

Rama Judicial
República de Colombia



JUZGADO CUARENTA Y UNO CIVIL DEL CIRCUITO
Bogotá D.C. Diez (10) de junio de dos mil veintidós (2022)

REF: RAD: VERBAL 110013103041202000341 00

Demandante: **ADRIANA ROJAS SANCHEZ**

Demandados: **Dr. HERLEY AGUIRRE SERRANO**

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

De conformidad con lo dispuesto en la audiencia de juzgamiento celebrada dentro del presente asunto, se procede a emitir por escrito la sentencia mediante la cual se resuelve el presente litigio, para lo cual se exponen los siguientes

ANTECEDENTES

La señora ADRIANA ROJAS SÁNCHEZ a través de apoderado judicial, demandó en proceso verbal al médico HERLEY AGUIRRE SERRANO, a fin de que se acceda a las siguientes **PRETENSIONES**:

PRIMERO: Se declare la responsabilidad civil contractual al Dr. HERLEY AGUIRRE SERRANO por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales sufridos por la demandante por la lesión deformante de nariz, secundaria a procedimiento quirúrgico estético de rinoplastia y toma de injerto no informado y no consentido.

SEGUNDO: Que, como consecuencia, se condene al Dr. HERLEY AGUIRRE SERRANO, al pago de indemnización del LUCRO CESANTE debido y futuro para la víctima ADRIANA ROJAS SANCHEZ, según liquidación correspondiente a los ingresos para la fecha del daño \$2.000.000 promedio, lo que corresponde a una liquidación total de indemnización del Lucro cesante: debida y futura de \$44.994.351,51.

TERCERO: Se condene al Dr. HERLEY AGUIRRE SERRANO, al pago de indemnización del DAÑO EMERGENTE para la víctima ADRIANA ROJAS SANCHEZ, que corresponde a valor que tuvo que cancelar en el procedimiento quirúrgico lo cual la suma asciende a un valor de \$6.800.000.

CUARTO: Se condene al Dr. HERLEY AGUIRRE SERRANO, al pago de indemnización por los DAÑOS MORALES por el sufrimiento, dolor, Y deterioro de la víctima HERLEY AGUIRRE SERRANO, la suma equivalente a 50 Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes.

QUINTO: Se condene al Dr. HERLEY AGUIRRE SERRANO, al pago de indemnización por el DAÑO FISIOLÓGICO Y AL DAÑO A LA SALUD por el sufrimiento, dolor y deterioro de la víctima ADRIANA ROJAS SERRANO la suma equivalente a TREINTA (30) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes.

SEXTO: Se condene al Dr. HERLEY AGUIRRE SERRANO, al pago de indemnización por el DAÑO EN LA VIDA DE RELACIÓN O ALTERACIÓN GRAVE A LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA el sufrimiento, dolor, y deterioro de la víctima ADRIANA ROJAS SANCHEZ, lo cual estimo en la suma de 30 Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes.

SÉPTIMO: Se condene al Dr. HERLEY AGUIRRE SERRANO, al pago de la suma que se fije como indemnización total debidamente indexada a la fecha de dictar sentencia.

OCTAVO: Se condene al Dr. HERLEY AGUIRRE SERRANO, al pago de los gastos, costas y agencias en derecho que se llegaren a causar en el presente proceso.

HECHOS

La demanda se fundamenta en los supuestos fácticos que se compendian de la siguiente manera:

1. La demandante, odontóloga de 39 años, el día 23 de febrero de 2009 ingresa al Hospital Universitario San Ignacio, en donde se le realiza procedimiento quirúrgico de “reducción de tejido adiposo de pared abdominal, por liposucción o lipectomia, y rinoplastia, procedimiento realizado por Dr. Juan Carlos Leyva González, egresando del Hospital, sin complicaciones.
2. La demandante continua con su vida normal, como estudiante y profesional. En el año 2012, consulta a la clínica Corpolaser con el fin de cotizar un retoque de liposucción y corrección de nariz. Asiste el día 28 de mayo de 2012 a valoración prequirúrgica, y se define por parte del profesional, realización de procedimiento estético de rinoplastia y liposucción.

3. El profesional se comprometió a un resultado, más específicamente en el caso del aspecto nasal, toda vez que son procedimientos de embellecimiento estético.

4. Según historia clínica se realiza valoración preanestésica, con resultados normales, sin observaciones o hallazgos de anormalidad, que significa que no existen patologías que requieren ser corregidas mediante procedimientos funcionales o terapéuticos.

5. ADRIANA ROJAS SANCHEZ Ingresa a procedimiento el día 31 de mayo de 2012 a las 6:45 am, se procede a realizar cirugía estética de nariz denominada rinoplastia, posteriormente se realiza la liposucción como cirugía estética de mejoramiento del contorno corporal; procedimientos que terminan a las 11:30, hora en que la paciente es ingresada a sala de recuperación, y se da salida el día 1 de junio de 2012 a las 11:00 am.

6. Cuando la demandante despierta, se orienta y queda consiente posterior al procedimiento quirúrgico, se da cuenta que tiene herida quirúrgica en la oreja derecha; el médico tratante, le informa que tomó tejido de la concha auricular derecha, para dar simetría a la nariz.

7. La demandante se sorprende y molesta por la decisión de tomar parte de la oreja. Nunca se le informó la necesidad de tomar tejidos de otras áreas corporales para la cirugía estética en la nariz, pues a ella nada de esto se le había informado previamente.

8. A medida que pasa el tiempo y a pesar de tener los cuidados correspondientes con las indicaciones y controles del médico tratante, se da cuenta que la curvatura de la nariz “que había quedado corregida con la cirugía” cada vez es más pronunciada, y presenta una tumoración en la cara lateral izquierda de la nariz en sitio de injerto realizado.

9. ADRIANA ROJAS SANCHEZ, ante la notable curvatura en la nariz, consulta a dos profesionales médicos cirujanos plásticos, quienes proponen realizar nueva cirugía consistente en rinoplastia para corregir la curvatura exagerada y la pequeña tumoración.

10. Para ADRIANA ROJAS SÁNCHEZ, es incómodo verse la nariz con la curvatura, tal y como se nota en las fotos que se aportan, luego de realizarse procedimiento quirúrgico, en donde se compromete el profesional a mejorar el aspecto de la nariz, y lo que ve actualmente la paciente es un aspecto totalmente diferente al esperado.

11. El daño causado a ADRIANA ROJAS SÁNCHEZ, no solo en su salud, si no daño a la vida de relación y daño moral, ante la insatisfacción por el aspecto, y la desilusión por haberse sometido a un procedimiento quirúrgico estético, esperando un resultado, con el cual se comprometió el profesional, y no haberlo obtenido.

12. Adicional a la insatisfacción de la cirugía realizada, también se encuentra el daño a la integridad física al habersele realizado una resección de tejido de oreja derecha sin su consentimiento, sin haber sido informada de requerir la toma de tejido de otra área corporal, lo que considera una lesión o agresión a su integridad.

13. Solicitada la historia clínica al Dr. HERLEY AGUIRRE SERRANO, se le entrega un documento denominado resumen de historia clínica, fechada el 12 de marzo de 2013, en el que ahora, después de la inconformidad, se encuentra una clara descripción del procedimiento a realizar, unas condiciones que nunca fueron planteadas a la paciente, llamando la atención lo expuesto como queja de la paciente con relación al injerto realizado sin informar, y las condiciones de la rinoplastia; Por lo cual debe ser tenida como epicrisis –resumen- subjetivo de historia clínica, que no cumple con los requisitos legales de historia o de epicrisis.

14. En la historia clínica aportada por el médico, no se encuentra el consentimiento informado idóneo donde se informen los riesgos de la rinoplastia y las opciones de toma de tejidos para realización de injertos o similares. Con lo que se viola la lex artis medica por violación a los derechos fundamentales de la paciente, y el catálogo de derechos del paciente.

15. Existió negligencia en el actuar, con inadecuada diligencia y cuidado en su realización del procedimiento dejando deformidad en nariz e inobservancia a las normas de la lex artis, que obligan a la información al paciente de los riesgos y de los procedimientos a realizar, como la omisión a la toma de tejidos para injerto, como hecho generador del daño.

TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida por auto de 20 de noviembre de 2020 y se dispuso dar traslado al demandado por el término de 20 días, quien a través de apoderado judicial dio oportuna contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones, proponiendo como excepciones de mérito las siguientes:

1. “Pericia, idoneidad y experiencia del DR. HERLEY AGUIRRE en el área de cirugía plástica” Conforme a los soportes allegados, anexos de la hoja de vida, el Dr. Aguirre, es médico general y especialista en cirugía plástica, estética y

reconstructiva, miembro de la Sociedad Colombiana de Cirugía plástica, estética y reconstructiva. Profesor de la especialidad de cirugía plástica en la Universidad Nacional desde 1996. Con experiencia en medicina legal en donde fue cirujano plástico forense con varios trabajos de investigación al respecto. Adicionalmente se encuentra constantemente actualizado en permanente estudio, como se evidencia en su hoja de vida. La práctica quirúrgica efectuada a la paciente, la viene desarrollando hace más de 30 años con excelentes resultados, lo que lo convierte en un experto reconocido en la materia.

2. “Cumplimiento de la LEX ARTIS por parte del DR. HERLEY AGUIRRE. Adecuada práctica médica” La demandante tenía 26 años al momento de la atención el 15 de marzo de 2012. consultó para la realización de rinoplastia secundaria pues presenta laterorrinia (se ve la nariz desviada hacia un lado) más liposucción, también secundaria (ya había tenido un procedimiento previo). Como plan quirúrgico se propuso por parte del médico, rinoplastia secundaria más lipoescultura secundaria; el 24 de mayo se registran diversas ilustraciones a mano que reflejan una explicación a la paciente sobre la rinoplastia y la liposucción como procedimientos. Es llevada a cirugía el 31 de mayo de 2012, en la clínica Corpolaser bajo anestesia general. En la nariz realiza rinoplastia abierta por anterior incisión encontrando tejido fibrótico en punta y dorso nasal, con dificultad para identificar elementos estructurales de la punta nasal. Observa asimetría en volumen en cartílago alar izquierdo, pedazos de cartílago en vertiente nasal ósea izquierda con cartílago lateral superior irregular, deprimido y amputado. Intenta obtener cartílago septal, pero este se encuentra irregular e incompleto por lo que toma cartílago de concha auricular derecha para dar simetría en pirámide cartilaginosa y lo fija con puntos en 6.0. Realiza cauterización en cornetes inferiores y medios y coloca taponamiento; que de acuerdo con la literatura médica, ante la situación intraquirúrgica encontrada por el Dr. Aguirre, se tomó la conducta más adecuada, tal y como lo respaldan los anexos de la demanda y el dictamen pericial que se allega; que posteriormente, se registra control el 10 de julio de 2012 (40 días posoperatorio) donde observa prominencia del injerto cartilaginoso en vertiente nasal izquierda para lo que se indica masaje y anota que la paciente manifiesta insatisfacción con prominencia glútea izquierda. No figuran otros controles y según resumen de historia clínica la paciente no acude a más controles, que no se conoce el estado actual de la paciente y las fotos aportadas son fotocopias de difícil valoración; que las cotizaciones de los cirujanos que se aportan no reportan mala praxis o deformidad alguna; que la conducta del cirujano se ajustó a la Lex Artis, sin presentarse ninguna deformidad, como lo refiere la demandante; MNBC.

3. **“Cumplimiento del deber de informar- adecuado consentimiento informado”**

Durante las consultas celebradas entre el Dr. Aguirre y la paciente, se le informa a la paciente sobre el tratamiento recomendado, riesgos y complicaciones, se le dibuja de manera ilustrativa como se realizará el procedimiento e igualmente se le explica que existen ciertos riesgos que se pueden presentar, los cual comprende y por ello decide tomar la póliza para complicaciones de cirugía plástica; que se le explicó claramente que por ser una rinoplastia secundaria, podría requerir de injerto de cartílago, sin embargo, ello solo era posible conocerlo durante la cirugía misma; que previo a la cirugía, se suscribió como formalismo de lo ya conversado y aclarado en consultas previas, el denominado consentimiento informado suscrito por la paciente, donde deja constancia que se brindó la información necesaria y correspondiente.

4. **“Acaecimiento del riesgo previsto”**

la Jurisprudencia ha sido clara en señalar que las obligaciones en el campo de la responsabilidad médica, por regla general, son de medios y no de resultado. Se demuestra que la presentada, es una complicación de la cirugía plástica generada por el propio organismo de la paciente, no por el manejo médico, de modo que cualquier atipicidad en el proceso de cicatrización, es claro que la paciente lo asumió voluntariamente, el medico lo advirtió oportunamente y que su ocurrencia no depende del manejo medico por lo cual no puede ser imputable al demandado.

5. **“Ausencia de nexo causal”- Ausencia de causalidad adecuada”**

De acuerdo con la literatura médica, la inconformidad de la paciente es más una apreciación subjetiva y no una complicación como tal, por lo que la protuberancia corresponde más a una recidiva, la cual es propia del proceso de cicatrización de la paciente, que es un riesgo de la intervención quirúrgica y depende exclusivamente del organismo de la paciente; no puede hablarse de existencia de nexos de causalidad entre la conducta desarrollada por el Dr. HERLEY AGUIRRE y el daño alegado por la demandante. Además, debe probar el nexos causal entre el daño y el hecho generador.

6. **“Inexistencia de culpa”**

No solo no se ha demostrado el nexo de causalidad mencionado, sino que no existe culpa en el actuar del Dr. Aguirre, habiéndose demostrado que actuó de manera diligente, prudente, oportuna y adecuada, pues tiene la experticia y reconocimiento en este tipo de procedimientos, en cumplimiento de la lex artis, literatura médica y protocolo de manejo.

7. **“Inexistencia de los elementos propios de la responsabilidad”**

La culpa, entendida como el error de conducta en el que no hubiera incurrido un profesional de experiencia y formación en las mismas circunstancias, el nexos causal y el daño imputable al demandado. Los tres elementos deben ser probados.

8. “La innominada”

Trabado así el litigio, se procedió a la práctica de la audiencia de que trata el artículo 372 del Código General del Proceso, en la que se recepcionó interrogatorio a las partes y quienes se manifestaron así:

1. Interrogatorio a la demandante ADRIANA ROJAS SÁNCHEZ: Afirmó que en 2009 se había realizado una cirugía de rinoplastia primaria en el Hospital san Ignacio, por cuanto tenía una giba en la parte superior, que cuando salió del postoperatorio, quedó una pequeña protuberancia, por lo que el doctor le dijo que se la podía quitar con un breve retoque sin necesidad de anestesia general, pero decidió esperar a terminar su carrera de odontología; que una amiga le sugirió operarse con el Dr. AGUIRRE porque alguien de su familia era allegado a él; que verificó que era miembro de la sociedad de cirugía plástica y que es docente, cosas que le dieron confianza; que el Dr. AGUIRRE le dijo que luego de eso no tendría que volverse a operar nunca la nariz; que sintió un compromiso de él al decirle que todo se iba a lograr; que en la consulta le hizo unos dibujos para verificar como le quedaría la nariz; que en la historia clínica quedó todo lo acordado, pues también se haría algo más en el cuerpo; que le llamó la atención que no le pidió imágenes diagnósticas adicionales de la nariz para ver que había debajo; que en la sala de recuperación la enfermera le informó que le habían quitado de la oreja para hacer un injerto en la nariz, lo que la sorprendió mucho; que luego cuando se vio con el doctor, le expresó que estaba asustada porque al quitar el vendaje se ven ahora dos protuberancias; que él le dijo que debía permanecer más tiempo con el vendaje y hacerse unos masajes y así luego no se iba a notar; que ella se hizo los masajes indicados, se cambiaba el vendaje muy seguido, pero con el paso de los meses empeoró porque al no estar ya inflamada quedó expuesta la protuberancia igual, así que fue a la consulta, donde el Dr. AGUIRRE le dijo muy molesto que no la iba a volver a operar y que si ella quería le inyectaba corticoides; que ella se molestó con esa actitud del médico y le pidió su historia clínica para pedir una segunda opinión; que él le pasó un resumen de la historia clínica, incluyendo hechos que no son verdad, como que ella no había asistido a los controles y omitió incluir que él le sugirió inyectarse esas sustancias.; que esa historia estaba bastante mal hecha; que por lo anterior fue a consultar con otros dos médicos cirujanos plásticos: ERNESTO ANDRADE, que le dijo que ese cartílago curvo que le retiraron de su oreja no debió ponerse ahí, porque ya había otro tipo de injertos que no son del paciente y que vienen planos para evitar otras protuberancias; que al preguntarle por la opción de inyectar corticoides, se sorprendió mucho y le dijo que por favor no se le ocurriera hacerse eso. Le dio un presupuesto de \$14.000.000; que luego fue donde la Dra. OSIRIS ARÉVALO, quien le dijo algo parecido, indicándole que ese tipo de injerto de cartílago curvo es para la punta de la nariz, no para la parte superior y que el procedimiento de inyectarse

