



**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA UNITARIA CIVIL – FAMILIA
PEREIRA - RISARALDA**

SC-0007-2023

ASUNTO : SENTENCIA DE SEGUNDO GRADO - CIVIL
 TIPO DE PROCESO : VERBAL – RESPONSABILIDAD MÉDICA
 DEMANDANTES : MARIELA BETANCURT GIRALDO Y OTROS
 DEMANDADOS : JOSÉ ROBERTO ZULUAGA MARTÍNEZ Y OTROS
 PROCEDENCIA : JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO DE PEREIRA, R.
 RADICACIÓN : 66001-31-03-004-**2017-00203-01**
 TEMAS : CIRUGÍA ESTÉTICA – RÉGIMEN - CAUSALIDAD - PERICIA
 MAG. PONENTE : DUBERNEY GRISALES HERRERA
 APROBADA EN SESIÓN: 76 DE 22-02-2023

VEINTIDÓS (22) DE FEBRERO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

El recurso vertical propuesto por la parte actora, contra la sentencia del día **24-06-2021** (Recibido de reparto el día 15-02-2022), que definió el litigio en primer grado.

2. LA SÍNTESIS DE LA DEMANDA

2.1. LOS HECHOS RELEVANTES. El 04-09-2014 Mariela Betancurt G., fue atendida por el doctor José R. Zuluaga M., que se identificó como cirujano estético, le define “hipertrofia grasa” y recomienda lipoescultura, sin advertirle los riesgos inherentes en el consentimiento suscrito el 03-09-2014.

Se practica la cirugía el día 05-09-2014, en la clínica GAIA ESTÉTICA SAS, y egresa con instrucciones de tratamiento, horas después presenta dolor abdominal, que informa al médico, quien le dijo que era reacción natural al procedimiento. Al día siguiente tiene vómito constante, intolerancia a la comida y convulsiones, el doctor Zuluaga la visita en casa, la inyecta y no advierte grave la situación.

En los días siguientes (7, 8, y 9) persisten los síntomas y aparecen otros, el médico la asiste y receta; sin embargo, no mejora y es internada en la clínica Marañón, donde el doctor Álvarez diagnostica “sepsis abdominal” y recomienda cuidados intermedios. Luego se remite a Oncólogos de occidente, después de varios exámenes, mediante laparotomía exploratoria (12-09-2014), detectan perforación intestinal, que ameritó cirugía de urgencia para su corrección.

La paciente no fue bien informada y se le causó lesión en la intervención, tampoco le garantizaron un adecuado posoperatorio; por eso denunció penalmente y ante el Tribunal de Ética Médica, al profesional (Carpeta 01Primera..., carpeta 05CuadernoPrincipalParte1, pdf, folios 139-146).

2.2. LAS PRETENSIONES. **(i)** Declarar a los demandados, solidaria y civilmente responsables; **(ii)** Condenar a pagar: **a)** Por daño emergente y lucro cesante; **b)** Por daño moral para la paciente y sus familiares: Salomé e Isabella Raba B. (Hijas), Luz S. Giraldo B. (Madre) y Róbinson A. Raba S. (Esposo- Sic); y Liliana y Vanessa Betancurt G. (Hermanas).

Igualmente, para la paciente **c)** Daño a la salud; y **d)** Daño a la vida de relación; **(iii)** Reconocer intereses e indexación sobre las indemnizaciones; y, **(iv)** Condenar en costas y agencias (Sic) a los demandados (Carpeta 01Primera..., carpeta 05CuadernoPrincipalParte1, pdf, folios 146-147)

Al subsanar, se omitió la tasación del perjuicio moral, pero se pidió **(v)** Perjuicio o daño a la vida de relación para la paciente y demás integrantes del

grupo familiar (Carpeta 01Primera..., carpeta 05CuadernoPrincipalParte1, pdf, folios 168-169).

3. LA DEFENSA DE LA PARTE PASIVA

3.1. DEPARTAMENTO DE RISARALDA (CODEMANDADA). Dijo no constarle la mayoría de los hechos, negó los Nos.10° y 23°, solo admitió el No.24°. Se opuso a las pretensiones y excepcionó: **(i)** Falta de legitimación en la causa por pasiva; y, **(ii)** Falta de nexo causal (Ibidem, pdf, folios 206-221).

