



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil diez (2010).

Proceso: **ORDINARIO**
Radicación: **110013103020-2006-00625-01**
Demandantes: **ANDRÉS FRANCISCO LA TORRE TAYLOR**, en nombre y representación propios, y de **JERÓNIMO LA TORRE BALAGUERA**.
Demandados: **AMARIS JIMÉNEZ CIRUGÍA Y ESTÉTICA E.U.** (ahora **CIRUQUÁLITAS S.A.S.**), **HUGO YESID BALAGUERA HERRERA** y **FREDY ALBERTO PINTO BORDA**.

Magistrada Ponente: **JULIA MARÍA BOTERO LARRARTE**

Discutida y aprobado en Sala Civil de Decisión de 28 de julio de 2010.

Decídese el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 13 de agosto de 2009 por la Jueza Vigésima Civil del Circuito de esta ciudad, en el presente asunto.

ANTECEDENTES

1. Pidió el demandante, en la forma anunciada, declarar que los demandados son solidariamente responsables por la muerte de la señora Yudy Elizabeth Balaguera Herrera, acontecida el 13 de abril de 2005. Consecuentemente, sean condenados a pagar las siguientes cantidades, a título de lucro cesante y daño moral, respectivamente: (i) trescientos noventa y un millones setecientos ochenta y ocho mil doscientos pesos (\$391'788.200,00) y cien salarios mínimos legales mensuales vigentes (100 smlmv) para el señor La Torre Taylor, cónyuge supérstite, y (ii) ciento cincuenta y un millones novecientos dieciocho mil cuatrocientos pesos (\$151'918.400,00) y 100 smlmv en favor del niño La Torre Balaguera; sumas debidamente actualizadas; señalar el plazo para el pago e imponer condena en costas a los demandados.

2. El fundamento fáctico de las pretensiones consiste en que el día aludido murió la señora Yudy Elizabeth Balaguera Herrera, esposa y madre de los demandantes, respectivamente, debido a complicaciones presentadas durante el procedimiento quirúrgico de liposucción y lipoinyección glútea a que fue sometida en la Institución Prestadora del Servicio de Salud (IPS) demandada, suceso que consistió en "*embolismo graso durante el procedimiento...*" (fl. 43, C. 1), no obstante haber cumplido las indicaciones y gozar de buen estado de salud para cuando fue sometida a dicha operación.

Añadió que fueron los demandados Hugo Yesid Herrera Balaguera, hermano de la difunta, y Fredy Alberto Pinto Borda, los médicos encargados del



procedimiento, mientras que como anesthesióloga intervino la médica Nancy Blanco, quienes procedieron *“sin obtener el consentimiento informado acerca del alcance de la cirugía y de los riesgos que ésta conllevaba”* (fl. 44, *ibíd.*), incumplieron el deber de informar suficientemente a la paciente de los riesgos de tal procedimiento médico, particularmente porque *“... las autorizaciones calendadas el 13 de abril de 2.005 para intervenciones quirúrgicas y para procedimientos anestésicos,... son falsas, con burda y coruscante falsedad por lo menos en lo que se refiere a la presencia, como testigo, de la señora GLORIA HERRERA,...”* (*ídem*), quien aparentemente firmó la autorización en el centro médico, pero ni la suscribió ni estuvo allí, razón por la cual manifestó el gestor judicial de los actores que *“desde ahora tacho de falsos [sic] las copias”* (*ídem*) contentivas de tales permisiones. Además, el Dr. Hugo Balaguera Herrera, en tanto que es hermano de la finada, *“violó la prohibición legal de prestar sus servicios profesionales a personas de su familia”* (fl. 45, *ibídem*).

Finalmente, apuntó que la difunta Balaguera Herrera tenía una probabilidad de supervivencia de cincuenta y dos punto sesenta y nueve (52.69) años, convivía en su hogar con los demandantes, por tanto, su deceso les produjo a éstos *“profundo dolor, desequilibrio emocional, perturbaciones anímicas y total desconcierto,... difícil de superar”* (fl. 46, *ibíd.*), así como les privó de los beneficios de orden económico que les prodigaba su consorte y progenitora, respectivamente, teniendo en cuenta que para el momento en que devino su muerte se desempeñaba como gerente de una estación de servicio de combustibles y dedicaba por lo menos el ochenta por ciento (80%) de sus ingresos a las necesidades familiares (fls. 40 a 52, *ibíd.*).

3. La oposición se presentó así:

3.1. Hugo Yesid Balaguera Herrera¹, mediante apoderado judicial se opuso a las pretensiones; sobre los fundamentos fácticos, afirmó en síntesis que el deceso de Yudy Elizabeth Balaguera Herrera no se originó por mala *praxis* médica ni por la realización de un procedimiento quirúrgico que expusiera a un mayor riesgo a la paciente, sino que se debió a una *“complicación de carácter irresistible, como lo es el embolismo graso masivo, patología que a pesar de haber sido atendida oportuna y dedicadamente por el Doctor HUGO BALAGUERA, causo [sic] la muerte de la paciente...”* (fl. 107, *ibíd.*), sin que haya mediado acción u omisión de este emplazado; añadió que si bien es cierto que la señora Gloria Herrera no firmó como testigo la autorización contenida en el documento atacado por los demandantes, esta circunstancia ocurrió porque *“no pudo llegar oportunamente a su firma antes de la intervención”* (fl. 101, *ibíd.*) por lo cual otra persona suscribió el espacio previsto para ella, pero no fue objeto de falsificación o adulteración; enfatizó que la paciente *“conocía a plenitud las características y los riesgos del procedimiento”* (*ídem*); negó que exista prohibición que no permita que un profesional de la salud *“atienda, diagnostique e intervenga a un familiar”* (fl. 102, *ibíd.*); y ultimó precisando que la probabilidad de vida de la paciente era de cincuenta punto sesenta y cuatro (50.64) años.

Fundado en esta plana fáctica, además de la excepción perentoria *“genérica”*, formuló las que intituló *“inexistencia de la obligación a cargo de mí representado por adecuada practica [sic] médica – cumplimiento de la Lex Artis”*,

¹ Notificado personalmente el 2 de febrero de 2007 (fl. 61, C. 1).



como principal; “ausencia de responsabilidad” e “indebida tasación de perjuicios” (fls. 98 a 114, *ibíd.*).

3.2. Amaris Jiménez Cirugía y Estética E.U.², afirmó que la cirugía fue programada por el médico Balaguera, por tanto, “es un hecho independiente de la IPS” (fl. 139, *ibíd.*), consecuentemente, no era obligación de dicha institución obtener el consentimiento informado de la paciente, amén que no tiene relevancia el hecho de que la firma de la testigo Gloria Herrera no coincida, pues la paciente “era una mujer adulta, consiente, capaz de autogobernarse y de tomar decisiones por ella misma, es decir, no necesitaba la presencia de ningún tipo de testigo para decidir ser llevada a cirugía en manos de su propio hermano...” (fl. 143, *ibíd.*), y manifestó que, al margen de lo anterior, lo cierto es que se otorgó el consentimiento informado a los médicos tratantes “... **y que además dicha obligación fue supervisada por la IPS AMARIS JIMENEZ...**” (fl. 144, *ibíd.*), y refirió no constarle los demás fundamentos fácticos.

Así, formuló como excepciones de mérito las que denominó (i) “inexistencia de vínculo entre los cirujanos y la Clínica ‘Amaris Jiménez Cirugía y Estética EU’”, (ii) “ausencia de culpa institucional”, (iii) “ausencia de responsabilidad de la IPS AMARIS JIMENEZ CIRUGIA Y ESTETICA EU”, (iv) “ruptura del nexo causal por la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor”, (v) “temeridad y mala fe en la demanda”, fundada ésta en que “es evidente que ningún médico podría ser mas [sic] cuidadoso, mas [sic] prudente y diligente que quien se ocupa de su propia hermana,...” (fl. 150, *ibíd.*) y (vi) “genérica” (fls. 139 a 154, *ibíd.*).

3.3. Freddy Alberto Pinto Borda³, se opuso a las pretensiones, alegó que su participación en el procedimiento quirúrgico fue sólo “brindar asistencia” (fl. 189, *ibíd.*), la investigación penal cesó en favor de los médicos porque el procedimiento se ajustó a la *lex artis*, se presentó la complicación consistente en “embolismo graso”, la cual fue tratada debidamente por los especialistas y arguyó que las afirmaciones de los demandantes sobre el consentimiento informado son “evidentemente temerarias” (fl. 190, *ibíd.*).