corticoides no es seguro y no está avalado para uso en la cara; que decidió demandar porque debe ser resarcida con la repetición de la cirugía, porque el resultado de su nariz no es lo que ella quería y él nunca le advirtió que quedaría así, por lo que se sintió engañada; que ahora ve al médico en actitud soberbia; que después de la cirugía asistió a tres controles, pues esas fueron las veces que él la citó y en el último ella fue quien pidió cita pero fue cuando él se molestó; eso fue en 2012; el compromiso del médico fue dejarle la nariz recta, conforme a sus propios dibujos en la historia clínica, pero nunca le habló de que tenía que ponerle injertos; que le prometió quitarle la giba de la nariz, lo que en efecto hizo, pero quedando estas protuberancias; que fue sorpresa enterarse que le tomarían parte de su oreja, porque eso no le fue advertido; que recuerda que le hicieron firmar varios documentos justo antes de ingresar al quirófano pero no recuerda que en algún consentimiento informado dijera lo del injerto; que no hizo uso de la póliza de complicaciones de la cirugía, porque ella entiende que es para casos de efectos como una infección, una embolia o muerte accidental, pero no consideró que pudiera reclamar para un caso como el suyo; que en la primera cirugía que se había hecho años atrás, le quedó una giba, pero no era respuestas de su organismo, sino que no le quitaron una que tenía de nacimiento; pero el médico demandado, le formó otras más abajo que no tenía y para las que no pagó; que lo que tiene en la nariz no es una recidiva sino un error médico; que no recibió una cotización formal de los otros médicos, por cuanto ella no se decidió a hacerse el procedimiento en aquella época; que los arreglos que le hizo en el cuerpo no le quedaron mal; que la oreja le duele al tallarse en la ducha, en el punto de la cicatriz.

2. Interrogatorio al demandado Dr. HERLEY AGUIRRE: Indicó que él si le informó de manera clara a la demandante el procedimiento, por cuanto se trata de una cirugía secundaria, es decir que ella ya se había sometido a una cirugía anterior; que en este tipo de cirugías no se sabe con qué se va a encontrar y son muy dispendiosas; que ella no dijo que le habían recortado el cartílago del ala superior izquierda de la nariz en la primera cirugía; que le dedicó bastante tiempo explicándole que había que hacer. Además, quería hacerse una liposucción; que con este tipo de pacientes siempre les advierte que va a modificar la forma, pero no a mejorar porque no sabe qué va a pasar porque hay una serie de factores aleatorios, por ejemplo, de cicatrización; que a ella se le explicó que de pronto iba a tocar sacar cartílago de otras partes si no había suficiente, lo que en efecto sucedió, pues ya en la cirugía se encontró con una cantidad severísima de tejido de cicatrización. Entonces se tomó cartílago de la oreja, lo que se le advirtió previamente, así ahora no lo reconozca; que el último control al que ella asistió fue 10 días después, cuando el resultado es incierto, pero ella nunca más vuelve a controles; que ese día no era el momento de evaluar resultados; que había un poquito de inflamación en el dorso, pero en esos casos se maneja con masajes o con cintas y ya después de un año si se pueden

utilizar corticoides; que ella iba a hablar con la secretaria justo cuando él no estaba. Luego llego un año después, con un oficio solicitando copia de la historia clínica; que a ella también se le advirtió que el abordaje es abierto porque es una rinoplastia secundaria y así debe ser según la lex artis; que en resumen se trata de una paciente que abandonó su tratamiento y solo la volvió a ver el día de la conciliación previa y si le vio una pequeña prominencia que se puede manejar muy fácilmente; que los controles postoperatorios son fundamentales, tanto los inmediatos, como en los mediatos e incluso en el tardío porque depende de la evolución, Puede haberse presentado una cicatrización gruesa y ahí se va manejando y moldeando; que en el tratamiento se va moldeando con cintas y otras cosas; que en el consentimiento informado es claro que el propósito es modificar el contorno corporal y la nariz para manejar la obstrucción e intentar enderezarla y cuando el entró, encontró que los cartílagos estaban amputados en la punta, había que hacer reconstrucción; que él nunca se comprometió a dejar la nariz de una forma determinada, porque por su experiencia en medicina legal sabe que la labor médica es de medios y no de resultados; que si diligenció una historia clínica completa en debida forma con todos los antecedentes; que le hizo dibujos pues lo acostumbra así para ilustrar mejor al paciente; que la razón por la que la historia es del 12 de mayo de 2013, mientras que los dibujos son de un año antes, es porque se trata del resumen solicitado por ella un año después de la cirugía; que tiene 28 años haciendo cirugía estética; que si se acordó hacer una rinoplastia secundaria, no funcional, pero en la cirugía resulto que había una afectación, que corrigió; encontró un desviación y la vertiente izquierda deprimida, así que debía corregirse el problema; que se apoyó primero en el examen clínico y no consideró pertinente tomar imágenes diagnósticas porque el caso estaba más afectado en la parte externa que en la interna; que la explicación para ella fue muy completa y clara, teniendo en cuenta que está hablando con una profesional de la salud; que en la historia clínica no dejó constancia de la inasistencia de la paciente a los controles, porque siempre pensó que iba a volver en cualquier momento y teniendo gran número de pacientes, no siempre puede estar atento a quien llegó y quien no; que tiene el consentimiento informado de la Clínica Corpolaser que adjuntó a la historia clínica; que en esta no quedó consignado el injerto tomando cartílago de la concha auricular, pero lo hizo verbalmente con ella, explicándole ampliamente; que no tomó consentimiento informado de ese punto exacto, pero cuando le explicó la posibilidad de hacerlo, ella pudo oponerse y no lo hizo; que es un abanico de posibilidades; que en la única consulta, él le indico hacer masajes en la nariz y así está descrito en la historia clínica. Ahí está la prominencia y la nota de masajes, que la opción de corticoides es para un año después, no antes; que el consentimiento informado puede ser o no escrito, pero es necesario que exista la voluntad del paciente; que existe el consentimiento para el procedimiento quirúrgico, el de anestesia y el de enfermería; que la paciente nunca le manifestó que no autorizaría recurrir a un injerto tomando cartílago de otra parte como ocurrió; que ella no puso

ninguna queja en la clínica, que la toma del cartílago está absolutamente soportada en la literatura médica, no es caprichosa de su parte. Suele recurrirse a esto en cirugías de rinoplastia secundaria; que él no podía pedir la historia clínica luego de la cirugía pues se le entrega directamente a la paciente o por orden de un juzgado; que, a hoy, analizando de manera retrospectiva, él definitivamente hubiera actuado en este caso exactamente igual a como lo hizo en esa oportunidad.

En la Audiencia de que trata el artículo 373 C.G.P., se recepcionaron las siguientes pruebas.

Interrogatorio al perito Dr. RAFAEL ENRIQUE POLO: Indicó que tuvo como fuente para su experticia la entrevista directa con la paciente demandante; la historia clínica incompleta que tiene el Dr. AGUIRRE; la historia clínica de la Clínica Corpolaser; los documentos del anestesiólogo; dos informes de dos cirujanos plásticos a los que consultó la paciente; la literatura médica y sus 40 años de experiencia en cirugía plástica; que comienza con la historia clínica que debe contener todo el examen clínico e interrogatorio; posteriormente, debe contener el procedimiento que se hizo; que técnica se empleó; si hubo complicaciones durante el acto quirúrgico; hallazgos etc; cuando se le da de alta, se debe consignar si se remite a otra institución o no; si sale con medicamentos y cuales, cuando deberá hacerse el control post operatorio; evolución del paciente; que nada de eso aparece en la historia clínica de este caso; que le llama la atención que del informe de la perito de la parte demandante Dra. Lisette Barreto, se lee la indicación de masajes ante la insatisfacción de la paciente en el primer y único control post operatorio hecho 40 días después de la cirugía; que en cuanto al consentimiento informado es muy importante porque es donde el paciente asume los riesgos que deben quedar claros, particularmente respecto del posible injerto, porque incluso la zona donadora también puede tener complicaciones como por ejemplo, se puede necrosar; todo eso debe quedar por escrito. Este documento también brilla por su ausencia en este caso; que aquí el injerto no funcionó correctamente, porque se desplazó y formó una deformidad que es el motivo de inconformidad de la paciente; que para esto el Dr. Aguirre le recomendó como tratamiento masajes; que buscó en la literatura médica tal procedimiento, pero no lo encontró; que la paciente acudió a dos médicos diferentes, en fechas distintas para una segunda opinión y ninguno de los dos le recomendó los citados masajes. Ambos y por escrito, le sugirieron una nueva rinoplastia; que si es posible que en una rinoplastia secundaria se encuentren alteraciones anatómicas; que los controles post operatorios son fundamentales en cualquier cirugía para establecer la evolución y si hay complicaciones se puedan controlar; que no le parece lógico que el paciente no quiera asistir a los controles; que era importante que el cirujano le advirtiera a la paciente la posibilidad de tener que recurrir a un injerto; que la historia clínica está incompleta; que presentar una epicrisis posterior con elementos que no aparecen en