3.2. CLÍNICA GAIA ESTÉTICA SAS Y JOSÉ R. ZULUAGA M. (CODEMANDADOS). Contestaron conjuntamente, aceptaron algunos hechos (Nos.2°, 4°, 8°, 12°- 13° y 21°), otros parcialmente (Nos.1°, 6°, 7°, 9° a 11°, 16°, 18°, 20°, 23° a 27°) y negaron los demás (Nos.3°, 5°, 14°, 15°, 17°, 19°, 22° y 28°). Rebatieron las súplicas y como excepciones formularon: **(i)** Culpa exclusiva de la víctima por haber obrado imprudentemente al ocultar información de patologías anteriores; **(ii)** Mala fe del extremo demandante; y, **(iii)** Ausencia de culpa que rompe el nexo causal (Carpeta 01Primera..., carpeta 06CuadernoPrincipalParte2, pdf, folios 51-107).

4. EL RESUMEN DE LA DECISIÓN APELADA

En la parte resolutive: **(i)** Declaró no probados los presupuestos de la acción (Sic); **(ii)** Denegó las pretensiones; **(iii)** Exoneró al Departamento de Risaralda; y, **(iv)** Condenó en costas a los demandantes.

Encontró satisfechos los presupuestos procesales, sobre la competencia indicó que fue asignada por el Consejo Superior de la Judicatura. Al examinar la legitimación en la causa, la encontró probada, salvo en el departamento de Risaralda, dado que no presta servicios de salud y su función de vigilancia escapa a los actos médicos.

Entendió que la responsabilidad era contractual para la víctima directa y extracontractual para las indirectas. Señaló como elementos del pedimento reparatorio: daño, conducta antijurídica (¿?), nexo causal y comportamiento culposo o doloso; si es contractual, la existencia del convenio.

Planteó que a todo acto médico aplica el régimen de culpa probada, dado que las obligaciones se califican de medio, salvo algunas excepciones como cuando así pactan médico y paciente. Invocó la Ley 1438 como soporte de su conclusión, por tanto, incumbe al demandante demostrar la culpa.

Indicó que se probaron el contrato y el daño, y al analizar el factor: conducta antijurídica, (Sic) afirmó que dejó de acreditarse que el consentimiento, considerara la perforación como un riesgo de la lipoescultura, sin embargo, no se probó una mala praxis, pues según el perito, aunque pudo ser una de las causas, también pudieron ser los antecedentes (Hernia abdominal) o los fármacos ingeridos el día de la cirugía; información omitida por la paciente al cirujano, así relató el anesthesiólogo. Tampoco se demostró desatención en el posquirúrgico, las evidencias muestran lo contrario (Carpeta 01Primera..., pdf No.53).

5. LA SÍNTESIS DE LA ALZADA

5.1. LOS REPAROS DE LOS DEMANDANTES. **(i)** Indebida elección del régimen de responsabilidad aplicable; **(ii)** Inadecuada valoración de la responsabilidad del Departamento de Risaralda; **(iii)** Incongruencia al analizar la conducta antijurídica; **(iv)** Debieron desecharse las conclusiones del perito sobre el origen del daño; **(v)** Se demostró la negligencia en la fase posoperatoria; y, **(vi)** Errónea interpretación del consentimiento informado (Ibidem, pdf No.54).

5.2. LA SUSTENTACIÓN. Según el Decreto Presidencial No.806 de 2020, el recurrente aportó por escrito, la argumentación de sus reparos en tiempo (Carpeta 02Segundainstancia, pdf No.08). Se expondrán al resolverlos.

6. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA DECIDIR

6.1. LOS PRESUPUESTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA. La ciencia procesal mayoritaria¹ en Colombia los entiende como los *presupuestos procesales*. Otro sector²⁻³ opta por la denominación aquí formulada, pues resulta más sistemático con la regulación procesal nacional. La demanda es idónea, ninguna causal de nulidad insaneable se aprecia, capaz de invalidar la actuación surtida.

6.2. LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA. En forma repetida se ha dicho que este estudio es oficioso⁴. Criterio ratificado recientemente (25-05-2022)⁵ por la CSJ. Cuestión diferente es el análisis de prosperidad de la súplica. En este evento se satisface en ambos extremos.

Ha reiterado esta Magistratura que, para el examen técnico de este aspecto, es imprescindible definir la modalidad de la pretensión planteada en ejercicio del derecho de acción, así se identificarán quiénes están autorizados por el sistema jurídico, para elevar el pedimento y quiénes para resistirlo; es decir, esclarecida la especie de súplica se determina la legitimación sustantiva.

