a la reparación de los perjuicios causados a la señora Sonia Giraldo Botero y a los demás reclamantes, pues, con sustento en los testimonios y el dictamen pericial que analizó, estableció que la perforación uterina era un riesgo inherente a la práctica del legrado (situación que no fue cuestionada por ninguno de los recurrentes) y, como halló que la paciente no fue enterada de ese riesgo, era una circunstancia con la que podía, tal como lo hizo, establecer el vínculo causal entre la omisión y el daño, al tratarse de la materialización de un riesgo previsible del que debió ser enterada la paciente, para que esta decidiera si estaba o no de acuerdo en arrojárselo.

Siendo eso así, el cargo segundo presentado por Salud Total S. A., no sale avente.

Siguiendo con las restantes acusaciones, se observa que el Tribunal sostuvo, con sustento en la sentencia de casación de la Sala Civil, que identificó con la radicación 05001310300920020011101, que el consentimiento, para la práctica de un procedimiento médico, era consensual y se perfeccionaba con el simple acuerdo de voluntades, advirtiendo que la ley, no exigía ninguna solemnidad para su existencia, validez o prueba; de allí, que no le asiste razón a Juan Guillermo Colonia, cuando afirma que se exigió un medio probatorio específico, pues, en verdad, eso no sucedió, porque el juez de la apelación, tras auscultar los medios de convicción que utilizó en su decisión, formó libremente su convencimiento, conforme lo autoriza el artículo 61 del CPT y SS.

Ahora, los medios de convicción relacionados en las acusaciones presentadas por la vía indirecta, no muestran un error en su valoración, pues la historia clínica contiene las manifestaciones realizadas por el profesional de la salud, pero no reflejan, con contundencia, que la paciente fue enterada de los riesgos a los que podía someterse, por la práctica de la intervención quirúrgica, pues no debe olvidarse que el *ad quem*, para decidir como lo hizo, soportó ese elemento demostrativo, con lo relatado en el interrogatorio de parte del doctor Colonia y el testimonio del doctor Guillermo González Silva, con los que definió, que no se demostró que antes de la cirugía a la accionante le fueron explicados sus consecuencias y peligros.

Es que, además, dar por cierto lo expresado en la historia clínica, sería admitir que son las partes quienes pueden crear, en su beneficio, sus propios medios demostrativos, ya que, no debe olvidarse que ese medio escrito, trata de la reseña de los malestares del paciente, donde, conforme al artículo 34 de la Ley 23 de 1981, se registran las condiciones de salud de éste.

Precisamente, en ese elemento es diligenciado por el profesional de la salud, quien, consigna, de manera cronológica, el cuadro clínico en sus distintas fases, esto es, desde el ingreso del paciente hasta su salida, siendo tratado,

como un documento probatorio confidencial, cuyo titular es el paciente y, el guarda, el profesional de la salud²¹.

Pero, como antecedente a la elaboración de ese documento, está el diagnóstico, entendido como los actos con los que se establece la enfermedad que se padece y donde se traza el tratamiento e intervenciones a adelantar; se recopilan los datos relevantes del paciente y se analizan los riesgos previsibles que puede generar esa actuación²².

En contexto con lo expuesto, la historia clínica es tramitada por el médico y recoge las actuaciones que éste realizó. En este medio es viable referirse a la información que le otorga al paciente, pero lo allí escrito, por lo menos, en este asunto, no tiene la fuerza para arribar a una inferencia distinta a la del Tribunal, porque, se itera, con las otras probanzas que analizó, no encontró que la señora Giraldo Botero fue enterada, de manera oportuna y completa, de los riesgos a los que era sometida.

Continuando con el estudio fáctico, es necesario señalar, que el interrogatorio de parte del señor Juan Guillermo Colonia, no es apto en la casación del Trabajo, porque no tiene manifestaciones que lo perjudiquen o favorezcan a la contraparte.

Los documentos de folios 30, 57, 390, 392 y 727, fueron realizados por la asistente de enfermería de quirófano,

²¹ Sentencia de casación CSJ SC12449-2014.

²² Ib.

tercera ajena a este proceso, ostentado, por lo tanto, una naturaleza testimonial, con la que no puede fundarse un error fáctico.