Con estribo en esto, opuso como excepciones de mérito: (i) “genérica”, (ii) “inexistencia de culpa” por adecuada práctica médica y (iii) “causa extraña – caso fortuito. Inexistencia de nexo causal entre la conducta del médico y la complicación sufrida por el paciente” (fls. 188 a 195, *ibíd.*).

4. La parte demandante, al descorrer el traslado de las excepciones perentorias formuladas por los demandados, insistió en sus argumentos fácticos iniciales y precisó que el régimen de responsabilidad en casos como el presente es objetivo, así como que el “embolismo graso” no es un riesgo imprevisible sino común, tanto que hace parte de los que se informan “y es esto lo que no se advirtió a la paciente. De haberlo advertido, la decisión de la paciente de aceptar el riesgo sería tanto como tomar la decisión de suicidarse” (fls. 197 a 203, *ibíd.*).

5. En la audiencia prevista por el artículo 101 del C. de P. C., tras resultar infructuoso el intento conciliatorio, se saneó el procedimiento en el sentido de

² Notificada a través de su representante legal el 6 de febrero de 2007 (fl. 62, *ibídem*).

³ Se notificó personalmente el 17 de abril de 2007, mediante apoderado especial (fls. 161 y 162, *ibíd.*).



aclarar que el demandante La Torre Taylor funge como tal en nombre y representación propios, así como de su menor hijo Jerónimo La Torre Balaguera (fls. 213 a 216, *ibíd.*).

6. Mediante proveído de 11 de septiembre de 2007 se abrió el trámite a pruebas (fls. 217 a 220, *ibíd.*), vencido el período probatorio, el 13 de noviembre de 2008 se corrió traslado para alegaciones finales, que fue descorrido por todas las partes (fls. 253 a 288, *ibíd.*).

LA SENTENCIA APELADA

Tras teorizar sobre la responsabilidad médica, apuntó que ésta puede ser contractual o extracontractual. Ubicó el asunto en la perspectiva de aquélla, porque *“recae en la falta de un consentimiento informado”* (fl. 297, *ibíd.*) y analizó sus elementos, así: sobre el hecho, apuntó que los demandantes no contrataron la prestación del servicio médico sino la paciente de manera directa, pues el presupuesto fáctico consiste en la falta de consentimiento informado; acerca del daño, también lo halló acreditado en virtud de la muerte de la señora Balaguera Herrera, cónyuge y madre de los demandantes.

Luego de esto, descendió a los elementos de la responsabilidad y culpabilidad, sostuvo que si bien es cierto la cirugía estética implica obligaciones de resultado, en el caso de la especie *“se trataba de una obligación de medio pues... de manera alguna la discusión gira entorno a la eficacia en sí de la intervención sino en la ausencia...”* (fl. 299, *ibíd.*) del consentimiento informado. Conceptuó respecto del acto médico y planteó que en estos casos la responsabilidad se origina en obligaciones de medio, pero *“de máximo cuidado y... va hasta el máximo grado de culpa, como es la levísima”* (fl. 300, *ibíd.*).

Anotó al seguir, que la carga de la prueba en este tipo de circunstancias reviste un alcance especial, pues requiere que el médico, quien está en posesión de los elementos técnicos y científicos, pruebe que obró con debida diligencia y cuidado, citó al punto un precedente contencioso administrativo y concluyó que corresponde al profesional emplazado probar que cumplió las obligaciones inherentes al acto médico; en esta perspectiva, descendió a las pruebas, así: (i) mediante los documentos visibles a folios 19 y 20, copia de la historia clínica y de los servicios prestados por la Clínica, estimó probada la legitimación; (ii) luego destacó las certificaciones sobre la idoneidad del médico Freddy Alberto Pinto Borda y el cumplimiento por parte de Amaris Jiménez Cirugía y Estética E.U. de los requisitos para IPS de conformidad con los exigidos por la Secretaría de Salud, así como las pruebas trasladadas de la investigación penal iniciada por el hecho, particularmente el dictamen pericial sobre anestesiología emitido por la Universidad Nacional de Colombia; (iii) resaltó que los demandantes dijeron que las autorizaciones para procedimientos quirúrgicos eran falsas, mas *“... no ejerció ninguna actividad probatoria tendiente a demostrar sobre [sic] la idoneidad de dichos documentos...”* (fl. 303, *ib.*), lo que les da mérito probatorio.

Más adelante, (iv) del interrogatorio practicado al demandado Hugo Yesid Balaguera Herrera y del testimonio de Gloria Elizabeth Herrera de Balaguera extrajo que la paciente si fue suficientemente informada, versiones a las que dio



alta credibilidad, dado que el relato fue en “*expontaneidad*” (*ibídem*, sic), al paso que descartó la sospecha por el grado de parentesco entre el emplazado y la deponente por la falta de elementos de juicio que minen dicha credibilidad; (v) de las versiones de Luisa Fernanda Mora Guzmán y Marcela López Hernández concluyó que no existieron anomalías, deficiencias, negligencia o impericia en el procedimiento.

De todo lo anterior, consideró que no es imputable culpa alguna a la conducta de los demandados, pues amén de que cumplieron con sus obligaciones propias del arte médico, particularmente las relativas a la información y consentimiento, pericia médica y diligencia; acreditaron ser profesionales registrados e idóneos, contar con personal e instalaciones adecuados para operaciones como la que originó las pretensiones, y haber sido diligentes, tanto que luego de la complicación quirúrgica sucedida “... *la reanimaron y fue remitida a la Clínica...*” (fl. 305, *ib.*); añadió que los demandantes no probaron su alegación consistente en que la paciente Balaguera Herrera no otorgó su consentimiento para la intervención y que la parte emplazada si demostró que el procedimiento “... *fue idóneo y diligente, que no había otro... con mejores resultados que el que empleó*” (fl. 306, *ib.*).

Negó entonces las pretensiones, ordenó el archivo del proceso y condenó en costas a los demandantes (fls. 289 a 307, *ibíd.*).

EL RECURSO

1. La parte demandante concretó en dos razones su inconformidad con la sentencia de primera instancia. *El primero*, porque la Jueza *a quo* ubicó el asunto en la perspectiva de la responsabilidad contractual, por el contrario, arguyó que las súplicas se edificaron en la óptica extracontractual; *el segundo*, que la sentenciadora omitió que la acusación contra los médicos se basó en “*haber OMITIDO INFORMACION SUFICIENTE A LA PACIENTE ACERCA DE LOS RIESGOS...*” (fl. 4, C. 4), aspecto en el que critica que la juzgadora sólo analizó formalmente el documento que recogió el consentimiento informado, mas no tuvo en cuenta que “*el consentimiento obtenido no es lo suficientemente ilustrado; se pudo haber advertido a la paciente que era posible que se presentara un EMBOLISMO GRASO, más ello no bastaba, máxime cuando la cirugía a practicarse no era necesaria, sino apenas una cirugía conocida como ‘de satisfacción’, o de estética, caso en el cual la obligación de informar los riesgos es mucho más rigurosa,...*” (*ídem*), punto en que añadió que “*los señores médicos callaron este aspecto, o al menos omitieron advertirlo en toda su extensión...*” (*ídem*) y anotó: “*me atrevo a pensar, que una persona del nivel de escolaridad de la víctima, con unos vínculos familiares de afecto, no sólo a su hijo y esposo sino también a sus padres y hermanos, no habría prestado su consentimiento ante el máximo riesgo de perder su vida*” (fl. 5, *ibídem*).

Posteriormente, pero en oportunidad, añadió un tercer argumento, consistente en que la Jueza *a quo* ignoró “*los escritos de contestación a la demanda, de excepciones y las declaraciones que los demandados expusieron ante la Fiscalía*” (fl. 9, *ibíd.*), y volvió a la ausencia de consentimiento informado, pues adujo que debió informarse que el “*embolismo graso*” se estima como la



primera causa de muerte en caso de liposucción y que es una complicación irreversible, irresistible y de altos índices de mortalidad; e iteró los demás argumentos (fls. 8 a 12, *ibíd.*).

2. Amaris Jiménez Cirugía y Estética E.U., ahora Ciruquálitas S.A.S. (fls. 16 a 20, C. 4), Hugo Yesid Balaguera Herrera (fls. 21 a 24, *ibíd.*), y Fredy Alberto Pinto Borda (fls. 25 a 29, *ibíd.*) duplicaron los argumentos expuestos en la sustentación del recurso y pidieron confirmar la sentencia de primer grado.