En orden metodológico se define primero el tipo de pretensión postulada en ejercicio del derecho de acción⁶, llamado ahora tutela judicial efectiva, para luego constatar quiénes están habilitados por el derecho positivo para elevar tal pedimento y quiénes para resistirlo; es decir, esclarecida la súplica se determina la legitimación sustancial de los extremos procesales.

¹ DEVIS E., Hernando. El proceso civil, parte general, tomo III, volumen I, 7ª edición, Bogotá DC, Diké, 1990, p.266.

² LÓPEZ B., Hernán F. Código General del Proceso, parte general, Bogotá DC, Dupre editores, 2019, p.987-996.

³ ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal, procedimiento civil, tomo 2, ESAJU, 2020, 7ª edición, Bogotá, p.468.

⁴ CSJ, Civil. Sentencias: **(i)** 14-03-2002, MP: Castillo R.; **(ii)** 23-04-2007, MP: Díaz R.; No.1999-00125-01; **(iii)** 13-10-2011, MP: Namén V., No.2002-00083-01; **(iv)** SC -1182-2016, reiterada en SC-16669-2016. **(v)** TS. Pereira, Sala Civil – Familia. Sentencia del 29-03-2017; MP: Grisales H., No.2012-00101-01.

⁵ CSJ, Civil. SC -592-2022.

⁶ En el mismo sentido SC-0070-2021 de este Tribunal. La dogmática procesalista tiene esclarecido que la acción no se clasifica, sí la pretensión: **(1)** ROJAS G., Miguel E. Ob. cit., p.107. También: **(2)** LÓPEZ B., Hernán F. Ob. cit., p.323; **(3)** RICO P., Luis A. Teoría general del proceso, 3ª edición, Leyer SA, Bogotá DC, 2013, p.263.

La demanda no concretó la modalidad de responsabilidad civil (Se presentó ante la justicia administrativa), sin embargo, la juzgadora de primera instancia, en razonamiento compartido, la entendió en las esferas contractual y aquiliana, de forma acumulada, posibilidad admitida por esta especialidad, desde antaño (CSJ)⁷ y acogida por esta Sala de tiempo atrás⁸, de forma reiterativa.

6.2.1. POR ACTIVA. Está cumplida. Mariela Betancurt Giraldo, como paciente acordó una intervención en la que aduce, le causaron unas lesiones, relación jurídica aceptada en la contestación de la clínica y el profesional demandado (Carpeta 01Primera..., carpeta 06CuadernoPrincipalParte2, pdf, folios 51-52).

Por su parte, Luz Stella Giraldo B. (Madre), Salomé e Isabella Raba B. (Hijas), Liliana y Vanessa Betancur G. (Hermanas) y Róbinson A. Raba S. (Compañero permanente); son ajenos a ese contrato, sus pretensiones reparatorias son propias, extracontractuales; ya que son víctimas indirectas (Afecciones sufridas, respectivamente, por sus: hijas, madre, hermanas y compañero permanente), secundarias, colaterales, reflejas o de rebote, y por esa calidad, la súplica es personal y no hereditaria⁹⁻¹⁰.

Obran para acreditar tales condiciones los registros civiles respectivos (Carpeta 01Primera..., carpeta 05CuadernoPrincipalParte1, pdf, folios 9, 11, 13, 16 y 20) y declaración extrajuicio (Carpeta 01Primera..., carpeta 05CuadernoPrincipalParte1, pdf, folios 23-24); documentos demostrativos del parentesco, indicio de afección, necesario al sentenciar y no en los inicios del proceso, porque el pedimento resarcitorio es declarativo.

6.2.2. POR PASIVA. Cumplida parcialmente; el doctor José R. Zuluaga M. es el

⁷ CSJ, Civil. Sentencias de (1) 17-11-2011, MP: Namén V.; No.1999-00533-01; (2) 08-08-2011, MP: Munar C., No.2001-00778-01; y; (3) 30-01-2001, MP: Ramírez G.; No.5507, entre otras.

⁸ TSP, Civil-Familia. Sentencias: (1) SC-0044-2022; (2) SC-0014-2022; (3) SC-0076-2021; (4) 30-07-2018, No.2016-00149-01; y, (5) 07-12-2016, No.2012-00322-01 MP: Grisales H, entre muchas.