En todo caso, en estos se dice que la paciente traía HC. «*FIRMA AUTORIZACIÓN*», sin que informe a que estaba accediendo, menos, cual fue la información que se le brindó y, si se declaraba que existía una autorización, lo lógico era que se hubiera allegado al expediente.

La hoja de evolución médica (f.º 390 y 725), no está suscrita por la paciente, pues trata de un relato sobre su salud, sin que se identifique quien la realizó.

Lo visto conlleva a que no pueda analizarse los testimonios denunciados, dado que, con prueba apta no se acreditaron los errores formulados contra lo decidido en segunda instancia.

De lo dicho se sigue, que los cargos no prosperan.

XVI. CARGO PRIMERO (SALUD TOTAL S. A. EPS)

Lo presenta así:

La violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 14 de la Ley 1122 de 2007 y 1738, 1568 inciso segundo y 2344 del Código Civil e interpretación errónea de los artículos 2º literales a y d, 153 numeral tercero, 178 numeral sexto, 179 de la Ley 100 de 1993.

Manifiesta que el error del *ad quem* se suscribe en considerar:

i) Que las obligaciones de la EPS y la IPS demandadas eran las mismas, ii) que Salud Total EPS debía garantizar la calidad de los servicios prestados a la señora Sonia Giraldo en la Clínica de la Presentación y iii) que por ende las Hermanas de la Caridad Dominicanas de la Presentación de la Santísima Virgen y Salud Total EPS eran solidariamente responsables de los daños causados a los demandantes.

Sostiene que en la sentencia se señalaron varias normas de seguridad social *«de las que derivó una inexistente obligación de las EPS consistente en garantizar la calidad de los servicios de salud que prestan sus IPS»*.

Estima que únicamente la que se refiere a esa situación, es la Ley 1122 de 2007 en el inciso 1º del artículo 14, posterior a la ocurrencia de los hechos, que se originaron en el 2004.

Respecto a la supuesta solidaridad que contempló el Tribunal, indica que los artículos 2º, 153 numeral 3º, 178 numeral 1º y 179 de la Ley 100 de 1993, no contemplan esa modalidad y, por lo tanto, se interpretaron incorrectamente, pues *«de ninguno de ellos se deriva la obligación de garantizar la calidad de los servicios prestados por las IPS»*.

Señala *«que la solidaridad bien sea que provenga de la ley o de los contratos, tiene que estar expresamente prevista y no puede derivarse de suposiciones o conjeturas sino de mandatos claros contenidos en las normas»*.

Por otro lado, arguye que la obligación contenida en el artículo 178 de la Ley 100 de 1993 es «*de establecer procedimientos encaminados a controlar los servicios prestados por las IPS mas no de garantizar los servicios*»; por lo cual, es una obligación de medio.

Afirma, que lo señalado en esas preceptivas, no lo convierte en deudores solidarios, porque, lo asumido por la EPS, es sustancialmente distinto a las encargadas a la IPS.

Frente a la aplicación indebida de las normas del Código Civil, afirma en es suficiente con manifestar que el 2344 se refiere a la responsabilidad extracontractual, no siendo procedente su invocación, como tampoco, el 1568, porque la EPS no tenía las mismas obligaciones de la señora Giraldo Botero, porque solo debía poner a su disposición una red de prestadores de servicios y asumir el costo del procedimiento e indica, que el 1738, tampoco gobernaba el asunto, porque no tenía la obligación de prestar el servicio de salud.

XVII. RÉPLICA

Los demandantes dicen que la intervención realizada por el médico, se hizo por orden de la recurrente, la cual conllevó a la mutilación del órgano reproductor y otras secuelas, e indican que los folios 1100 a 1102, 1200, 1202 y 1103 a 1122, muestran que la EPS y la IPS, son obligadas contractuales en los riegos presentados.

Juan Guillermo Colonia, no se manifestó frente a este reproche, porque dice, no tiene que ver con su conducta.