la historia clínica, significa que está tergiversado, pues siempre debe ceñirse al documento inicial; que no encontró en el documento allegado por el cirujano plan de manejo para la rinoplastia, tampoco consentimiento informado que contuviera las posibles complicaciones por ser una rinoplastia secundaria, tampoco los controles posteriores a la paciente; la descripción quirúrgica la encontró en la epicrisis mas no en la historia clínica; no hay prueba de haber informado la toma de muestra del pabellón auricular para la rinoplastia; que posterior al injerto no hay en la historia clínica ninguna anotación sobre la evolución del injerto; tampoco encontró anotaciones de los hallazgos post quirúrgicos al retirar vendajes; que no es lógico que la historia clínica tenga un contenido y la epicrisis otro. Eso no es legal; que los masajes sugeridos por el Dr. Aguirre no se ajustan a la lex artis; que si están indicadas las nuevas intervenciones quirúrgicas después de un año; que en la historia clínica, ante la deformidad presentada, no encontró recomendación de próxima valoración para evaluar re intervención quirúrgica; que el desplazamiento del cartílago implantado es una complicación, pero ese riesgo debe ser asumido por el paciente en el consentimiento informado. Al no estar presente este, el riesgo lo asume el médico.

- Interrogatorio presentado por la perito de la parte demandada, Dra LISETTE BARRETO: Médica especialista en cirugía plástica, estética y reconstructiva de la U. del Rosario desde 1995. Trabaja en la Fundación Santafé; que para este caso recibió una historia clínica con la firma y sello del Dr. AGUIRRE, unas fotografías y la historia clínica de la clínica Corpolaser en la cual está un consentimiento informado y una descripción quirúrgica; también literatura médica; que se trata de una rinoplastia secundaria, lo que implica necesariamente la presencia de tejido cicatrizal que altera los tejidos; que en la historia clínica observó dibujos que le parece una forma idónea de explicar al paciente en lugar de referirse con términos muy técnicos; que en cuanto a la descripción quirúrgica encontró que el cirujano hizo una rinoplastia abierta, lo que permite una mejor visualización de las estructuras; que había ausencia de cartílago en el lado izquierdo, tiene amputado el alar izquierdo; que en el consentimiento informado se indica que es una rinoplastia secundaria; allí se aclara que se va a intentar reorganizar los tejidos, pero el injerto es una decisión intra operatoria con base en los hallazgos presentados; que en el consentimiento informado se indicaron posibles complicaciones pero literalmente no se dijo que se tomaría cartílago de otra parte del cuerpo; que el cartílago no se le implantó en el dorso de la nariz sino en la parte lateral, para rellenar el sitio de la amputación del cartílago alar; que en los primeros controles post operatorios se va moldeando; que el 10 de julio hay una nota en la que dice que se nota todavía el cartílago. Eso debe estarse observando, por si hay procesos de cicatrización abultados que se pueden moldear. Ahí la literatura presenta un amplio espectro de opciones tales como poner láminas de silicona, micropore, masajes y más adelante, si ya la cicatrización está

establecida, podrían usarse corticoides para moldear. Esto es porque luego de varios años el tejido sigue moldeándose; que la nariz no termina el proceso de cicatrización antes de uno o dos años; que en cirugía estética es frecuente que no se registren los controles porque son muy breves; que en la historia encontró el plan de tratamiento; que se indica el control del 10 de julio de 2012; que el cirujano sí expuso los posibles riesgos de una rinoplastia secundaria, pero lo del cartílago solamente puede saberlo hasta entrar en la cirugía; que le quedó claro que se le hicieron amplias explicaciones a la paciente aunque es una profesional de la salud; que sí considera el actuar del Dr. Aguirre ajustado a la lex artis porque es coherente con la literatura médica; que el REPS es un registro estatal del médico y del consultorio donde aparece la habilitación del consultorio y del médico para atender una especialidad específica; el RETUS es otro registro más amplio; que no conoce a ningún cirujano plástico que no ejerza de manera independiente, es decir que no tenga su consultorio; que la Sociedad Colombiana de Cirugía plástica es una agremiación privada de profesionales de esa especialidad, de carácter científico. Para ingresar se le hace una revisión de su curriculum y debe cumplir unos parámetros, porque muchos se forman en el exterior. Exige estar en constante actualización. Tiene un comité de ética de los afiliados; que considera que en ese caso el diagnóstico del médico es adecuado.; que se especifican los detalles que importan al caso, como por ejemplo que hay una laterorrinia (desviación de la nariz) y obstrucción lateral. Que es un diagnostico apropiado para una rinoplastia secundaria; que en la historia clínica están registradas dos amplias consultas previas a la cirugía, lo que se nota en los dibujos del médico ocurrieron el 15 de marzo y el 24 de mayo de 2012; que ordenó los exámenes pre quirúrgicos adecuados, pero estos no permiten establecer si la cirugía se va a complicar; que en su opinión la historia clínica contiene los registros completos y pertinentes para informar a sus pares sobre lo acontecido con la paciente. A ella le permitió formarse una idea adecuada; que los riesgos en este tipo de cirugías pueden ser hematomas, infecciones, alteraciones de cicatrización, recidivas que están asociadas a la rinoplastia secundaria; que ella hubiera efectuado el mismo procedimiento, pues lo más inocuo es tomar cartílago de la oreja y no por ejemplo de la costilla; que habría sido anti ético no solucionar al enfrentar el hallazgo de la ausencia de cartílago; que en el consentimiento informado no necesariamente debe consignarse el injerto porque no se sabe con qué se va a encontrar; que aquí el cirujano no tenía planeado que no existiera el septum (lámina de cartílago que divide las fosas nasales); que es normal que en el consentimiento informado solo se indiquen riesgos generales; que el consentimiento informado no es solo el papel que se firma, es toda la explicación al paciente en las charlas de información previa, por lo que es válido incluir dibujos; que se observa adecuado manejo en el control post operatorio; que no le parece adecuado antes de tres años efectuar una cirugía terciaria; que en el control se evidenció una prominencia sobre el injerto de cartílago lateral que se puede solucionar con micropore y también algunos masajes para que

se adosen las superficies; que no observó ninguna secuela en la oreja; que actualmente no ha visto a la paciente y las fotos no son suficientemente claras; que el proceso de cicatrización no es imputable al cirujano sino propio de cada paciente; que las cotizaciones de otros médicos no son referente de la adecuada praxis del médico; que existe mucha literatura que avala el uso de los masajes, micropore, y unas bandas especiales; eso no implica que necesariamente vaya a pegar el injerto, pero es lo que los cirujanos plásticos hacen en esos casos para moldear los procesos de cicatrización; que en su opinión, el Dr Aguirre si tuvo en este caso una buena praxis porque elaboró una adecuada historia clínica, la literatura apoya el procedimiento que llevó a cabo, hizo una adecuada revisión de la paciente, es decir si se ajusta su actuar a la *lex artis*; que sí tuvo acceso al dictamen pericial elaborado por el cirujano plástico Dr. Rafael Polo y le llama la atención que parece no interesarle la cirugía en sí, porque todos los cirujanos, para emitir un concepto, quieren saber que sucedió dentro de la cirugía y los hallazgos para ser evaluado correctamente el resultado; que observa que no tuvo en cuenta la historia clínica tildándola de incompleta. Tal vez, las de él tengan más parte escrita, pero a su juicio es una historia suficientemente ilustrativa; que con respeto opina que las referencias bibliográficas que él cita, le parecen fatales y muy imprecisas pues no cita el número del tomo, por ejemplo y hace referencia autores que han escrito mucho sobre el tema, como el Dr Ortiz Monasterio, pero se queda sin saber de cual publicación de él tomo sus opiniones; que cada uno tiene su propio método para elaborar un concepto; que el que ella usa es el método de Descartes, es decir, de elaborar una tesis, una antítesis para llegar a una conclusión que en este caso es que si se cumplió con la *lex artis*; que en su opinión el sistema de este concepto judicial es pobre, porque hace afirmaciones y no explica de donde las sacó; que en su experiencia como perito de su especialidad, tiene claro que nunca basta con el simple dicho del paciente, sino que es indispensable recurrir a la historia clínica, porque es obvio que mirar en retrospectiva siempre es más fácil; por ejemplo si el Dr. Aguirre hubiera sabido que la paciente no tenía septum, tal vez ni la opera; que ella tiene claro que sin una historia clínica que contenga una clara descripción quirúrgica, no acepta dar un concepto pericial porque no está contando con todos los elementos si le presentan la versión parcializada de una paciente; que se ratifica totalmente en lo expuesto en su dictamen;

Agotada la etapa probatoria, se escucharon los alegatos de las partes, motivo por el cual, es el momento de proferir sentencia.