⁹ CSJ, Civil. Sentencia del 17-11-2011, MP: Namén V.; No.1999-00533-01.

¹⁰ TAMAYO J., Javier. Tratado de responsabilidad civil, tomo I, 2ª edición, Legis, Bogotá DC, 2007, p.126.

galeno que practicó la cirugía (Parte en el contrato).

Aunque el fallo omitió examinar la legitimación de la Clínica Gaia Estética SAS, a esta entidad, la parte demandante, le imputa la conducta dañina [Arts. 2341 y 2344, CC], por ser copartícipe en la causación del daño, pues en sus instalaciones se realizó el procedimiento; es aplicación de la teoría de la “coautoría en la producción del perjuicio”¹¹.

Fue la coejecutora material del servicio médico, según criterio de antaño, de la jurisprudencia de la CSJ¹²: “(...) De ahí que se esté, como lo dice la doctrina, frente a una responsabilidad de índole contractual “indistinta” para ambos sujetos, puesto que es tan contractual el origen de la obligación como su ejecución (...)”, reiterado en reciente decisión (2020)¹³, prohijado por esta misma Sala (2021)¹⁴. En el mismo sentido la doctrina patria, Santos Ballesteros¹⁵ y la profesora Fernández Muñoz (2019)¹⁶.

Necesario detenerse en este acápite, para resolver la responsabilidad del Departamento de Risaralda. **REPARO No. 2º**. Insistió en que dejaron de valorarse las falencias en el control de las instituciones y personal médico, al punto que esa entidad omitió constatar la idoneidad (Echada a menos por estar investigado penal y por el gremio médico) del profesional demandado.

El fallo desestimó la legitimación de esa entidad, porque no presta servicios de salud y su labor de vigilancia es ajena a la pretensión debatida.

RESOLUCIÓN. Infundado. Los hechos planteados en el mencionado reparo, son ajenos a la demanda (Hechos y pretensiones) y a la fijación del litigio; por

¹¹ SANTOS B., Jorge. Responsabilidad civil, tomo I, parte general, 3ª edición, Bogotá DC, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y Temis, 2012, p.498.

¹² CSJ. Civil. Sentencia del 11-09-2002, MP: Ramírez G., No.6430.

¹³ CSJ. SC-2769-2020.

¹⁴ TSP. SC-0060-2021.

¹⁵ SANTOS B., Jorge. Responsabilidad civil, tomo I, parte general, 3ª edición, Bogotá DC, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y Temis, 2012, p.115

¹⁶ FERNÁNDEZ M., Mónica L. Responsabilidad médica en la especialidad civil, Módulo de aprendizaje autodirigido, EJRLB, Bogotá DC, 2019, pág.57.

ende, queda en firme la decisión de exoneración proferida en primera instancia contra esa demandada.

LA CONGRUENCIA. También conocida como consonancia, está regulada en el artículo 281, CGP, al prescribir al juez cómo debe obrar al emitir la sentencia, se lee: “(...) *deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en ésta. (...)*”. Con claridad puede advertirse que este postulado integra el debido proceso y el derecho de defensa, que, por contera, se viola cuando se desconoce.

Esta parte inicial de la norma no sufrió alteraciones respecto a lo prescrito por el CPC, se adicionaron dos salvedades en las especialidades de familia y agrario, ajenas para el caso.

La congruencia¹⁷ es la simetría que debe tener el juez, al resolver la controversia sometida a su juicio; y para las partes enfrentadas los límites dentro de los cuales han de formular sus alegaciones. Para estos efectos se consideran, única y exclusivamente, los hechos expuestos por cada parte (*Causa petendi*) y las pretensiones (*Petitum*), del lado del demandante, según la demanda y su reforma; y, conforme a la contestación y excepciones perentorias, del extremo pasivo.

De ahí la importancia de la fase de fijación del litigio, en la audiencia inicial del artículo 372, CGP (Preliminar en el CPC, art.101), o incluso en la de instrucción [Art.373, CGP], porque allí se trazan los contornos del debate probatorio y decisorio. De este criterio ha sido la CSJ¹⁸⁻¹⁹.

Escrutado el escrito introductor, sin dudas se alegó respecto del

¹⁷ CSJ. SC-5473-2021.

¹⁸ CSJ. SC-780-2020.