XVIII. CONSIDERACIONES

A la Sala, conforme a los términos de la acusación, le corresponde definir si el Tribunal se equivocó al concluir que Salud Total S. A. EPS, debía responder solidariamente por los perjuicios que se causaron a la señora Giraldo Botero.

Para dar respuesta a ese cuestionamiento, debe manifestarse que el artículo 48 Superior indica que la seguridad social, es un servicio público obligatorio, que debe prestarse con la dirección, coordinación y control del Estado, sujeta a los principios de *«eficiencia, universalidad y solidaridad»*, conforme lo determine la Ley; agrega que esa prerrogativa es irrenunciable y puede prestarse por entidades públicas o privadas.

Para desarrollar ese postulado, se expidió la Ley 100 de 1993, que descansa, conforme lo prevé su artículo 2º, en los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación, precisando, en el artículo 9º, que el sistema de seguridad social integral, *«es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos [...]»*.

En específico, el sistema de salud, trae diversas reglas por cumplir, hallando, entre estas, las de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación en *«cantidad,*

oportunidad, calidad y eficiencia». El artículo 155 trata de su estructura, encontrando, como organismos de administración y financiación, a las entidades promotoras de salud, entre otras, así como las instituciones prestadoras del servicio de salud, permitiéndoles una naturaleza pública, mixta o privada.

Frente a las obligaciones de las entidades promotoras de salud, es útil estarse a lo señalado por la Sala Civil de esta Corporación, quien, en sentencia CSJ SC2769-2020, indicó:

Las obligaciones del Sistema.

Aunque las Entidades Promotoras de Salud figuran entre los organismos de administración y financiación, sus funciones van mucho más allá, como se desprende del artículo 156 al fijar las características básicas del «Sistema» y partir del supuesto de que todos los habitantes «deberán» afiliarse a aquellas para que «previo el pago de la cotización reglamentaria o a través del subsidio que se financiará con recursos fiscales, de solidaridad y los ingresos propios de los entes territoriales» reciban un «plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales» denominado Plan Obligatorio de Salud. Es de advertir que el recaudo del aporte está a cargo del Fondo de Solidaridad y Garantía, pero éste puede delegar tal función a las Entidades Promotoras de Salud, sin que haga parte de sus ingresos propios, ya que lo que perciben las EPS son las Unidades de Pago por Capitalización (UPC) por cada afiliado y beneficiario, conforme al valor que establece periódicamente el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Incluso en el literal e) se insiste en que las Entidades Promotoras de Salud tienen a cargo «la afiliación de los usuarios y la administración de la prestación de los servicios de las instituciones prestadoras» y están obligadas a suministrar al afiliado que «pague la cotización o tenga el subsidio correspondiente, el Plan Obligatorio de Salud, en los términos que reglamente el Gobierno», cargas que se reiteran al definir las en el artículo 177 como «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», cuya «función básica será organizar y **garantizar** -se resalta-, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los

afiliados», añadiendo luego que les compete «[o]rganizar 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», «[d]efinir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las Instituciones Prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia» y «[e]stablecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud» (art. 178 nrals. 3, 4 y 6).

El ingreso al sistema surge de la afiliación a la EPS seleccionada, pero anejas a ella existen otras situaciones necesarias para alcanzar el objetivo primordial de lograr una óptima cobertura del POS mediante la prestación del servicio de salud con la colaboración de diversos especialistas puestos a disposición de los usuarios, así como Instituciones Prestadoras de Salud, ya sea que unos y otras hagan parte o no de la organización, lo que le confiere una naturaleza jurídica especial e intrincada a dicho sistema.

Por su lado el afiliado cuenta con la posibilidad de elegir la Entidad Promotora de Salud, así como las *«instituciones prestadoras de servicios y/o los profesionales adscritos o con vinculación laboral a la Entidad Promotora de Salud, dentro de las opciones por ella ofrecidas»* (art. 156 lit. g), con la tranquilidad de que el Plan Obligatorio de Salud no solo lo ampara a él sino que comprende una *«protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad»* (art. 162 y 163).