CONSIDERACIONES

PRESUPUESTOS PROCESALES

Sobre la presencia de los elementos necesarios para la regular formación y el perfecto desarrollo del proceso, considerados por la jurisprudencia y la doctrina como presupuestos procesales, no hay reparo alguno, no hay duda acerca de la competencia del juzgado para conocer del litigio; se cumplen las exigencias generales y específicas de la demanda; hay capacidad para ser parte y capacidad procesal.

MARCO JURÍDICO DE LA OBLIGACIÓN:

Como fuente de obligaciones, nuestra órbita jurídica recoge el principio universalmente aceptado, según el cual, el que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro está obligado a repararlo (Art. 2341 del C.C.).

Por regla general, la consumación de un hecho violatorio de un derecho ajeno impone la obligación jurídica a su autor de reparar el daño causado, cualquiera que sea la fuente de la obligación. Por esta razón, la acción encaminada al resarcimiento del perjuicio recibido con ocasión del hecho violatorio, persigue en primer término, que se declare responsable al demandado en el campo en que ella se origine, pues unas veces tiene escenario en el ámbito contractual, si deviene del incumplimiento de obligaciones previamente adquiridas, y otras en el extracontractual, cuando no existe ese medio convencional previo, pero se ha violado una norma de conducta o se ha realizado un comportamiento que causa daño al demandante.

DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA:

La legislación civil colombiana, especialmente el Código Civil, carece de normas expresas que se refieran al ejercicio de la actividad médica; pero por remisión analógica se encuentra que el artículo 2144 del Código Civil señala que “Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona, respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato”.

Además, las obligaciones que cobijan al profesional médico en ejercicio de sus funciones son, por regla general, de medio, y no de resultado, es decir, que el contratado médico debe desplegar todos sus conocimientos, idoneidad, pericia, ciencia y prudencia en pro del paciente a su cargo, sin que pueda responder por el mal desenlace de la enfermedad de éste.

Desde este punto de vista, la culpa en los servicios prestados por los galenos debe probarse; la culpa, ha dicho la doctrina y la jurisprudencia, es obrar con imprudencia, impericia o negligencia, ante una determinada situación, caso en el cual, siguiendo las reglas probatorias impuestas por el artículo 167 del Código General del Proceso, para el éxito de las pretensiones incumbe a la parte demandante probar la imprudencia, impericia o negligencia del médico tratante, o el diagnóstico, tratamiento o procedimiento médico que haya generado el perjuicio cuya indemnización se reclama.

Sobre la responsabilidad médica la jurisprudencia ha precisado:

“8.1.- La sentencia de 05 de marzo de 1940, constituye uno de los precedentes de frecuente recordación, pues precisó que la “obligación del médico” es por regla general de “medio”, y en esa medida “(...) el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia y los cuidados de prudencia sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de éste”, y en punto de la “culpa” se comentó: “(...) la responsabilidad del médico no es ilimitada ni motivada por cualquier causa sino que exige no sólo la certidumbre de la culpa del médico sino también la gravedad. (...) no la admiten cuando el acto que se le imputa al médico es científicamente discutible y en materia de gravedad de aquélla es preciso que la culpa sea grave, (...)” (G.J. N° 1953, pág. 119).

8.2.- En fallo de 12 de septiembre de 1985, se expuso: “(...) con relación a las obligaciones que el médico asume frente a su cliente, hoy no se discute que el contrato de servicios profesionales implica para el galeno el compromiso si no exactamente de curar al enfermo, sí al menos de suministrarle los cuidados concienzudos, solícitos y conformes con los datos adquiridos por la ciencia, (...). Por tanto, el médico tan sólo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo; de suerte que en caso de reclamación, éste deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación” (G.J. CLXXX N° 2419, pág. 420).

(...)

8.4.- En sentencia sustitutiva de 12 de julio de 1994, en la que se examinó la responsabilidad de una institución de salud, por razón de las secuelas de un paciente a quien le prestó algunos servicios médicos, se indicó que aquella se origina “(...) cuando en desarrollo del correspondiente contrato se incurre en culpa profesional o institucional del caso (...). Luego, para que esta culpa sea idónea en su responsabilidad es necesario que sea imputable al profesional o institución médica correspondiente y que además sea la causa eficiente de los perjuicios que se ocasionen al paciente, esto es, igualmente indispensable que exista relación de causalidad entre la primera y los últimos” (G.J. CCXXXI N° 2470, pág. 306).

(...)

8.6.- En lo que atañe a las entidades prestadoras de servicios de salud, en casación de 22 de julio de 2010, exp. 2000-00042-01, precisó que “los establecimientos clínicos, hospitalarios y similares son aquellas instituciones prestadoras de los servicios de salud, ya sean públicas, privadas o mixtas, en las fases de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación física o mental, y que éstas pueden clasificarse, según el tipo de servicios que ofrezcan, como instituciones hospitalarias e instituciones ambulatorias de baja, media y alta complejidad (Artículos 1º y 2º de la Resolución No. 4445 de 1996, Ministerio de Salud).

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

“Empero, a esa conclusión no se opone que el juez, atendiendo los mandatos de la sana crítica y mediante diversos procedimientos racionales que flexibilizan el rigor de las reglas de la carga de la prueba, asiente determinadas inferencias lógicas enderezadas a deducir la culpabilidad médica en el caso concreto. En efecto, como quiera que es posible que una rigurosa aplicación de la disposición contenida en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil puede aparejar en este ámbito el fracaso de la finalidad reparadora del régimen de la responsabilidad civil, particularmente, por las dificultades probatorias en las que se puede encontrar la víctima, no es insensible la Corte ante esa situación, motivo por el cual asienta que, teniendo en consideración las particularidades de cada caso en concreto, lo que repele indebidos intentos de generalización o de alteración de los principios y mandatos legales, y en la medida que sea posible, puede el juez acudir a diversos instrumentos que atenúan o “dulcifican” (como lo denominan la doctrina y la jurisprudencia españolas) el rigor del reseñado precepto.

“Así, dependiendo de las circunstancias del asunto, se insiste una vez más, es posible que el juez, con sujeción a las normas jurídicas y de la mano de las reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica, deduzca ciertas presunciones (simples o de hombre) relativas a la culpa galénica; o que lo haga a partir de indicios

endoprocesales derivados de la conducta de las partes (artículo 249 *Ibídem*); o que acuda a razonamientos lógicos como el principio *res ipsa loquitur* (como cuando se olvida una gasa o material quirúrgico en la zona intervenida, o se amputa el miembro equivocado, etc.); o teniendo en consideración la manifiesta anormalidad de las consecuencias del acto médico deduzca una ‘culpa virtual’ o un ‘resultado desproporcionado’, todo lo anterior, se reitera aún a riesgo de fastidiar, sin que sea admisible la aplicación de criterios generales que sistemática e invariablemente quebranten las reglas de distribución de la carga de la prueba previstos en el ordenamiento”.

8.7.- Respecto del “acto médico”, en fallo de 26 de noviembre de 2010 exp. 08667-01, expuso “(...) que se trata de toda aquella actividad mediante la cual el galeno se compromete a emplear su habilidad y sapiencia con miras a curar al enfermo; para tal efecto, debe desarrollar un conjunto de labores encaminadas al diagnóstico, pronóstico y tratamiento de aquel y, de ser el caso, a intervenirlo quirúrgicamente”.