¹⁹ CSJ. SC-780-2020.

Departamento de Risaralda, falta de acompañamiento oportuno a la paciente para salvaguardar su vida, así como indebida vigilancia en los procedimientos realizados (Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta 05Cuaderno Principal Parte 1, pdf, folio 143, hecho 10°), nunca se enrostró un incorrecto control en relación con la idoneidad de los profesionales de las instituciones prestadoras de salud.

La entidad territorial no lo entendió así, su defensa se enfocó en demostrar la verificación de las condiciones para la habilitación del servicio (Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta 05Cuaderno Principal Parte 1, pdf, folio 206 y ss) y agregó que, en la atención médica prestada, ninguna intervención tuvo.

Por su parte, al fijar la controversia, se omitió la responsabilidad de esta entidad, y esa decisión no fue censurada por las partes (Carpeta 01PrimeraInstancia, archivo 33, tiempo 02:00:39 a 02:01:54). Así las cosas, como lo alegado al apelar son hechos totalmente ajenos a la causa para pedir, invocada en la demanda, fracasa este reproche.

6.3. EL PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER. ¿Se debe revocar la sentencia desestimatoria proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira, R., según la apelación de la parte actora; o debe confirmarse o modificarse?

6.4. LA RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA

6.4.1. Los límites de la apelación impugnativa. En esta sede se definen por los temas objeto del recurso, patente aplicación del modelo dispositivo del proceso civil nacional [Arts. 320 y 328, CGP]; se reconoce hoy como la *pretensión impugnativa*²⁰, novedad de la nueva regulación procedimental del CGP, según la literatura especializada, entre ellos el doctor Forero S.²¹. El

²⁰ ÁLVAREZ G., Marco A. Variaciones sobre el recurso de apelación en el CGP, En: INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Código General del Proceso, Bogotá DC, editorial, Panamericana Formas e Impresos, 2018, p.438-449.

²¹ FORERO S., Jorge. Actividad probatoria en segunda instancia, En: ICDP. Memorias del XXXIX Congreso de derecho procesal en Cali, Bogotá DC, editorial Universidad Libre, 2018, p.307-324.

profesor Bejarano G.²², discrepa al entender que contraviene la tutela judicial efectiva, de igual parecer Quintero G.²³, más esta Magistratura disiente de esas opiniones minoritarias.

Acoge la aludida restricción, de manera pacífica y consistente, esta Colegiatura en múltiples decisiones, por ejemplo, las más recientes: de esta misma Sala y de otra²⁴. En la última sentencia mencionada, se prohijó lo argüido por la CSJ en 2017²⁵, eso sí como criterio auxiliar, ya en decisiones posteriores y más recientes, la CSJ²⁶ (2019- 2021 y 2022), en sede de casación reiteró la tesis de la referida pretensión. El profesor Parra B.²⁷, arguye en su obra (2021): “*Tiene como propósito esta barrera conjurar que la segunda instancia sea una reedición de la primera y se repita esta innecesariamente. Además, respeta los derechos de la contraparte, pues esta se atiene a la queja concreta.*” De igual parecer Sanabria Santos²⁸ (2021).

Ahora, también son límites para la resolución del caso, el principio de congruencia como regla general [Art. 281, ibidem]. Las excepciones, es decir, aquellos temas que son revisables de oficio son los asuntos de familia y agrarios [Art. 281, párrafos 1º y 2º, ibidem], las excepciones declarables de oficio [Art. 282, ibidem], los presupuestos procesales²⁹ y sustanciales³⁰, las nulidades absolutas [Art. 2º, Ley 50 de 1936], las prestaciones mutuas³¹, las costas procesales³² y la extensión de la condena en concreto [Art.283,2, CGP], entre otros. Por último, la competencia es panorámica cuando ambas partes

²² BEJARANO G., Ramiro. Falencias dialécticas del CGP, En: ICDP. Memorial del Congreso XXXVIII en Cartagena, editorial Universidad Libre, Bogotá DC, 2017, p.639-663.

²³ QUINTERO G., Armando A. El recurso de apelación en el nuevo CGP: un desatino para la justicia colombiana [En línea]. Universidad Santo Tomás, revista virtual: *via inveniendi et iudicandi*, julio-diciembre 2015 [Visitado el 2020-08-10]. Disponible en internet: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6132861.pdf>

²⁴ TS, Civil-Familia. Sentencias del (i) 19-06-2020; MP: Grisales H., No.2019-00046-01 y (ii) 04-07-2018; MP: Saraza N., No.2011-00193-01, entre muchas.