Puestos en contexto, la función de las EPS de *«garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio»* a que se refiere el artículo 177 de la Ley 100 de 1993 debe ser vista más allá del mero *«contrato de afiliación»*, como si su único efecto fuera la recaudación por delegación de aportes y la administración de recursos, para extender sus alcances al fin primordial de lograr una óptima cobertura en el servicio social de salud.

Basta observar cómo el término *«garantía»* en una de las acepciones que trae el DRAE significa *«efecto de afianzar lo estipulado»*, de ahí que tanto para el afiliado como sus beneficiarios la Entidad Promotora de Salud por la que se optó está en la obligación de respaldar que la atención en materia de salud se brinde de manera *«eficiente, oportuna e integral»* dentro de los lineamientos trazados en el plan obligatorio de salud, por medio de las IPS y médicos que hagan parte de ella o estén

vinculados a la misma por cualquier otra relación jurídica.

Por lo tanto, no es suficiente que se facilite el acceso de los usuarios a los centros de atención hospitalaria o los especialistas particulares, ya sea que obren por cuenta de las EPS o como agentes alternos, para que se entienda cumplido el cometido de éstas dentro del marco de la Ley 100 de 1993 y las demás normas complementarias, toda vez que su compromiso se extiende a propender porque se logren evitar las afecciones previsibles y superar satisfactoriamente los padecimientos detectados, todo ello con prontitud y brindándole al paciente un trato acorde con la dignidad humana.

Esa situación se evidencia incluso en el Decreto 1485 de 1994, por el cual se regula la organización y funcionamiento de las Entidades Promotoras de Salud y la protección al usuario en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, que en su artículo 2º recalca que las EPS son «**responsables**» de «[a]dministrar el riesgo en salud de sus afiliados, procurando disminuir la ocurrencia de eventos previsibles de enfermedad o de eventos de enfermedad sin atención, evitando en todo caso la discriminación de personas con altos riesgos o enfermedades costosas en el Sistema», además de «[o]rganizar y garantizar la prestación de los servicios de salud previstos en el Plan Obligatorio de Salud, con el fin de obtener el mejor estado de salud de sus afiliados con cargo a las Unidades de Pago por Capitación correspondientes», por lo cual deben gestionar y coordinar la oferta de servicios de salud, directamente o a través de la contratación con IPS y profesionales de la salud, implementar sistemas de control de costos, informar y educar a los usuarios para el uso racional del sistema y establecer procedimientos de garantía de calidad para la atención integral, eficiente y oportuna de los usuarios en las instituciones prestadoras de salud (literales b. y d.).

Esa normatividad vista en conjunto despeja cualquier duda en cuanto a una participación restringida y limitada de las Entidades Promotoras de Salud, como si se tratara de unas meras captadoras de afiliados y gestoras en el manejo de los recursos, ya que su labor se extiende a lograr el cumplimiento cabal de los fines primordiales del sistema de seguridad social de «prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia» frente a los riesgos que atentan contra la salud de los usuarios.

Y, en la sentencia CSJ SC3919-2021, se dijo:

SaludCoop así mismo arguyó que no le son imputables las fallas de los actos médicos desplegados por la IPS enjuiciada, a más de que no existe solidaridad entre esta y la EPS; sin embargo, para

desvirtuar esa argumentación basta recordar que sobre esas temáticas la Corte tiene dicho que:

(...) la prestación de los servicios de salud garantizados por las Entidades Promotoras de Salud (EPS), no excluye la responsabilidad legal que les corresponde cuando los prestan a través de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) o de profesionales mediante contratos reguladores sólo de su relación jurídica con aquéllas y éstos. Por lo tanto, a no dudarlo, la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuna, lesiva de la calidad exigible y de la *lex artis*, compromete la responsabilidad civil de las Entidades Prestadoras de Salud y prestándolos mediante contratación con Instituciones Prestadoras de Salud u otros profesionales, **son todas solidariamente responsables por los daños causados, especialmente, en caso de muerte o lesiones a la salud de las personas.** (CSJ SC de 17 nov. 2011, rad. 1999-00533-01, reiterada en SC8219 de rad. 2003-00546. Destacado extraño).