CONSIDERACIONES

1. Están reunidos los presupuestos procesales, no existe causal de impedimento, las garantías procesales de las partes fueron respetadas y el procedimiento correctamente adelantado, así que la Sala definirá esta instancia.

1.1. Es pertinente acotar en el umbral que la especialidad civil de la jurisdicción ordinaria si es competente para desatar litigios relativos a la responsabilidad civil médica, salvo la asignada a la jurisdicción contencioso administrativa y a la especialidad laboral de la común en lo relativo al régimen económico, prestacional y asistencial de la seguridad social que tiene origen en la Ley 100 de 1993. Sobre esta cuestión, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia doctrinó en reciente oportunidad:

“Naturalmente, la jurisdicción ordinaria laboral y de seguridad social, conoce de los asuntos en los cuales se involucre la responsabilidad inherente a la seguridad social integral en los términos concebidos por el legislador y, es el derecho a la seguridad social la materia disciplinada en la Ley 100 de 1993 y son las controversias sobre el régimen de prestaciones económicas, de salud y servicios complementarios, las de conocimiento de los jueces laborales, sin extenderse a aspectos diversos reservados privativamente a otros, desde luego que la responsabilidad médica legal civil, estatal o incluso penal, ontológica y funcionalmente, es diferente de la dimanada de la seguridad social.

Es que la hermenéutica abstracta, general, omnicomprensiva y más allá del contexto de la norma, su noción, finalidad, objetivos, componentes y precisa asignación, extendería por la unidad del sistema, la competencia a toda controversia cualquiera sea su naturaleza, incluida, claro está la inherente a la responsabilidad civil, estatal, penal, lo cual, desborda el sentido y alcance prístino del precepto.

Bajo estos parámetros, la inteligencia genuina de la locución seguridad social integral, concebida como el conjunto armónico de sujetos públicos y privados, normas y procedimientos inherentes a los regímenes de pensiones, salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios definidos por el legislador para procurar la efectiva realización de los principios de solidaridad, universalidad y eficiencia enunciados en el artículo 48 de la Constitución Política y desarrollados por la Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias, no comprende la atribución de competencias a los jueces ordinarios laborales, más que de estos asuntos, sin involucrar la responsabilidad médica civil, estatal o penal, siendo evidente, la competencia de esta Sala para decidir el recurso de casación.

En suma, la Sala, reitera íntegra su jurisprudencia sobre la competencia privativa, exclusiva y excluyente de la jurisdicción civil para conocer de los asuntos atañedores a la responsabilidad médica, con excepción de los atribuidos a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y a la jurisdicción ordinaria laboral en materia de seguridad social integral, en cuanto hace exclusivamente al régimen económico prestacional y asistencial consagrado en la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones complementarias. (sublínea ajena al original)”⁴.

De manera que no hay duda acerca de que la jurisdicción y la competencia como presupuestos procesales que concurren en el caso de la especie.

⁴ C. S. J., Sent. Cas. Civ., 4-05-2009, exp. # 05001-3103-002-2002-00099-01, M. P.: Dr. William Namén Vargas.



2. A pesar de lo etéreo de la sustentación de la alzada, pues de manera genérica critica la parte actora la sentencia de primer grado por haber ubicado el asunto en la perspectiva de la responsabilidad contractual, omitido que el consentimiento no fue suficientemente informado y los escritos de contestación de la demanda y réplica a las excepciones de mérito, sólo en garantía del derecho a la impugnación, haciendo un esfuerzo por interpretar la débil labor dialéctica acometida por el gestor judicial de la parte recurrente, procede esta Colegiatura a referirse a todos y cada uno de los puntos expuestos, en el orden anunciado.

2.1. Tipificación de la responsabilidad pretendida.

Para la Sala es claro que las pretensiones no podían salir avante en el presente caso, ya en la óptica de la responsabilidad contractual ora en la hipótesis extracontractual, por las razones que se explicitarán al hacer referencia al consentimiento informado (*infra*, § 2.2).

2.1.1. En cuanto a la responsabilidad civil médica se ha planteado que puede ser contractual o extracontractual.

2.1.1.1. De manera que, quien suplique la declaratoria de responsabilidad contractual debe acreditar como presupuestos: (a) la existencia de un contrato, “... o de una obligación negocial surgida entre las partes”⁵, (b) que el demandante haya cumplido, o cuando menos, haya estado dispuesto a hacerlo, y (c) que el demandado haya incumplido, total o parcialmente, lo que se infiere de una interpretación armónica de las normas contenidas en los artículos 1496, 1546, 1602, 1603, 1604 y 1609 del Código Civil.

Entonces, la responsabilidad civil médica será contractual toda vez que la relación surja de un acuerdo de voluntades, mediante el cual se cree un negocio jurídico que bien puede tomar la forma de un mandato, arrendamiento de servicios, contrato de obra, contrato de trabajo, o un contrato de prestación de servicios, entre otros⁶.

2.1.1.2. Por otro lado, son elementos que estructuran la responsabilidad extracontractual, entendiéndose por tal la que no se origina en un contrato “o de una obligación negocial surgida entre las partes”: (a) un hecho atribuible a una persona, (b) un factor de imputación, que puede ser subjetivo u objetivo, según el caso, (c) el daño y (d) la relación de causalidad, igualmente objetiva.

2.1.1.3. La jurisprudencia civil ha considerado que, al margen de la causa contractual o extracontractual de la pretensión indemnizatoria, es preciso

⁵ Cfr., entre otras, C. S. J., Sent. Cas. Civ., 10-12-1999, exp. # 5277, M. P.: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Igualmente ha puntualizado la Corte que para fijar la relación negocial, si es menester, el Juzgador debe acudir a las reglas de interpretación de los contratos.

⁶ C. S. J., Sent. Cas. Civ., 26-11-1986, M. P.: Dr. Héctor Gómez Uribe, oportunidad en que la Corte sostuvo que “es verdad incuestionable que la responsabilidad de los médicos es contractual, cuando las obligaciones que ellos asumen frente a sus pacientes se originan en el contrato de servicios profesionales, siendo aplicables, por tanto, las normas del título XII del libro 4° del CC, sobre efectos de las obligaciones y no las relativas a la responsabilidad extracontractual por el delito o la culpa de quien causa daño a otro”.

Cfr., C. S. J., Sent. Cas. Civ., 19-12-2005, exp. # 05001-31-03-000-1996-05497-01, M. P.: Dr. Pedro Octavio Munar Cadena.



demostrar la culpa del médico en la prestación de su servicio profesional⁷, pues “ciertamente, el acto médico y quirúrgico muchas veces comporta un riesgo, pero éste, al contrario de lo que sucede con la mayoría de las conductas que la jurisprudencia ha signado como actividades peligrosas en consideración al potencial riesgo que generan y al estado de indefensión en que se colocan los asociados, tiene fundamentos éticos, científicos y de solidaridad que lo justifican y lo proponen ontológica y razonablemente necesario para el bienestar del paciente, y si se quiere legalmente imperativo para quien ha sido capacitado como profesional de la medicina, no sólo por el principio de solidaridad social que como deber ciudadano impone el artículo 95 de la Constitución, sino particularmente, por las ‘implicaciones humanísticas que le son inherentes’, al ejercicio de la medicina, como especialmente lo consagra el artículo 1º parágrafo 1º de la Ley 23 de 1981” (énfasis con sublínea fuera del texto).