²⁵ CSJ. STC-9587-2017.

²⁶ CSJ. SC-2351-2019, SC-3148-2021 y SC-1303-2022.

²⁷ PARRA B., Jorge. Derecho procesal civil, 2ª edición puesta al día, Bogotá DC, Temis, 2021, p.403.

²⁸ SANABRIA S., Henry. Derecho procesal civil, Universidad Externado de Colombia, Bogotá DC, 2021, p.703 ss.

²⁹ CSJ, SC-6795-2017. También sentencias: (i) 24-11-1993, MP: Romero S.; (ii) 06-06-2013, No.2008-01381-00, MP: Díaz R.

³⁰ CSJ. SC-1182-2016, reiterada en la SC-16669-2016.

³¹ CSJ, Civil. Sentencia del 15-06-1995; MP: Romero S., No.4398.

³² LÓPEZ B., Hernán F. Código General del Proceso, parte general, Bogotá DC, Dupré, 2019, p.1079.

recurren, en lo que les fue desfavorable [Art.328, inciso 2º, CGP].

6.4.2. LOS TEMAS DE APELACIÓN. En orden metodológico se resolverán así: **(i)** El régimen de responsabilidad; **(ii)** La acreditación de la causalidad: perforación del intestino producida en el procedimiento e inadecuado posquirúrgico; y, **(iii)** El consentimiento informado.

Impropiaamente la decisión rebatida, encausó el examen de la responsabilidad, luego de determinar el daño, en el factor “conducta antijurídica por acción u omisión”, categoría que equivale al hecho dañoso, sin diferenciar en ese análisis la causalidad y la culpabilidad, para al final colegir que no se demostraron los presupuestos de la pretensión resarcitoria. En últimas con el referido rótulo, revisó la causa y la culpa, de forma indistinta.

En orden sistemático, fijado por la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala³³, se debe verificar, luego del daño o perjuicio, el nexo causal, enseguida el título de imputación, según el régimen (Subjetivo – objetivo).

6.4.2.1. REPARO No. 1º. El régimen de responsabilidad aplicable. La cirugía practicada a la paciente es estética, por ende, debe ser considerada obligación de resultado. Existió contrato previo, reconocido por la parte demandada.

RESOLUCIÓN. Fracasa. La existencia del convenio es un aspecto pacífico, ambos estuvieron de acuerdo, pero quedó sin demostrar que el galeno se comprometió con un resultado concreto, por ende, tal como dijo la primera instancia, la obligación cardinal del negocio debe calificarse como de medio y el régimen que corresponde es de culpa probada.

LA RESPONSABILIDAD MÉDICA. NOCIÓN Y RÉGIMEN PROBATORIO. Se define como aquella que puede generarse con ocasión de la aplicación de esta ciencia,

³³ TS. Pereira. (1) SC-0044-2022, (2) SC-0030-2022 y (3) SC-0076-2021, entre otras

dadas sus repercusiones vitales en la integridad física y emocional, en general incide en la salud de las personas. El profesor Santos B.³⁴ la define como: “(...) una responsabilidad profesional que estructura un comportamiento antijurídico como consecuencia del incumplimiento de deberes jurídicos a cargo de los médicos, relacionados con la práctica o ejercicio de su actividad (...)”.

Quien asume la profesión galénica, en su práctica se debe a las respectivas normas (Leyes 14 de 1962, 23 de 1981 y su decreto reglamentario No.3380 de 1981, Ley 1164, entre otras) y directrices específicas según los cánones científicos y técnicos de su ejercicio, acorde con las formas usuales para cada tiempo y lugar, el conocimiento y el desarrollo propio de la ciencia. El médico está sujeto a las reglas de la profesión en cualquiera de las fases de aplicación, es decir, en la prevención, pronóstico, diagnóstico, intervención, tratamiento, seguimiento y control.

La responsabilidad médica o galénica se configura, por lo general, en la esfera de la denominada subjetiva en el régimen de probada³⁵, aisladamente en época pretérita hubo de tratarse como *actividad peligrosa*³⁶; sin embargo, a esta fecha es sólido que su título de imputación es la culpa probada³⁷, según el precedente constante de la CSJ (2021)³⁸ y la doctrina mayoritaria³⁹, sin miramientos en que sea la modalidad contractual o extracontractual.