En atención a esos antecedentes, se concluye que el Tribunal no erró, cuando concluyó que Salud Total era solidariamente responsable en el pago de los perjuicios causados a la señora Giraldo Botero, pues, como se vio, las obligaciones encargadas a la EPS, no se limitan a diligenciar un formulario, sino que es su deber, velar y alcanzar la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia; de ahí, que ante una deficiente prestación del servicio de salud, debe responder, en la forma como lo determinó el juez de la apelación e implica, que no cometió el desvío interpretativo imputado en la acusación.

Además, no se desconoce que la decisión censurada se remitió a la Ley 1122 de 2007, que ciertamente no estaba vigente cuando sucedieron los hechos que generaron esta causa – 2004-, pero esa situación no significa que se hubiera incurrido en su aplicación indebida, porque antes de referirse

a esa normativa, concluyó, con sustento en las disposiciones de la Ley 100 de 1993 que analizó y a las que otorgó una adecuada exégesis, que la EPS debía, igualmente, responder de forma solidaria.

Para la Sala, la mención, que en la decisión se hizo sobre esa normativa, solo se realizó para ilustrar acerca de las obligaciones de las entidades promotoras de salud que, en todo caso, están vigentes desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ya que estas le indican que debe actuar como garante de la prestación del servicio médico solicitado por sus afiliados; escenario que descarta, también, la vulneración intentada sobre los artículos 1568 y 1738 del Código Civil, pues tanto la IPS, como la EPS, tenían la obligación de prestar, bajo los principios señalados en la Ley de Seguridad Social Integral, un adecuado servicio de salud, descartando también el error que se dice cometió sobre el artículo 1568 de la misma obra siendo viable agregar el 2344 *ib.* es eficaz para todo tipo de responsabilidad, donde confluyeron varios agentes²³.

Por lo visto, el cargo no prospera.

XIX. CARGO SEGUNDO (JUAN GUILLERMO COLONIA GUTIÉRREZ)

²³ Sentencia de casación CSJ SC2769-2020.

Denuncia el fallo por la vía directa, a causa de la aplicación indebida de los artículos 1494, 1568, 1571, 1579 y 2344 del Código Civil.

Sostiene que en el numeral segundo de la parte resolutive se le condenó, junto con la EPS y la Clínica de la Presentación, a «reconocer a los demandantes» las sumas de dinero objeto de la condena, obviando que fue vinculado al proceso como llamado en garantía, lo que impedía que fuera condenado de forma directa al pago de la indemnización y que, además, se le conminara a «pagar el monto de las prestaciones debidas a los demandantes y que reconozca la EPS Salud Total S. A.».

Plantea, que el fundamento de la decisión, en lo que atañe al cargo, fue que el médico es responsable solidariamente con la EPS y la IPS como integrantes del sistema de salud.

Acepta, que, en teoría, todos los que confluyen o contribuyen a la causación de un daño son solidariamente responsables, como lo establece el artículo 2344 del Código Civil.

Señala, que la solidaridad por pasiva, traducida al campo de la responsabilidad civil, implica que la víctima escoja libremente a cuál o cuáles de los llamados a responder le reclamará el pago de la indemnización, sin que la pueda sustituir el juez en esa labor.

Itera, que al haber sido vinculado al proceso como llamado en garantía y no como demandado, no debió ser condenado directamente al pago de la indemnización y se remite al artículo 57 del Código de Procedimiento Civil, vigente para la época en que se hizo el llamamiento, que indica que cuando un demandado llama en garantía, la obligación de este no es directa frente a los promotores del litigio, sino que es de regreso o de restitución total o parcial frente a las sumas a las que quede obligado el llamante.

Subraya, que las sentencias del 28 de septiembre de 1977 de la Sala Civil de esta Corporación; del 8 de agosto de 2013, expediente 11001-3103-003-2001-01402-01 y CSJ SC15996-2016 indicaron claramente que cuando el demandante formula sus pretensiones en contra del demandado, este es quien debe responder, mientras que el llamado en garantía, que se vincula al proceso por iniciativa del demandado, solo debe restituirle total o parcialmente al enjuiciado el valor que hubo de pagar por la condena.