2.1.1.4. En reciente oportunidad, avanzando en el criterio, el precedente civil aclaró que el principio de relatividad negocial, según el cual el negocio jurídico sólo vincula a quienes son parte de él (C. C., artículos 1494, 1495, 1502, 1506, 1507 y 1602⁸), no puede llegar al punto de impedir la reparación del daño inmotivado. Efectivamente, precisó esto la Corte en los siguientes términos:

“No obstante, es pertinente memorar que la Corte, en su prístino propósito de administrar y lograr la justicia, sin desconocer la dicotomía normativa entre la responsabilidad contractual y extracontractual por sus directrices o reglas jurídicas diferenciales (cas. civ. 30 de octubre de 1915, num. 1953, p. 118 ss.; cas. civ. 31 mayo 1938, XLVI, p. 572 ss.; 25 de noviembre de 1938, XLVII, 411; 5 de marzo de 1940, un. 1953, p. 118; 2 de septiembre de 1941, LII, 33; 25 de febrero de 1942, LIII; SNG, 14 de marzo de 1942, XII, 937; 21 de septiembre de 1944, LVII, 598; 31 de julio de 1949, XLIX, 625; 4 de agosto de 1950, LXVII, 764; 20 de abril de 1954, LXXVII, 375; 2 de mayo de 1970, CXXXIV, 124; cas. civ. 11 de mayo de 1970, nums. 2326 a 2328, pp. 123 ss.; cas. civ. sentencia del 1º de octubre de 1987, CLXXXVIII, pp. 243 ss.; cas. civ. de 28 de junio de 1989 – reiterada en cas. civ. de 27 de junio de 1990; 15 de abril de 1997, exp. 4422; cas. civ. 31 de julio de 2000 [SC-118-2000], exp. 5774; 30 de enero de 2001, exp. 5507; cas. civ. 4 de abril de 2001, [SC-065-2001], exp. 6436; cas. civ. de 12 de agosto de 2002; 31 de marzo de 2003. Exp. 7142; 15 de octubre de 2004, exp. 6199; sentencia del 30 de junio de 2005, expediente No. 1998-00650-01; 18 de octubre de 2005, exp. 14491; 19 de diciembre de 2005, exp. 1996-5497-01; 22 de marzo de 2007, exp. 05001-3103-000-1997-5125-01), ni las críticas (C. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa e dir. privato*, 2004, 69; Id., *La nuova responsabilità civile*³, Milano, 2006, 555; P.G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Padova, 1989, 19 ss.; G. VISINTINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, voce dell’*Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, § 1; ID., *Trattato breve della responsabilità civile*, 2ª ed., Cedam, Padua, 1999, pp. 197 ss.; id. *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, 158; R. SACCO, *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale*, in G. Visintini (a cura di) *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1984, p. 158) y futuro de la distinción (GIARDINA, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?*, in *Riv. critica dir. privato*, 1987, 79 y ss.;

⁷ C. S. J., Sent. Cas. Civ., 30-01-2001, exp. # 5507, M. P.: Dr. José Fernando Ramírez Gómez.

⁸ Cfr., entre otros, ESCOBAR Sanín, Gabriel, “*Negocios Civiles y Comerciales*”, tomo II, *Teoría General de los Contratos*, s. I., Díké, 1ª ed., 1994, pp. 253 y 254, § 534. TAMAYO Lombana, Alberto, “*Manual de obligaciones*”, Bogotá, Temis, 5ª ed., 1997, pp. 259 a 266.

Cfr., entre otras, C. S. J., Sent. Cas. Civ., 15-12-2005, exp. # 2000-00050-01, M. P.: Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar, Sent. Cas. Civ., 20-10-2005, exp. # 1996-01289-03, M. P.: Dr. César Julio Valencia Copete; acerca de la excepción al mismo en cuanto al seguro de responsabilidad civil, Cfr., Sent. Cas. Civ., 10-02-2005, exp. # 7614, M. P.: Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar; de 10-12-1999, exp. # 5277, M. P.: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, acerca de la extensión de los efectos de las cláusulas previstas en un contrato a otro; de 26-04-1995, exp. # 4193, M. P.: Dr. Héctor Marín Naranjo, sobre la relatividad negocial y subsecuente inoponibilidad cuando el mandatario celebra negocios sin poder para ello; y de 10-03-1995, exp. # 4478, M. P.: Dr. Pedro Lafont Pianetta, a propósito de la relación de este principio con las figuras de “representación”, “mandato” y “simulación”.



Geneviève VINEY, *Tratado de derecho civil, Introducción a la responsabilidad*, trad. es. F. Montoya M., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, no. 245, pp. 524 ss.: “(...) nos parece que, en el porvenir, la distinción entre responsabilidades contractual y extracontractual está llamada a perder su importancia en provecho de otra distinción, que tiende hoy a afirmarse cada vez más, entre el ‘derecho general’ o ‘derecho común’ y los regímenes especiales de responsabilidad civil”, ha admitido, en determinadas hipótesis, el deber resarcitorio del quebranto inferido a sujetos diversos, precisamente en repudio de la impunidad a que conduciría la exclusión de la reparación del daño inmotivado causada a la esfera tutelada por el ordenamiento jurídico, verbi gratia, en tratándose de los intereses de consumidores y usuarios cuya protección “no puede verse restringida o limitada por el principio de la relatividad de los contratos, cuyo alcance, por cierto, tiende cada vez a ser morigerado por la doctrina jurisprudencial (sentencia de 28 de julio de 2005, exp. 00449-01), puesto que, con independencia del vínculo jurídico inmediato que ellos pudieran tener con el sujeto que les enajenó o proveyó un determinado bien o servicio, las medidas tuitivas propias de su condición han de verse extendidas hasta la esfera del productor o fabricante” (cas. civ. 7 de febrero de 2007, exp. 23162-31-03-001-1999-00097-01, [SC-016-2007]) y, de la responsabilidad médica, por cuanto, en oportunidades, unos mismos hechos, actos o conductas, a más de lesionar el contrato y, por tanto, los derechos e intereses de las partes contratantes, pueden generar un detrimento a terceros extraños al vínculo contractual, o sujetos distintos pueden causar el quebranto a una misma persona o a varias personas bajo distintas relaciones o situaciones jurídicas o diversos títulos de imputación, por ello legitimados para reclamarlos de conformidad con las normas legales (cas. civ. 11 de septiembre de 2002 [SC-172-2002], exp. 6430; 13 de septiembre de 2002, exp. 6199; 27 de septiembre de 2002, exp. 6143; 18 de mayo de 2005, exp. 14405). (énfasis con sublínea, el resto de la cita del original)”⁹.

En conclusión, el título de imputación es asunto teórico que en nada incide si, en el caso concreto, el daño es imputable al médico; y es precisamente lo que no sucede en el asunto *sub lite*, porque si bien la parte recurrente censura a la Jueza *a quo* por haber analizado las súplicas en la óptica de la responsabilidad negocial, lo cierto es que no existe nexo causal entre la conducta de los demandados, considerada contractual o extracontractualmente, y dentro de ésta última, subjetiva u objetivamente, como se verá más adelante.

2.1.2. Con todo, para resolver este aspecto de la apelación abundando en razones, es menester evaluar la lectura que la sentenciadora de primera instancia le dio a la demanda.

2.1.2.1. Recuérdase que el mandatario judicial de los demandantes no adscribió explícitamente la responsabilidad de los demandados en ninguna de las mencionadas ópticas, como que en la pretensión medular se limitó a pedir que “*declare el señor Juez en su sentencia que los demandados,..., son solidariamente responsables de la muerte de la señora YUDY...*” (fl. 41, C. 1).

En los fundamentos fácticos de las pretensiones refirió que “*el establecimiento IPS, denominado ‘AMARIS – JIMÉNEZ, CIRUGÍA Y ESTÉTICA, Empresa Unipersonal’ programó para el día 13 de abril de 2.005 a la hora de las siete (7 am.) de la mañana [sic] a la señora YUDY... para cirugía de liposucción y lipoinyección glútea*” (fl. 42, *ibídem*); añadió que la paciente “*... tal como estaba programado, concurrió al mencionado establecimiento*” (*ídem*); luego de lo cual narró las condiciones del procedimiento quirúrgico y las complicaciones que dentro del mismo se presentaron e identificó a los médicos que “*en las instalaciones de la citada IPS...*” (fl. 43, *ibídem*) atendieron a la finada, enfatizando al seguir que ellos “*procedieron sin obtener el consentimiento informado de la paciente, y más todavía, sin obtener el consentimiento informado acerca del alcance de la cirugía y*

⁹ C. S. J., Sent. Cas. Civ., 4-05-2009, exp. # 05001-3103-002-2002-00099-01, citada.



de los riesgos que ésta conllevaba...” (fls. 43 *in fine* y 44, *ib.*); criticó las autorizaciones extendidas por la paciente de manera previa a la operación, tras lo cual alegó que “es patente la ausencia del consentimiento informado...” (fl. 45, *ibíd.*), omisión de los demandados respecto de un deber profesional de obtener “... un consentimiento cualificado, posterior a suficiente y comprensible información de los riesgos a que ella se exponía al someterse a la operación... y su aceptación libre, voluntaria y consciente de tales riesgos” (*ídem*); a todo lo cual añadió que el doctor Hugo Balaguera “violó la prohibición legal de prestar sus servicios profesionales a personas de su familia;...” (*ídem*).