8.8.- Y en casación de 30 de noviembre de 2011, exp. 1999-01502-01 anotó que “(...) en línea de principio, las acciones dirigidas a que se declare la responsabilidad civil derivada de la actividad profesional médica, siguen la regla general que en cuanto hace a la carga probatoria contempla el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, por lo que compete al demandante acreditar sus elementos estructurales, entre ellos, la culpa de la parte demandada, sin que tal deber resulte desvirtuado por la circunstancia de que, según las particularidades de determinados casos, pueda flexibilizarse dicho principio procesal y, en tal virtud, recurrirse a instrumentos lógicos como lo señalados por la Corte, en procura de tener por acreditados los requisitos axiológicos propios de la indicada clase de responsabilidad civil, en particular el atinente a la imputación subjetiva del galeno demandado”.¹

CASO CONCRETO

Vuelta la mirada al caso sometido a consideración de este juzgado, se desprende de la narración fáctica de la demanda, que la responsabilidad que se atribuye al demandado HERLEY AGUIRRE SERRANO, se deriva de la cirugía estética de nariz denominada rinoplastia, que le practicó a la demandante ADRIANA ROJAS SÁNCHEZ, el día 31 de mayo de 2012.

Debe recordarse que nuestro ámbito jurídico parte del supuesto de la necesidad de la prueba, acorde con lo establecido por el artículo 164 del Código General del Proceso, así como la carga de la prueba que pregonan los artículos 168 *Ibídem* y que impone a las partes probar los supuestos de hecho esgrimidos a su favor, caso en el cual, la labor probatoria de la parte demandante probar tales hechos, vale decir, los diagnósticos equivocados y el efecto adverso de tales diagnósticos y de los

¹ Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia, sentencia, 30 de agosto de 2013, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda, exp. No. 11001-31-03-018-2005-00488-01.

procedimientos quirúrgicos practicados a la demandante, todo, por culpa de la parte demandante.

Probatoriamente constituyen puntos pacíficos en la presente litis: i) la demandante ADRIANA ROJAS SÁNCHEZ fue intervenida quirúrgicamente por el galeno HERLEY AGUIRRE SERRANO el día 31 de mayo de 2012 para la práctica de cirugía estética de nariz rinoplastia y liposucción como cirugía estética de mejoramiento del contorno corporal; ii) que posterior a la cirugía de nariz, la curvatura de la misma cada vez es más pronunciada y presenta una tumoración en la cara lateral izquierda; iii) que para el procedimiento de rinoplastia el cirujano acudió a injerto tomando tejido de la concha auricular de la oreja derecha.

En consecuencia, el problema jurídico en la presente litis, se concreta a determinar si hubo negligencia, impericia o imprudencia imputable al galeno demandado, que haya generado el daño cuya indemnización se deprecia. Ello, por cuanto, según consideraciones precedentes, la culpa como elemento constitutivo de la responsabilidad médica, en este caso no se presume y, por tanto, debe ser probada en forma fehaciente, principio que desde luego comprende las cirugías con fines estéticos, como lo precisó el órgano de cierre en reciente data:

“En suma, en asuntos estéticos se aplica, como pauta ordinaria, el criterio de las obligaciones de medio y, consecuentemente, la culpa probada -que trasluce la carga para el demandante de acreditar el error médico-. Por excepción entra en vigor la culpa presunta, esto es, que se infiere la falla sanitaria a partir de la ausencia de un resultado, cuando los galenos se han comprometido a alcanzar este último en aplicación de la libre autonomía de la voluntad, como lo ha asegurado este órgano de cierre:

[E]n materia de contratación de intervenciones quirúrgicas, las partes son las llamadas a expresar en qué términos comprometen su voluntad, cuya expresión prevalece según regla general que caracteriza el derecho privado en el ordenamiento patrio (art. 1602, C. C.), emerge como verdad de a puño que es ineludible explicitar con claridad el contenido del negocio jurídico bilateral celebrado entre las partes, en especial, lo atinente a las prestaciones contractuales a las que se obligó el médico, todo con arreglo a la prueba recaudada y a los principios de orden probatorio al caso, incluyendo, desde luego, los contenidos en los artículos 174 y 177 del C. de P. C. (SC, 19 dic. 2005, rad. n.º 1996-05497-01)” Sala de Casación Civil Corte suprema de Justicia, sentencia, SC4786-2020, del 7 de diciembre de 2020, M.P., Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

Podría considerarse en principio que en el asunto en estudio se trata de una obligación de resultado, como quiera que la intervención del galeno consistía en un procedimiento estético para la corrección de nariz, según lo afirma la demandante en

su demanda. No obstante, es de tener en cuenta que, como también lo afirmó la demandante en la demanda, en pretérita ocasión ya se había sometido un procedimiento similar, vale decir, rinoplastia, en el año 2009, situación que fue ratificada en el interrogatorio de parte que absolvió, en él admite que como resultado de la primera intervención quedó con una pequeña protuberancia que pretendía corregir con la segunda intervención.

No aparece la causa de la presencia de dicha protuberancia pese a haberse sometido al mismo procedimiento en pretérita ocasión, por lo que queda en duda si de lo que en verdad se trataba era de un procedimiento de mero embellecimiento o en verdad de corrección de defectos derivados de la primera intervención. Además, tampoco se aportó prueba alguna que permita determinar que la segunda intervención practicada por el galeno demandado era de simple embellecimiento como lo afirma la demandante, en virtud de lo cual no resulta admisible para este estrado judicial considerar que la obligación del demandado era de simple resultado y que por ello la culpa se presume, como se plantea en la demanda, pues no existen elementos probatorios que permitan llegar a tal conclusión, en virtud de lo cual era deber procesal de la demandante, probar la culpa del demandado en la producción del daño cuya indemnización se reclama.

Sobre el punto, hay que precisar que, como la afectación que se pregonaba como daño en la demandante, se relaciona de manera directa con su salud, la prueba idónea para acreditarla es la médico-legal, en la que persona o personas con la profesión y conocimiento especializado en la materia, determinen el diagnóstico equivocado y los errores en los procedimientos quirúrgicos practicados a la demandante y que se relacionan en la demanda.

Ello, por cuanto si bien es cierto la historia clínica aportada con la demanda, refleja la existencia del diagnóstico y procedimientos médicos practicados a la demandante, de ellos no puede concluirse sin atisbo de duda, que ciertamente existió imprudencia, negligencia o impericia por parte del demandado pues no se requieren profundadas consideraciones para señalar, sin lugar a equívocos, que escapa al ámbito del conocimiento y experiencia profesional de esta funcionaria valorar y emitir concepto con fuerza de verdad sobre el error médico pregonando en la demanda. Mal puede el juez de conocimiento suponer la relación de causalidad entre los procedimientos aplicados a la demandante y las presuntas omisiones en que se funda la demanda.

La historia clínica por sí misma, no constituye prueba de la responsabilidad que se atribuye al demandado, pues como lo tiene decantado la jurisprudencia constitucional, ***“La historia clínica es un documento privado que comprende una relación ordenada y detallada de todos los datos acerca de los aspectos físicos y psíquicos del paciente. El***

artículo 34 de la Ley 23 de 1981 define dicho documento como ‘el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente...’ (Sentencia T-408-14, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

Puede que esa relación ordenada y detallada de todos los datos acerca de los aspectos físicos y psíquicos del paciente, analizada por expertos permita inferir que hubo omisión o falla en la atención del paciente, pues solo el conocimiento médico calificado es el llamado a determinar con grado de certeza que la intervención quirúrgica o el diagnóstico, fueron errados, que hubo omisión o negligencia y que por ello se generó el daño cuya indemnización se pretende.

A propósito del alcance probatorio de la historia clínica, tiene decantado la jurisprudencia que:

“Tal compilación informativa en la que se individualiza a la persona que requiere de atención médica y se relata de forma discriminada la forma como se le presta, lo que comprende una descripción del estado de salud de arriba, los hallazgos de su revisión por el personal encargado, los resultados de las pruebas y exámenes que se practiquen, los medicamentos ordenados y su dosificación, así como todo lo relacionado con las intervenciones y procedimientos a que se somete, es una herramienta útil para verificar la ocurrencia de los hechos en que se sustentan los reclamos del afectado con un procedimiento de esa naturaleza.

Su conformación debe ser cronológica, clara, ordenada y completa, pues, cualquier omisión, imprecisión, alteración o enmendadura, cuando es sometida al tamiz del juzgador, puede constituir indicio en contra del encargado de diligenciarla.

De todas maneras su mérito probatorio debe establecerse «de acuerdo con las reglas de la sana crítica», debiendo ser apreciada en conjunto con las pruebas restantes, máxime cuando su contenido se refiere a conceptos que en muchos casos son ajenos al conocimiento del funcionario”.²

Es por ello que aquellos temas ajenos al conocimiento del derecho y que requieren ilustración especializada, pueden ser probados en el proceso a través de la prueba pericial, que a voces del artículo 226 del Código General del Proceso, “... **es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos**”.