Encuentra que:

[...] el Tribunal se equivocó al haber condenado directamente a Juan Guillermo Colonia al pago de la indemnización a favor de los demandantes, pues ellos no formularon pretensiones en su contra, sino en contra de Salud Total y en contra de las Hermanas de la Caridad Dominicanas de la Presentación de la Santísima Virgen — Clínica de la Presentación de Manizales. Y esa equivocación partió de una indebida interpretación de las normas que regulan la solidaridad incorporadas en el Código Civil, específicamente, de los artículos 1568, 1571, 1579 y 2344 del Código Civil, pues una cosa es que entre todos los que supuestamente han causado un daño sean solidariamente responsables y otra muy diferente es que a que el deudor solidario que no fue directamente demandado le sea impuesta una condena.

Agrega lo siguiente:

[...] a pesar de tener por cierto el Tribunal que Juan Guillermo Colonia no fue demandado sino llamado en garantía, por una equivocada interpretación de las normas que regulan la solidaridad decidió que debía responder directamente frente a los demandantes y no que su obligación era simplemente la de restituirle a su llamante proporcionalmente el pago de la condena, tal y como claramente lo enseñaba el entonces vigente artículo 57 del Código de Procedimiento Civil. El error hermenéutico es, entonces, ostensible, pues el hecho de que Juan Guillermo Colonia pudiese ser eventualmente responsable solidariamente del perjuicio irrogado a los demandantes, no lo obliga a indemnizarlos directamente si ellos en su contra no formularon demanda alguna, motivo por el cual se equivocó el Tribunal al haberle impuesto la obligación de responder por dicha condena, como se evidencia en el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia del 6 de septiembre de 2013.

Advierte que, por lo dicho, el *ad quem* debió:

[...] imponer condena a los demandados y obligar al llamado en garantía a restituir proporcionalmente a Salud Total (llamante) el valor de lo que ésta terminare pagando a los demandantes. El desquiciamiento de la decisión en este punto es ostensible y es fruto de una indebida hermenéutica de las normas que regulan la solidaridad en materia de obligaciones, pues por más que un deudor sea solidario respecto del pago de la prestación debida, si el acreedor no lo demanda, no puede el juez obligarlo al pago de la prestación pues estaría sin autorización legal sustituyendo la voluntad del acreedor.

Concluye con el siguiente argumento:

[...] el yerro del Tribunal, producto de una mala interpretación de las normas sustanciales que regulan la solidaridad, consistió en condenar directamente a Juan Guillermo Colonia, cuando lo que ha debido hacer es disponer que solamente estaba obligado a reembolsar a Salud Total la cuota, parte o porción que le correspondiera [sic] al tenor de lo dispuesto por el artículo 1579 del Código Civil, motivo por el cual deberá casarse parcialmente el fallo recurrido y, en su lugar, modificarse el numeral segundo de la sentencia en el sentido de excluir de responsabilidad directa a Juan Guillermo Colonia y, por ende, limitar dicha responsabilidad al reembolso a favor de Salud Total

EPS en la cuota correspondiente al tenor de lo ordenado por dicha norma sustancial.

XX. RÉPLICA

Salud Total dice que el ataque se alude a la aplicación indebida de varias disposiciones, pero, al desarrollarlo se refiere a ellas, por su errada intelección. Advierte, en todo caso, que el Tribunal no se equivocó cuando, condenó de manera directa al señor Colonia, porque, aun cuando no fue demandado, no se extinguió la obligación que el profesional de la medicina tenía frente a aquellos.

XXI. CONSIDERACIONES

A la opositora no le asiste razón en las glosas técnicas que le atribuye a la acusación, pues para la Sala es claro que el reproche realizado a la sentencia de segunda instancia es que se hubiera emitido condena, de forma directa, al señor Colonia Gutiérrez, pese a que fue vinculado como llamado en garantía.

Para resolver ese cuestionamiento se observa que el *ad quem*, advirtió que, en primera instancia, se accedió a la intervención del recurrente, en virtud de una denuncia del pleito; sin embargo, sostuvo, que en verdad la figura procesal, para convocarlo, fue la denominada llamamiento en garantía, ya que,

Se vinculó al proceso como tercero responsable de pago de los eventuales perjuicios ocasionados con su actividad médica, y en virtud de los cuales responderían las entidades de seguridad

social demandadas por créditos de carácter personal y no real como los que caracteriza la denuncia del pleito.