Mientras que en los fundamentos jurídicos, expuso que “las normas que cito a continuación, sus concordantes y los desarrollos jurisprudenciales en el campo de la responsabilidad médica, constituyen el fundamento de las pretensiones: C. C., Arts. 2.341, 2.344; 1.613, 1.615, 1.614; 2.342. Ley 23 de 1.981, art. 15; Art. 26 de la ley 23 de 1.981, respecto de la prestación de sus servicios profesionales por el doctor HUGO BALAGUERA a su hermana carnal” (fl. 47, C. 1, subrayado por fuera del original).

2.1.2.2. Con estribo en el alegato relativo a la ausencia de consentimiento informado, la Jueza *a quo* ubicó el análisis del presente asunto en la óptica de la responsabilidad contractual, deducción que es razonable, habida consideración que, cual se trasuntó *ut supra*, las pretensiones tienen origen en que los demandados desatendieron sus deberes profesionales, aspecto en el que una y otra vez insistió el abogado de los demandantes; que si lo hizo consciente o inconscientemente, de manera imprudente o en estrategia panorámica, nada cambia, lo cierto es que la causa de la reparación deprecada tiene origen en el comportamiento de los demandados en relación con sus deberes profesionales.

La jurisprudencia civil ha precisado que “la aptitud e idoneidad de la demanda se erige en uno de los presupuestos procesales”¹⁰, labor intelectual que debe acometerse cuando el contenido de tal memorial, “... ‘sin ser indescifrable por completo, no se ajusta a la claridad y precisión indispensables en tan delicada materia (CLXXXVIII, 139)’.”¹¹, y que ha de ser integral, en el sentido de comprender tanto las pretensiones, como los fundamentos fácticos y jurídicos invocados por el actor, *ex profeso* de hallar su genuino sentido.

Desde luego, en esta función el juzgador debe procurar que la interpretación no resulte contraevidente, en otras palabras, no pueden reemplazarse las súplicas o sus fundamentos, es decir, ese genuino sentido debe corresponder a una razonable lectura entre los límites impuestos, *por un lado*, por el principio dispositivo (C. de P. C., artículo 2º), del cual deriva la congruencia, y *por el otro*, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y al debido proceso de las partes (Constitución Política, artículos 229 y 29); de manera que la consonancia del fallo, más que la simple relación entre dos piezas procesales, la demanda y la sentencia, es asunto de derecho al Tribunal.

¹⁰ Cfr., a propósito de la resolución de sendos cargos formulados al amparo de la causal primera, vía indirecta, mediante los cuales se denunciaban, entre otros, yerros en la interpretación de la demanda, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia hizo una valiosa recensión del contenido y alcance de la labor judicial en la hermenéutica del libelo genitor. Sent. Cas. Civ., 27-08-2008, exp. # 110013103022-1997-14171-01, M. P.: Dr. William Namén Vargas.

¹¹ *Ídem*.



Itérase, para la Sala es claro que, al margen de si teóricamente el análisis debió hacerse en el marco de la responsabilidad contractual o extracontractual, lo cierto es que el suceso no es imputable a la conducta de los demandados, como se verá al analizar el segundo motivo de inconformidad de los demandantes con la sentencia recurrida, relativo a la omisión de obtener el consentimiento informado de la paciente Yudy Elizabeth Balaguera Herrera.

2.2. El consentimiento informado.

2.2.1. Sobre este punto, se precisa que en la demanda el apoderado de los demandantes alegó que las autorizaciones para intervención quirúrgica y procedimientos anestésicos que aportó al libelo genitor (fls. 28 y 29, C. 1) son falsas porque la señora Gloria Herrera, madre de la paciente, no estuvo presente en ese momento ni las suscribió; tímidamente adujo que el consentimiento debió ser **cualificado**¹², y al sustentar la alzada sólo enfatizó en este último aspecto, pero no tiene razón ni en lo uno ni en lo otro, por lo siguiente:

2.2.2. De acuerdo con el artículo 15 de la Ley 23 de 1981, “el 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” (se enfatiza con sublínea).

El consentimiento se define como la declaración de voluntad sobre un objeto (C. C., artículo 1517), como modo de querer de los seres racionales que, cuando desean un determinado fin, desean también los medios oportunos, para alcanzarlo, aun contando con la debilidad en la *praxis*.

Este consentimiento, en el campo médico es uno de los principales elementos del contrato de prestación de servicios médicos, dicha anuencia debe darse a través de un acto de declaración de voluntad; por tanto, debe cumplir ciertas características, además de las genéricas relativas a la **capacidad, ausencia de vicios, objeto y causa lícitos** (artículo 1502 *ejúsdem*), otras específicas, que se concretan en que sea **personal; consciente, informado o ilustrado**, que debe reflejar el deseo del paciente “... y no simplemente una adhesión a la decisión médica ya tomada; la información debe ser dada en términos de fácil comprensión, teniendo en cuenta el nivel cultural del paciente y su efectiva capacidad de discernir entre los beneficios y los riesgos de aquello que se le describe y propone”¹³; **actual; manifiesto**, en tanto que “exige una coincidencia con la forma oral o escrita en que puede ser otorgado”¹⁴; **libre; completo; gratuito; receptivo y solicitado**.

La Corte Suprema de Justicia puntualizó que la carga de acreditar que el consentimiento otorgado por el paciente fue informado o ilustrado no se agota en la etapa anterior a la intervención quirúrgica sino que puede extenderse al período posterior, es decir, durante la ejecución del negocio, requisito trascendental al acto

¹² Fundamento fáctico décimo cuarto (fl. 45, C. 1).

¹³ FERNÁNDEZ M., Mónica Lucía, “La responsabilidad médica. Problemas actuales”, Bogotá, D.C., Grupo Editorial Ibañez, Biblioteca de Tesis Doctorales # 4, 2008, pág. 185.

¹⁴ *Ibidem*.



médico; con ocasión de un caso donde la censora era una paciente que se quejaba de cicatrices posteriores a un procedimiento estético y diferencia en el tamaño de las mamas. Apuntó especialmente la Sala de Casación Civil sobre el *consentimiento informado*:

“No se trata, ni de lejos, de un mero formalismo, como quiera que los negocios jurídicos de esta especie -y así el acto médico obrase exclusivamente en cumplimiento de un deber legal-, recae nada más ni nada menos que sobre la vida, la salud y la integridad corporal de las personas, por manera que el carácter venal que de suyo caracteriza los contratos bilaterales, onerosos y conmutativos de derecho privado, en este escenario se ve, por fortuna, superado por el humanístico que es propio de la actividad médica. Más que un mercado o una clientela que cultivar, los posibles usuarios de los servicios médicos, incluyendo los meramente estéticos o de embellecimiento, son ampliamente acreedores de un trato acorde con la naturaleza humana, de modo que la obtención de su consentimiento para la práctica de un acto médico exige el que, en línea de principio, se le haga cabalmente conocedor de todas las circunstancias relevantes que puedan rodear la actuación del médico, obviamente en la medida en que este las conozca o deba conocerlas.

Trasladado al caso concreto lo recién consignado, es de suponer que la aquiescencia de la paciente a que fuera intervenida por el demandado, como a la postre aconteció, hacía indispensable que este último la hubiera ilustrado, en detalle, acerca de la forma como serían acometidas las cirugías, los cortes o incisiones que ellas imponían, la notoriedad de las huellas o cicatrices que dejarían las mismas, la imposibilidad de evitarlas, la afectación que ello hubiera podido generar, externamente en su cuerpo, lo atinente al proceso de recuperación y sus posibles complicaciones, etc., confrontándolo con otras alternativas que la ciencia médica pudiera ofrecer para ese entonces. No podría accederse, entonces, a la voluntad de la paciente, con la escueta promesa de un posible o repentino embellecimiento, no garantizado por lo que en materia de estética corporal humana ofreciera la ciencia médica del momento, pues amén de que con ello se abriría paso a un verdadero tráfico de ilusiones, se desconocería que en principio, dependiendo del contenido del negocio jurídico, es de resultado la obligación del cirujano adquirida en esos términos, a la vez que ello sería privilegiar el ánimo mercantilista en las actividades de este linaje, cohonestando con los insanos propósitos de quienes, asumiendo un rol que luce más cercano al de simples mercaderes de la medicina, que al preclaro ejercicio de su profesión, quisieran aprovecharse de aquellas personas que, por convicción propia o por que [sic] su albedrío ha sido nublado por los mandatos a veces caprichosos de la moda, o porque no, por razón de la publicidad poco fiable, tienen como deseo, ilusión o expectativa convertir o adecuar su silueta a lo que, dentro de un ambiente de marcado consumismo, aquella hace recomendable, con frecuencia a costa, inclusive, de su salud y estabilidad emocional. (énfasis agregado con sublínea)”¹⁵.