En punto a la culpa, la revisión del proceso deja al descubierto la escasa presencia de elementos probatorios sobre tal tópico. Solo se aportó dictamen pericial rendido por el perito Dr. RAFAEL ENRIQUE POLO, cuyo trabajo reposa en el archivo 30 del expediente digital y que se destaca por su imprecisión y vaguedad sobre el tema que se averigua, pues ni por asomo se ocupó de memorar y valorar el procedimiento

² Corte Suprema de Justicia, sentencia SC15746-2014, noviembre 14 de 2014, exp. No. 11001-31-03-029-2008-00469-01, M.P. Dr. FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

quirúrgico practicado por el demandado; de los hallazgos encontrados por el galeno al momento del procedimiento y si la conducta del demandado se ajustó a la lex artis, o si por el contrario, incurrió en omisión o negligencia que haya generado la protuberancia génesis de la presente acción.

Se limitó a hacer observaciones subjetivas como que “Durante el acto operatorio el Cirujano Plástico Aguirre Serrano tomo de forma INCONSULTA injerto auricular para el dorso nasal, hecho este que incomodo a la paciente porque no se le consulto antes del procedimiento”, limitada dicha observación aparentemente a no haberse informado a la paciente sobre el injerto, no obstante en las conclusiones señaló que “Si bien es cierto que el injerto de cartílago auricular se viene utilizando de tiempo atrás tanto para rinoplastias primarias y secundarias, no es menos cierto que para ello el paciente debe estar debidamente INFORMADO y su consentimiento al respecto debe quedar consignado en un DOCUMENTO ESCRITO, cosa esta que tampoco ocurrió”. En otras palabras, no descarta la pertinencia del injerto, pero lo descalifica por no haberse informado en el correspondiente consentimiento. Hace referencia a aspectos del postoperatorio como el abandono de la paciente por parte del demandado y la impertinencia de recomendar masajes para la corrección de la protuberancia, pero ni por asomo hace referencia al procedimiento quirúrgico mismo, a la actividad que desplegó, ni mucho menos a la conveniencia o inconveniencia de cada una de las actividades ejecutadas por el cirujano en el momento del procedimiento. Solamente al final de sus conclusiones señaló que “Finalmente no dudo de las calidades profesionales del Dr. Aguirre Serrano, pero en este caso cometió errores que dejaron secuelas en la paciente Adriana Rojas Sánchez y por ello ella reclama compensación”, sin que haya precisado los presuntos errores que definitivamente incidieron en el daño que a su juicio se generó.

En el interrogatorio de parte, el perito hace referencia a que la historia clínica está incompleta, pues considera que esta debe contener todo el examen clínico e interrogatorio; posteriormente debe indicar el procedimiento que se hizo; que técnica se empleó; si hubo complicaciones durante el acto quirúrgico; hallazgos etc; cuando se le da de alta, se debe consignar si se remite a otra institución o no; si sale con medicamentos y cuales, cuando deberá hacerse el control post operatorio; evolución del paciente, pero nada de eso aparece en la historia clínica de este caso; que en el consentimiento informado no aparece la autorización para el injerto; que aquí el injerto no funcionó correctamente porque se desplazó y formó una deformidad que es el motivo de inconformidad de la paciente; sin que explicara o fundamentara la causa para que no funcionaria, ni mucho menos señalara como tal el error médico en el galeno; afirmó que los masajes sugeridos por el doctor Aguirre no se ajustan a la lex artis, sin explicar por qué; que el desplazamiento del cartílago implantado es una

complicación, pero ese riesgo debe ser asumido por el paciente en el consentimiento informado. Al no estar presente este, el riesgo lo asume el médico.

Valga destacar sobre este dictamen, que al perito no le valió comentario alguno el hecho de que se trató de una rinoplastia secundaria; tampoco mencionó las causas de la deformidad que presentó la nariz de la demandante después de la primera intervención, ni mucho menos los efectos de ésta y sus riesgos de cara a la segunda cirugía.

Siendo la única de prueba de cargo, indudable resulta que no tiene el alcance de acreditar la culpa del demandado HERLY AGUIRRE SERRANO en el procedimiento quirúrgico que practicó a la demandante.

Por el contrario, obra en el plenario dictamen pericial rendido por la docta LISSETTE BARRETO HAUZAUR, cirujana plástica, estética y reconstructiva, en el que explicó el procedimiento adelantado, la necesidad de aplicar el injerto y señaló que la cirugía de liposucción y rinoplastia secundaria realizada en la paciente Adriana Rojas, es imposible que se pueda considerar como una responsabilidad de resultado; en Cirugía Plástica es imposible prometer un resultado pues este depende de la reacción de cada organismo así la técnica quirúrgica sea la adecuada y el ejercicio de esta sea muy depurada y en manos experimentadas; que el demandado es profesional idóneo para los procedimientos de rinoplastia y liposucción secundaria y que revisada la historia clínica, la literatura mundial, las cirugías efectuadas a la demandante están acordes a la *lex artis*; todo lo cual fue ratificado en el interrogatorio, en donde además señaló que para el dictamen recibió una historia clínica con la firma y sello del Dr. AGUIRRE, unas fotografías y la historia clínica de la clínica Corpolaser en la cual está un consentimiento informado y una descripción quirúrgica; también literatura médica; que en cuanto a la descripción quirúrgica encontró que el cirujano hizo una rinoplastia abierta, lo que permite una mejor visualización de las estructuras; que había ausencia de cartílago en el lado izquierdo, tiene amputado el alar izquierdo; que en el consentimiento informado se indica que es una rinoplastia secundaria; allí se aclara que se va a intentar reorganizar los tejidos, pero el injerto es una decisión intra operatoria con base en los hallazgos presentados; que en el consentimiento informado se indicaron posibles complicaciones pero literalmente no se dijo que se tomaría cartílago de otra parte del cuerpo; que el cartílago no se le implantó en el dorso de la nariz sino en la parte lateral, para rellenar el sitio de la amputación del cartílago alar; que en los primeros controles post operatorios se va moldeando; que el 10 de julio hay una nota en la que dice que se ve todavía el cartílago. Eso debe estarse observando, por si hay procesos de cicatrización abultados que se pueden moldear. Ahí la literatura presenta un amplio espectro de opciones tales como poner láminas de silicona,

micropore, masajes y más adelante, si ya la cicatrización está establecida, podrían usarse corticoides para moldear. Esto es porque luego de varios años el tejido sigue moldeándose; que la nariz no termina el proceso de cicatrización antes de uno o dos años; que en cirugía estética es frecuente que no se registren los controles porque son muy breves; que en la historia encontró el plan de tratamiento; que se indica el control del 10 de julio de 2012; que el cirujano sí expuso los posibles riesgos de una rinoplastia secundaria, pero lo del cartílago solamente puede saberlo hasta entrar en la cirugía; que le quedó claro que se le hicieron amplias explicaciones a la paciente aunque es una profesional de la salud; que sí considera el actuar del Dr. Aguirre ajustado a la *lex artis* porque es coherente con la literatura médica.

La idoneidad de la perito no fue desvirtuada dentro del proceso, como tampoco se desvirtuó la veracidad de sus afirmaciones, caso en el cual, no existe fundamento alguno que impida la apreciación probatoria del dictamen para que sirva de estribo a la presente decisión, amén de que, incluso, consultada aleatoriamente por parte de este despacho, la literatura médica especializada en el tema que se controvierte, ningún viso de error, contradicción o falacia se encontró en las afirmaciones de la perito, y por el contrario, ratifica sus aseveraciones.

Además, ninguna prueba aportó la parte demandante, en pos de desvirtuar las afirmaciones y conclusiones del dictamen, y por el contrario, a pesar de que la perito fue sometida a intenso interrogatorio en la audiencia de que trata el artículo 373 del Código General del Proceso por parte de este despacho, así como por parte del togado que funge como apoderado de la demandante, lejos de advertir error o mentira en ella, lo que se evidenció fue el basto conocimiento sobre el tema, fruto de su formación académica y de su experiencia profesional, que no permite viso de duda en sus afirmaciones y conclusiones.

Conclusión a la que no puede arribarse con relación al dictamen pericial aportado por la parte demandante, pues, como se mencionó en su valoración, se limitó a hacer afirmaciones subjetivas, sin explicación o justificación válida alguna, que permitiera dar seguridad, claridad y certeza sobre sus conclusiones.

Con relación al consentimiento informado y la necesidad de haber enterado a la paciente sobre el procedimiento y especialmente sobre el injerto que se le practicó, es necesario precisar que la ausencia del mismo, esto es que cuando la paciente no es debidamente informada de los riesgos que pueda tener el procedimiento médico, tal omisión conlleva a que la responsabilidad se convierta en de resultado, como lo ha explicado la jurisprudencia:

“7.1. El artículo 15 de la ley 23 de 1981 prescribe que «[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. A su vez, el artículo 12 del decreto 3380 de 1981 consagra que el «médico dejará constancia en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto o de la imposibilidad de hacerla».