Luego, en el acápite destinado a resolver sobre ese llamamiento, se atuvo a los principios de unidad del sistema y de vinculación de entidades de seguridad social y su personal médico, concluyendo, que el aquí impugnante también era llamado a responder por los agravios causados a los demandantes, situación que trasladó a la parte resolutive de la sentencia, en el numeral segundo.

Lo visto implica que el Tribunal, pese a tener al censor en la forma antes dicha, le impuso condenas en forma directa, como si hubiera sido demandado de manera principal y solidaria por los reclamantes, cuando estos no dirigieron su reclamo contra esta persona natural, siendo que ellos tienen la posibilidad de demandar a uno o varios de los que estime obligados.

De ahí, que si la vinculación fue como llamado en garantía, la orden que debió formularse, solamente consistía en el reembolso del pago que la entidad que se sirvió de esa figura, debiera hacer en atención a los resultados de la sentencia.

Por lo expuesto, el cargo prospera y se casará la sentencia únicamente en cuanto en su numeral segundo integró como solidario al señor Juan Guillermo Colonia Gutiérrez para el pago de las condenas impuestas a la EPS Salud Total S. A. y a las Hermanas de la Caridad Dominicanas

de la Presentación de la Santísima Virgen- Clínica de la Presentación-Manizales, en favor de los demandantes.

Costas en el recurso extraordinario a cargo de Las Hermanas de la Caridad Dominicanas de la Presentación de la Santísima Virgen S. A. y de Salud Total S. A. y a favor de los demandantes. Como agencias en derecho se fija la suma de \$9.400.000 que deberá incluirse en la liquidación que practique el juez de primera instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

Sin costas a cargo de Juan Guillermo Colonia Gutiérrez, al salir avante el recurso extraordinario.

En **sede de instancia**, se modificará el numeral segundo de la sentencia del Tribunal, para excluir al señor Juan Guillermo Colonia Gutiérrez de la solidaridad con la con la EPS Salud Total S. A. y las Hermanas de la Caridad Dominicanas de la Presentación de la Santísima Virgen - Clínica de la Presentación-Manizales, en el pago de las sumas de dinero allí expresadas, a favor de los demandantes. Se confirmará en lo demás.

Costas en segunda instancia como se precisó en ella.

XXII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia

dictada el seis (6) de septiembre de dos mil trece (2013) por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **SONIA GIRALDO BOTERO** y **HERNEY EDUARDO DUQUE ARISTIZÁBAL**, en nombre propio y en representación de sus hijos **M. P. D. G.** y **J. D. D. G** contra las **HERMANAS DE LA CARIDAD DOMINICAS DE LA PRESENTACIÓN DE LA SANTÍSIMA VIRGEN** y **SALUD TOTAL S. A. EPS**, juicio en el que se llamó en garantía a **LIBERTY SEGUROS S. A.** y se denunció el pleito frente a **JUAN GUILLERMO COLONIA GUTIÉRREZ**, en cuanto en su numeral segundo integró como solidario al señor Juan Guillermo Colonia Gutiérrez para el pago de las condenas impuestas a la EPS Salud Total S. A. y a las Hermanas de la Caridad Dominicás de la Presentación de la Santísima Virgen- Clínica de la Presentación-Manizales, en favor de los demandantes. **Se confirma en lo demás.**

En **SEDE DE INSTANCIA** se modifica el numeral segundo de la sentencia del Tribunal, para excluir al señor Juan Guillermo Colonia Gutiérrez de la solidaridad con la EPS Salud Total S. A. y a las Hermanas de la Caridad Dominicás de la Presentación de la Santísima Virgen- Clínica de la Presentación-Manizales, en el pago de las sumas de dinero allí expresadas, a favor de los demandantes.

Costas como se dijo en la parte motiva.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

SANTANDER RAFAEL BRITO CUADRADO

CECILIA MARGARITA DURÁN UJUETA

IMPEDIDO

CARLOS ARTURO GUARÍN JURADO