De manera que esta es una regla esencial de la profesión médica que el precedente civil considera aplicable aún cuando el acto médico se produjese en cumplimiento de un deber legal, contrario a la doctrina que lo considera inaplicable en casos de tratamientos obligatorios y atención de urgencia¹⁶, y su ausencia compromete la responsabilidad del profesional aun “... *independientemente de la correcta ejecución técnica de la intervención*”¹⁷.

Este tipo de aquiescencia es consensual, pues se perfecciona con el acuerdo de voluntades del médico y paciente, sin que la Ley exija solemnidad alguna para su existencia, validez o prueba. En este sentido, cualquier tipo de documento que se suscriba tiene carácter “*ad probationem*”, empero en intervenciones o tratamientos médicos en que corra riesgo la vida del paciente se hace inminente que el consentimiento sea expreso y sea consignado por escrito, amén de que la práctica médica ha optado por esto, dada la eventualidad de verse

¹⁵ C. S. J., Sent. Cas. Civ., 19-12-2005, exp. # 05001-31-03-000-1996-05497-01, citada.

¹⁶ FERNÁNDEZ M., Mónica Lucía, Op. Cit., pág. 185.

¹⁷ *Ibidem*, pág. 188.



involucrado el galeno en reclamaciones judiciales de reparación, en lo que algunos llaman “*medicina defensiva*”¹⁸.

Finalmente, es claro que la presencia o no del consentimiento suficientemente informado debe ser evaluada de acuerdo con las particularidades del caso concreto, como lo resalta un autorizado tratadista nacional, la eficacia del consentimiento debe evaluarse “*atendiendo las circunstancias propias del evento y las particularidades del paciente, en cuando [sic] a su nivel de formación, edad, etc.*”¹⁹.

2.2.3. Esclarecido lo anterior, considera la Sala oportuno analizar si el consentimiento otorgado por la difunta Yudy Elizabeth Balaguera Herrera cumple con las exigencias anotadas, así:

a) Capacidad.- No viene al caso teorizar sobre la capacidad de las personas, pues es claro que la aludida paciente tenía capacidad de ejercicio, de conformidad con los artículos 1503 y 1504 del Código Civil, amén que no se hallaba interdicta ni en las circunstancias identificadas por el legislador como discapacidad mental relativa o absoluta (L-1306/2009).

Importa destacar en este punto que el abogado de la parte demandante dijo tachar de falsas las autorizaciones porque la señora madre de la paciente no pudo estar presente en ese momento ni suscribió las mentadas permisiones, aspecto respecto del cual nada argumentó al sustentar la alzada, pero que en todo caso no es de recibo para la Sala; *en primer lugar*, porque ni la Ley ni la jurisprudencia ni la doctrina hacen residir la validez del consentimiento informado de la presencia o no de un testigo en determinado acto, es más, resáltase que al unísono apuntan que éste debe ser **personal**; *en segundo lugar*, si bien es claro que Gloria Elizabeth Herrera de Balaguera narró las circunstancias por las cuales, no obstante estar al tanto de la programación del procedimiento quirúrgico a su hija no pudo acompañarla ese día, lo cierto es que increpada sobre la firma de la finada manifestó que “*efectivamente, tanto esta letra donde dice el nombre y donde firma es la letra de mi hija YUDY ELIZABETH*” (fl. 176, C. 2), y a renglón seguido, inquirida por el gestor judicial de la parte actora²⁰, contestó que “*no, esa no es mi firma, ni es mi letra, al parecer la letra y la firma es de Yudy, mi hija, por los rasgos de la letra. Como ella pensó que yo iba [sic] acompañarla y al ver que yo no llegue probablemente mi hija anoto [sic] mi nombre y firmo [sic] por mi*” (fls. 176 *in fine* y 177, *ibídem*), narración que, aún con la elucubración sobre si fue la paciente quien apuntó el nombre de su madre, no constituye una hipótesis inverosímil, amén que cotejada la letra a simple vista es similar.

Y, *finalmente*, quizá la razón más determinante, la labor probatoria del gestor judicial de los demandantes resultó nimia al punto, pues se limitó a aportar copia simple de la escritura pública # 1971 de 2 de octubre de 2001, pasada ante la Notaría Catorce (14) del Círculo correspondiente a esta capital (fls. 2 a 17, *ibídem*) y de tres memoriales suscritos por la citada progenitora de la finada a distintas autoridades judiciales (fls. 33 a 36, *ibídem*), con el fin de acreditar la alegada

¹⁸ *Ibídem*, pág. 186.

¹⁹ ARRUBLA Paucar, Jaime Alberto, “*Contratos mercantiles. Contratos contemporáneos*”, tomo IV, Medellín, Diké, 2009, 2ª ed., pág. 50 (*El contrato de servicios médicos*).

²⁰ La pregunta fue “*manifieste al despacho si la firma que aparece a folio 116 que el despacho le acaba poner de presente, es su firma*”.



falsedad, y aunque pidió el cotejo de las firmas, negado éste mediante auto de 11 de septiembre de 2007 (fls. 217 a 220, *ibíd.*) porque “... *no existe claridad sobre lo que se pretende probar...*, y *no se haya [sic] relación entre los documentos allí aducidos y lo que se pretende en el proceso*” (*ídem*), impertinencia advertida por la Jueza cognoscente en que sustentó su negativa a dicha prueba, decisión contra la cual nada intentó el apoderado de la parte actora.

Igual, de haberse cotejado la firma de la señora Gloria Elizabeth Herrera de Balaguera, en nada contribuye al presente caso, comoquiera que, itérase, no es requisito de validez ni probatorio que el consentimiento informado sea otorgado en presencia de testigos; quizá consciente de tamaño despropósito al sustentar la alzada el apelante trocó la plana para enfatizar que no fue un consentimiento suficientemente cualificado como debía serlo, en lo que tampoco tiene la razón como enseguida se precisa.

En conclusión, Yudy Elizabeth Balaguera Herrera, siendo capaz, otorgó de manera personal su consentimiento, respecto del cual no se ha aducido que esté viciado o que haya versado sobre objeto o causa ilícitos.

b) Información suficiente

La información que se brinde al paciente debe ser verdadera, clara, completa y discutida con el mismo. Esta información es un derecho esencial del paciente para poner en ejercicio su libertad, de lo contrario, al presentar el médico una explicación errónea, falsa o malintencionada, no solamente se está faltando a un principio ético sino que está vulnerando la libertad de decisión del paciente, además de violar el deber de información (L-23/1981, artículo 15) que tiene el médico como conecedor técnico científico de suministrar al paciente de forma oportuna y fidedigna todos los datos acerca del procedimiento a realizar y los riesgos que de él se puedan llegar a presentar.

Al ser la voluntad de la persona de participar en el acto médico previo conocimiento de las alternativas de tratamiento y de todas las posibles complicaciones que implique la base del consentimiento, una decisión completamente personal e individual, y tras examinar el acervo probatorio que obra en el expediente se evidencia que la señora Yudy Elizabeth Balaguera Herrera tenía interés en que se realizara la intervención estética y contaba con el conocimiento suficiente y adecuado. Particularmente destaca la Sala:

(i) Las autorizaciones para intervención quirúrgica y procedimientos anestésicos fueron aportadas por la misma parte demandante (fls. 28 y 29, *ibídem*), adosadas por la IPS demandada (fls. 116 y 117, *ibíd.*), el que fue puesto de presente a la declarante Gloria Elizabeth Herrera de Balaguera (fls. 175 a 178, C. 2) y hacen parte de las pruebas trasladadas a petición al unísono de las partes (fls. 217 a 220, C. 1; 37 y 38, C. 2), de manera que, aun cuando fueron aportadas en copia informal por los contendientes, tal irregularidad formal fue superada cuando la Fiscal 51 Seccional de esta capital remitió dichos documentos la Jueza cognoscente, mediante oficio # 063 de 12 de febrero de 2008 (fl. 173, C. 2). Además, quedó evidenciado que la parte demandante cuestionó tales permisiones sólo en cuanto a la procedencia de la firma de la señora Gloria Herrera, reproche



en el que no le asiste razón (*supra*, literal **a**, § 2.2.3), sumado a que nada hizo en cuanto a formular el respectivo trámite incidental de la tacha de falsedad.