Reglas que encuentran eco, modernamente, en el principio de autodeterminación individual, que permite al afectado «autónomamente decidir sobre la conveniencia o no, y oportunidad, de actos que atañen principalmente a los intereses y derechos del afectado» (artículo 35 de la ley 1164 de 2007). «De ahí, el consentimiento informado o ilustrado materializa el derecho fundamental de todo paciente a tomar decisiones preponderantes en torno a su salud física y mental, por lo tanto, de someterse libre y voluntariamente al diagnóstico o al procedimiento sugerido por el galeno, una vez ha recibido de éste la explicación suficiente, idónea y clara relacionada con el mismo» (SC7110, 24 may. 2017, rad. n.º 2006-000234-01).

Refulge que el talento humano en salud, para desarrollar sus actividades, debe actuar con el beneplácito del paciente -o la persona que lo represente-, para lo cual deberá exponerle de forma sencilla los riesgos previsibles a que se expondrá, las alternativas de tratamiento y su opinión profesional sobre el mejor curso de acción, dejándose una constancia escrita en la historia clínica de la información suministrada y la decisión que adoptó.

Ha dicho la Sala:

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 (SC, 19 dic. 2005, rad. n.º 1996-5497-01).

No se exige que la divulgación recaiga sobre todas las posibles situaciones adversas, por quiméricas que sean, sino que debe recaer sobre las normales o previsibles, con el fin de que el paciente asiente 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»[footnoteRef:11]. [11: Corte de Casación italiana, sentencia n.º 1132 de 12 de junio de 1982, tomada de Guido Alpa, Nuevo tratado de la responsabilidad civil, Jurista Editores, Lima, 2006, p. 911.]

Así lo ha reconocido la Corporación: «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).

7.2. Indubitablemente, en aplicación de las reglas de la carga de la prueba, la demostración del consentimiento y su contenido está en manos de los profesionales en salud, quienes tienen el deber de obtenerlo y documentarlo; «lo anterior es especialmente importante si se atiende a que usualmente la información será proporcionada verbalmente, porque en la relación con el paciente una información personal resulta preferible a un protocolo burocrático»[footnoteRef:12]. [12: Enrique Barros Bourie, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Ed. Jurídica de Chile, 2006, p. 684.]". Sala de Casación Civil Corte suprema de Justicia, sentencia, SC4786-2020, del 7 de diciembre de 2020, M.P., Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

Del análisis efectuado por la doctora Lisette Barreto a la historia clínica, encontró, como lo explicó en su interrogatorio, que ésta cumple los requisitos legalmente establecidos; que de ella se desprende que la demandante fue debidamente informada de los riesgos de la cirugía, incluso, en ella aparecen dibujos de tales riesgos que, a su juicio, corresponden a una forma adecuada de explicarlos; que la historia clínica contiene los registros completos y pertinentes para informar a sus pares sobre lo acontecido con la paciente. A ella le permitió formarse una idea adecuada; que los riesgos en este tipo de cirugías pueden ser hematomas, infecciones, alteraciones de cicatrización, recidivas que están asociadas a la rinoplastia secundaria; que ella hubiera efectuado el mismo procedimiento, pues lo más inocuo es tomar cartílago de la oreja y no por ejemplo de la costilla; que habría sido anti ético no solucionar al enfrentar el hallazgo de la ausencia de cartílago; que en el consentimiento informado no necesariamente debe consignarse el injerto porque no se sabe con qué se va a encontrar.

Luego, es claro que la demandante si fue informada de los riesgos de la cirugía, contrario a lo afirmado en la demanda. En cuanto al injerto, de lo dicho por la perito, incluso por el perito traído por la demandante, más allá de un riesgo, constituye una manera propia y adecuada de solucionar los hallazgos encontrados por el galeno de la cirugía, aprobada por la lex artis y en general por la literatura médica especializada En el tema y como lo señaló la mencionada a profesional.

Además, en la demanda no se señaló como fuente del error médico el injerto o haber tomado parte de la oreja, pues ningún reproche se hizo al respecto y, al parecer, la

causa del reproche deviene de no haberse informado a la paciente sobre tal proceder; no obstante, como lo explicó la profesional que rindió concepto, la demandante si fue informada del procedimiento, incluso se le explicó con los dibujos que obran en la historia clínica, y además, solo en el momento de la cirugía, se determina la necesidad de efectuar el injerto como mecanismo para resolver el hallazgo encontrado.

En este orden de ideas, es claro que la demandante no probó la culpa a cargo del demandado, que en este caso debía probar para lograr el éxito de las pretensiones de la demanda. Por el contrario, se probó mediante el dictamen pericial de la doctora Barreto que si hubo consentimiento informado, que el procedimiento efectuado por el galeno demandado fue el adecuado, que la historia clínica cumple los requisitos legales y que la protuberancia de la demandada obedece al proceso de cicatrización propio de la demandante, que pudo ser corregido a través de los procedimientos ordenados por el demandado, pero descalificados por la demandante, quien por ello no acudió a efectuarlos, tal como se desprende de la demanda, quien, según la misma, consultó con otros galenos, quienes también descalificaron las recomendaciones del demandado, sin que aparezca prueba de tales conceptos, ni mucho menos el error médico en el proceder recomendado por el demandado.

De otra parte, dicha perito fue clara en señalar la falta de claridad y objetividad del dictamen presentado por la parte demandante, pues en su versión fue clara en precisar que, en su opinión, el Dr Aguirre si tuvo en este caso una buena praxis porque elaboró una adecuada historia clínica, la literatura apoya el procedimiento que llevó a cabo, hizo una adecuada revisión de la paciente, es decir, se ajusta su actuar a la *lex artis*; y que tuvo acceso al dictamen pericial elaborado por el cirujano plástico Dr. Rafael Polo y le llama la atención que parece no interesarle la cirugía en sí, porque todos los cirujanos, para emitir un concepto, quieren saber que sucedió dentro de la cirugía y los hallazgos para ser evaluado correctamente el resultado; que observa que no tuvo en cuenta la historia clínica tildándola de incompleta, pero es una historia suficientemente ilustrativa; que con respeto opina que las referencias bibliográficas que él cita, le parecen fatales y muy imprecisas, pues no cita el número del tomo, por ejemplo y hace referencia autores que han escrito mucho sobre el tema, como el Dr Ortiz Monasterio, pero se queda sin saber de cual publicación de él tomo sus opiniones; que cada uno tiene su propio método para elaborar un concepto; que el que ella usa es el método de Descartes, es decir, de elaborar una tesis, una antítesis para llegar a una conclusión que en este caso es que si se cumplió con la *lex artis*; que en su opinión el sistema de este concepto judicial es pobre, porque hace afirmaciones y no explica de donde las sacó; que en su experiencia como perito de su especialidad, tiene claro que nunca basta con el simple dicho del paciente, sino que es indispensable recurrir a la historia clínica, porque es obvio que mirar en

retrospectiva siempre es más fácil; por ejemplo si el Dr. Aguirre hubiera sabido que la paciente no tenía septum, tal vez ni la opera; que ella tiene claro que sin una historia clínica que contenga una clara descripción quirúrgica, no acepta dar un concepto pericial porque no está contando con todos los elementos si le presentan la versión parcializada de una paciente; que se ratifica totalmente en lo expuesto en su dictamen;

En este orden de ideas, es claro que el material probatorio recopilado, aquí valorado, acredita de manera suficiente la ausencia de culpa de la parte demandada en los hechos memorados en la demanda, por lo que correspondía a la demandante, en virtud del principio de la carga de la prueba, probar de manera suficiente su teoría en cuanto la culpa del demandado, lo cual no ocurrió por las razones plasmadas con anterioridad en esta providencia.

Acorde con lo dicho, surge paladino que la parte demandante no probó la culpa que atribuye al demandado caso en el cual las pretensiones de la demanda están llamadas al fracaso y en ese sentido se proveerá en la parte resolutive de esta sentencia, condenando a la parte demandante al pago de costas del proceso.

Ante el fracaso de las pretensiones, no es necesario proceder al análisis de las excepciones de mérito.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el JUZGADO CUARENTA Y UNO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C., administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda formulada por ADRIANA ROJAS SÁNCHEZ.

SEGUNDO: Condenar a la parte demandante al pago de costas procesales. Líquidense con base en la suma de \$2'000.000 como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE



JANETH JAZMINA BRITTO RIVERO

JUEZ