Consta en la primera de dichas autorizaciones que Yudy Balaguera consintió y legitimó, el 13 de abril de 2005, de manera libre y plena de facultades mentales, practicar sobre su cuerpo el procedimiento invasivo de liposucción y gluteoinyección, y especialmente en su numeral 3º dice: “*este consentimiento y autorización han sido otorgados previa evaluación que me ha hecho el cirujano, con el objeto de evaluar las condiciones clínico-patológicas existentes. Se me han informado los riesgos previstos y consecuencias que puedan derivarse de la intervención consentida, en los términos que se consignaron en la historia clínica, tal como lo ordena el artículo 12 del decreto 3380 de 1981. Declaro que he recibido amplias y satisfactorias explicaciones sobre su alcance y me han sido aclaradas las dudas que he tenido y manifestado al respecto. El Dr. Hugo Balaguera me ha explicado la naturaleza y propósitos de la intervención quirúrgica o procedimiento especial, así como la siguientes complicaciones: infección, cicatriz, tromboembolismo, embolismo graso, deformidad” (se subraya).*

En tanto que la segunda permisión, otorgada por Yudy Balaguera el mismo día, igualmente de manera plena en cuanto a su consentimiento, refiere que “*el Dr. Hugo Balaguera me ha explicado la naturaleza y propósito de acto anestésico, también me ha informado de las ventajas, complicaciones, molestias y riesgos que puedan producirse, así como las posibles alternativas de los diferentes métodos anestésicos. Se me ha dado la oportunidad de hacer preguntas y han sido contestadas satisfactoriamente*”.

De manera que, si algo está claro, es que se informó a la paciente acerca de que el embolismo graso es una complicación del procedimiento quirúrgico que se adelantó respecto de ella.

(ii) Las partes no controvierten sobre la causa del deceso de Yudy Elizabeth Balaguera Herrera, se trató de la ocurrencia de un “*embolismo graso*”, que consiste, como lo ilustró el demandado Hugo Balaguera Herrera al contestar la demanda, asistido de abundante información médica, en la “*obstrucción en el flujo sanguíneo por material lipídico*” (fl. 99, C. 1), riesgo que, como constató la Sala, si fue efectivamente advertido a la paciente.

(iii) El demandado Hugo Balaguera Herrera afirmó en su interrogatorio de parte: “*mi hermana tenía [sic] todo conocimiento del tipo de intervención, los posibles riesgos y consecuencias de la misma no solo como consta de manera escrita en el consentimiento debidamente diligenciado, sino por la cercanía que yo tenía con ella ya que la pude instruir por mas [sic] de un año tiempo en que manifestó su deseo de operarse. Lo hice mediante fotografías, textos e información verbal. También conocía los riesgos puesto que su exsuegra, su esposo y su cuñada habían [sic] sido pacientes míos [sic] operados en la clínica Amaris Jiménez sin ningún tipo de percance. Si la parte demandante no tenía [sic] conocimiento de la información por mi prestada, puede deberse a la lejanía [sic] que tenía [sic] mi hermana con el señor Andres [sic] Taylor, debido al maltrato psicológico a que él la sometía por su estado en el post-parto, aclarando que este fue el núcleo [sic] que motivo [sic] a mi hermana a llevar a cabo cambios en su cuerpo con el fin como decía [sic] ella ‘salvar mi relación’...*” (fl. 6, C. 2).



Desde luego que la Sala no soslaya el que las manifestaciones de la parte en su interrogatorio no pueden obrar en su favor sino sólo en cuanto le sea desfavorable o le otorgue una ventaja probatoria a su contraparte, pero lo cierto es que los demandantes no lograron obtener la confesión del médico (C. de P. C., artículos 194 y 195).

(iv) A folios 175 a 178 del cuaderno de pruebas, se encuentra el testimonio de la señora Gloria Elizabeth Herrera de Balaguera, madre de la víctima y del médico demandado, versión a la cual la Sala ya hizo referencia a propósito de la causa por la cual no acompañó a su hija el día en que se programó el procedimiento invasivo, y sobre el conocimiento por parte de la paciente de los riesgos inherentes a la operación, afirmó que *“por supuesto, si había una persona enterada mas [sic] que cualquier otro paciente, tanto de los beneficios como de los riesgos, era mi hija Yudy Elizabeth, pues a través de mi hijo Hugo Yesid, teníamos explicaciones sobre los inconvenientes que podía presentar este tipo de procedimientos, ya que teníamos una experiencia en cirugías practicadas a mi hija Nancy Yamile, mi propia cirugía la cirugía de Andrés Latorre, de su mama Leticia, de su hermana Diana. Cuando murió la mamá de Marbel y algunos casos que salieron en la televisión de muertes por este tipo de cirugías, Hugo nos explicaba los riesgos que se corrían entre ello, la formación de trombos grasos, la infección, el dolor, la molestia en si, de esa manera mi hija si conocía mediante las explicaciones de mi hijo HUGO los riesgos que corría al someterse a este procedimiento de liposucción y lipoinyección de glúteos”* (fl. 176, C. 2).

Luego de esto, expuso su versión sobre la firma impuesta en las dichas autorizaciones como si procedieran de ella, y espontáneamente remató: *“... considero una infamia el actuar de Andrés latorre [sic], aprovechando el dolor de una familia, de una madre, un dolor que es incomparable con otro dolor, al perder a una hija tan adorada como era Yudy, veo en él a una persona oportunista que quiere aprovecharse a través de la muerte de mi hija,...”* (fl. 177, *ibídem*), refirió problemas patrimoniales presentados con el demandante, tanto antes como después del deceso de Yudy Esperanza Balaguera Herrera.

Estas versiones, si bien deben ser analizadas con especial cuidado no pueden ser descartadas, conforme lo prevé el artículo 217 del C. de P. C. ²¹, no sólo por lo creíble de cada versión, sino porque concuerda con el restante material probatorio.

(v) Declararon también quienes fungieron como instrumentalista y enfermera en la intervención quirúrgica practicada a Yudy Elizabeth Balaguera Herrera.

²¹ La regla citada no implica rechazar las declaraciones emitidas por testigos sospechosos, porque lo sospechoso no descarta lo veraz de su declaración, siempre que no existan objeciones contra ésta y que sus manifestaciones hallen respaldo en el resto del acervo probatorio. Sobre este punto, ver C. S. J., Sent. Cas. Civ., 19-09- 2001, exp. # 6624, M. P.: Dr. Manuel Isidro Ardila Velásquez: *“... Hoy, bien se sabe, la sospecha no descalifica de antemano -pues ahora se escucha al sospechoso-, sino que simplemente se mira con cierta aprensión a la hora de auscultar qué tanto crédito merece. Por suerte que bien puede ser que a pesar de la sospecha haya modo de atribuirle credibilidad a testigo semejante, si es que, primeramente, su relato carece de mayores objeciones dentro de un análisis crítico de la prueba, y, después -acaso lo más prominente- halla respaldo en el conjunto probatorio”* (se enfatiza con negrita).



La primera, Luisa Fernanda Mora Guzmán, confirmó que fue la paciente quien suscribió las dichas autorizaciones para intervención, describió cómo aconteció la situación antes de la operación y cuál es el trámite para el otorgamiento del *consentimiento informado*; inquirida concretamente sobre si le fueron informados los riesgos²², respondió que “*si se le informa todas las posibles complicaciones [sic] que se pueda [sic] presentar durante y después del procedimiento*” (fl. 3, C. 3); nuevamente increpada sobre si el protocolo se cumplió, informó que “*ella – la paciente – no fue dos días antes a realizarse [sic] la valoración, pero ese día [sic] ingresó y llenó todas las autorizaciones y estaba de acuerdo con la información que contenía [sic] las hojas, no puso ninguna objeción respecto a eso y antes de ingresar a la sala tenía [sic] firmada [sic] todas las autorizaciones del procedimiento anestésico y el procedimiento quirúrgico [sic]*” (*ídem*); y nuevamente interrogada sobre si el médico suministró los datos necesarios a la paciente²³, contestó de manera afirmativa. Tras esto, aclaró que las instalaciones de la Clínica demandada son idóneas para la realización de este tipo de intervenciones (fls. 2 a 5, *ibíd.*).

La segunda, Marcela López Hernández, si bien no puede suministrar información acerca de cómo fue otorgado el consentimiento informado antes de la intervención quirúrgica, pues manifestó que llegó a las once de la mañana (11 a.m.) a cumplir su turno, esto es, cuando ya la intervención había iniciado; lo cierto es que coincidió en describir que la Sala de cirugía de la IPS emplazada cuenta con todos los elementos adecuados para este tipo de operaciones (fls. 6 a 8, *ibíd.*).

(vi) En la medida en que el consentimiento es personal, nada podía aportar el interrogatorio de parte del demandante Andrés Francisco La Torre Taylor, que no fue practicado (fl. 10, C. 3).

(vii) Pruebas éstas que, en tanto y en cuanto presentan una versión coincidente y convincente de las circunstancias fácticas, permiten llegar a una persuasión plena de que la paciente si dio su consentimiento luego de haber sido informada suficientemente de la naturaleza del procedimiento a aplicar, sus riesgos y complicaciones inherentes.

Resalta la Sala que Yudy Elizabeth Balaguera Herrera era persona mayor de edad, instruida en educación superior, pues había desarrollado con éxito aproximadamente cinco (5) semestres de pregrado en “*Mercadeo y publicidad*”, de manera que conscientemente se sometió al procedimiento con el fin de pulir su figura estética; sabía del riesgo que le implicaba la operación, porque así se lo informó su médico, que a la sazón es su propio hermano carnal, amén de que, según refirió la progenitora de ambos, por esos mismos días fue hecho notorio la información periodística sobre las muertes suscitadas en este tipo de intervenciones.

²² Preguntóse: “*diga al despacho si lo sabe o le consta sid [sic] entro de este proceso de obtención del consentimiento al paciente se le informan los riesgos de la cirugía que se va a practicar*”.

²³ “*Teniendo en cuenta su relación profesional con el Dr. Hugo Balaguera, por favor diga al despacho si tiene conocimiento que el mencionado médico haya sostenido conversaciones con la señora Yudy Balaguera en las cuales aquel le explicara a ella sobre la naturaleza del procedimiento quirúrgico [sic] y sus eventuales riesgos*”.



(viii) En conclusión, de las declaraciones, testimonios y conceptos se tiene que el actuar de los doctores Hugo Yesid Balaguera Herrera y Fredy Antonio Pinto Borda, quienes junto a la IPS fungen como demandados, se ajustó a las prácticas que cualquier profesional en la salud haría, pues el manejo tanto de la sala de cirugías como el tratamiento prequirúrgico y quirúrgico fue el adecuado.

(ix) El Tribunal de Ética Médica de Bogotá, mediante fallo de 23 de mayo de 2007, posterior a la época para la cual el Dr. Hugo Yesid Balaguera Herrera contestó la demanda, documento aportado en copia auténtica por aquél al absolver su interrogatorio de parte, sin objeción alguna de la contraparte demandante dentro de la oportunidad prevista por el inciso 5º del artículo 208 del C. de P. C., puntualizó en las consideraciones que *“... es claro para este tribunal que la fatal complicación sufrida por la señora Yudy Elizabeth Balaguera es una de las tantas claramente descritas en la literatura de la cirugía plástica, es impredecible y no depende de la pericia ni la diligencia con que haya actuado el cirujano. La señora Balaguera muy lamentablemente para su familia, sus médicos y la sociedad murió por una entidad eminentemente fatal mientras buscaba mejorar su aspecto. En esta muerte no hay ninguna responsabilidad endilgable al médico tratante quien cumplió no solo con la *lex artis* sino que advirtió a su paciente de este riesgo y ella lo asumió libremente. Lo sucedido es definitivamente una desgracia pero no hay evidencia de que se hubiera obrado negligente, imprudente ni imperitamente por el cirujano y el grupo médico que atendió el caso”* (fl. 4, C. 2).

Esto es claro, los médicos no obraron imprudentemente, no hay la más mínima prueba de ello, por el contrario, se ajustaron a la *lex artis* específica.

(x) Con todo, resalta la Sala, más por lo humanístico que por cualquier otra causa, que el galeno Balaguera Herrera fue moralmente censurado por el Tribunal mencionado porque al haber intervenido quirúrgicamente a su hermana desconoció la prohibición contemplada en el artículo 26 de la Ley 23 de 1981²⁴, aspecto que quedó por fuera de la apelación. Efectivamente, al paso de precluir la investigación en su contra, llamó la atención la colegiatura de facultativos en el sentido de que *“... el verdadero médico virtuoso no es aquel que opera divinamente con gran pericia y resultados admirables, sino aquel quien en las áreas grises de la ética sabe elegir lo que está bien. En este caso el doctor Balaguera escogió mal y será su propia conciencia la que lo juzgue”* (fl. 4, envés, C. 2, subráyase).

(xi) Una regla elemental de la experiencia y de la naturaleza humana enseña que una persona en condiciones normales no tiene el deliberado propósito de atentar contra la vida de su hermano o hermana, **no**, la hipótesis bíblica recreada por Caín y Abel no obedece a condiciones normales, no hay lugar a concluir que por el sólo hecho de que el demandado doctor Balaguera Herrera sea hermano de la paciente obró de manera que el nexo causal del luctuoso resultado sea a él imputable.

²⁴ La norma citada prevé que *“el médico no prestará sus servicios profesionales a personas de su familia o que de él dependan en casos de enfermedad grave o toxicomanía, salvo en aquellas de urgencia o cuando en la localidad no existiere otro médico”* (se enfatiza).



2.3. Finalmente, al sustentar la alzada el apoderado de la parte demandante refiere genéricamente que la Jueza *a quo* ignoró “los escritos de contestación a la demanda, de excepciones y las declaraciones que los demandados expusieron ante la Fiscalía” (fl. 9, C. 4), pero no concretó el argumento, no acometió en este punto la labor dialéctica que la Ley impone al recurrente.

Empero, para abundar en razones se aclara que, además de que las conclusiones precedentes tienen fundamento en el análisis detallado de las pruebas que los apelantes echan de menos, lo cierto es que los recurrentes no controvirtieron la conclusión de la sentenciadora de primer grado relativa a la idoneidad, tanto del médico Freddy Alberto Pinto Borda como de la Clínica Amaris Jiménez Cirugía y Estética E.U., ahora Ciruquálitas S.A.S. para desarrollar ese tipo de procedimientos, amén de que el dictamen rendido por la Universidad Nacional de Colombia dentro del procedimiento penal, cuyas pruebas fueron trasladadas al asunto de ahora, visible a folios 137 a 139 del cuaderno 2, arrojó que el procedimiento anestésico también fue correctamente adelantado.

3. Total, cual se anunció al exordiar, examinado el presente caso a la luz de la responsabilidad contractual o extracontractual, lo cierto es que no existe nexo causal entre el hecho y la conducta de los demandados.

Las pretensiones no son viables, nunca lo fueron, tampoco lo es la alzada, lo que impone confirmar la sentencia recurrida sin necesidad de analizar si hay lugar a declarar excepciones perentorias oficiosamente, prevista en el artículo 306, inciso 1º del C. de P. C., con la condigna condena en costas a la parte recurrente (numeral 1º del inciso 1º del artículo 392 *ejúsdem*, subrogado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010), fijando como agencias en derecho, cual lo prevé el numeral 2º *ídem*, sendas sumas de un millón ochocientos mil pesos (\$1'800.000,00) en favor de cada uno de los demandados, teniendo en cuenta el tope máximo previsto en el numeral 1.1º del artículo 6 del Acuerdo 1887 de 2003, modificado por el artículo 1º del Acuerdo 2222 de 2003, proferidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, en una de sus Salas de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la sentencia proferida el 13 de agosto de 2009 por la Jueza Vigésima Civil del Circuito de esta ciudad.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la parte recurrente. Liquidense, incluyendo como agencias en derecho sendas cantidades de un millón ochocientos mil pesos (\$1'800.000,00) en favor de cada uno de los demandados.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.



Los Magistrados,

JULIA MARÍA BOTERO LARRARTE

Ref.: 2006-00625-01

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Ref.: 2006-00625-01

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

Ref.: 2006-00625-01