De allí, que corresponde al demandante demostrar todos sus elementos axiales: **(i)** La conducta antijurídica o hecho dañoso, **(ii)** El daño, **(iii)** La causalidad⁴⁰; **(iv)** El factor de atribución, que corresponde a la culpa, cuando el régimen sea subjetivo; y, si es del caso, **(v)** el contrato, en aquellos eventos de infracción a los deberes adquiridos en el marco de un negocio jurídico.

³⁴ SANTOS B., Jorge. Ob. cit., p.95.

³⁵ CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001. MP: Ramírez G.; No.5507.

³⁶ CSJ, Civil. Sentencias de: (i) 14-03-1942, GJ, tomo XIII, p.937; y, (ii) 14-10-1959, MP: Morales M.

³⁷ CSJ. SC2506-2016; SC003-2018 y SC4786-2020.

³⁸ CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001, Ob. cit. Reiterada en SC-3919-2021.

³⁹ JARAMILLO J., Carlos I. Responsabilidad civil médica, relación médico paciente, 2ª edición, editorial Pontificia Universidad Javeriana - Ibáñez, Bogotá DC, 2011, p.142. También SERRANO E. Luis G. Tratado de responsabilidad médica, Bogotá DC, Ediciones Doctrina y Ley, 2020, p.93.

⁴⁰ CSJ. SC-003-2018.

En la responsabilidad sanitaria la regla general es que las obligaciones debidas por los médicos en su ejercicio, son de medio⁴¹⁻⁴² y de manera excepcional de resultado (En las que impera la presunción de culpa⁴³), entre otras las cirugías estéticas reconstructivas⁴⁴⁻⁴⁵, el diligenciamiento de la historia clínica y la obtención del consentimiento⁴⁶, la elaboración de prótesis, aparatos ortopédicos, exámenes de laboratorio⁴⁷; y, también el secreto profesional⁴⁸, entre otros; distinción reiterada en diferentes decisiones⁴⁹.

Necesario detenerse en las obligaciones de las cirugías estéticas, puesto que de ello pende el régimen probatorio aplicable. Para establecer que se está frente al tipo de responsabilidad subjetiva con culpa presumida, derivada de la obligación de resultado⁵⁰. Ha señalado la doctrina que debe acaecer que el profesional *utilice terminología asegurando resultados*⁵¹, pues en caso contrario, sin esa promesa específica, se estará frente a una obligación de medios, así razona la jurisprudencia del órgano de cierre de la especialidad (CSJ)⁵², vigente hoy (2020)⁵³.

Para este propósito, es de primordial importancia esclarecer los términos de la convención, para evitar cualquier confusión en ese aspecto, en palabras de esa Corporación⁵⁴:

Para el caso de la cirugía plástica con fines meramente estéticos, por lo tanto, puede darse el caso de que el médico se obligue a practicar la correspondiente intervención sin prometer o garantizar el resultado querido por el paciente o para el que ella, en teoría, está

⁴¹ PARRA G., Mario F. Responsabilidad civil, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2010, Bogotá DC, p.285.

⁴² CSJ. SC-8219-2016 y SC-4786-2020.

⁴³ CSJ. SC-4786-2020.

⁴⁴ CSJ, Civil. Sentencia del 05-11-2013, MP: Solarte R., No.2005-00025-01.

⁴⁵ YEPES R., Sergio. La responsabilidad civil médica, Biblioteca jurídica Diké, edición 9ª, 2016, Medellín, p.97.

⁴⁶ CSJ. SC-2506-2016.

⁴⁷ CSJ. SC-4786-2020.

⁴⁸ YEPES R., Sergio. Ob. cit., p.99.

⁴⁹ CSJ. SC-4786-2020; SC-003-2018 y SC-7110-2017.

⁵⁰ CSJ. SC-7110-2017.

⁵¹ YEPES R., Sergio. Ob. cit., p.97.

⁵² CSJ, Civil. Sentencia del 05-11-2013, Ob. cit.

⁵³ CSJ. Entre otras, SC-4786-2020 y SC-2555-2019.

⁵⁴ CSJ, Civil. Sentencia del 05-11-2013, Ob. cit.

prevista; o de que el profesional, por el contrario, sí garantice o asegure la consecución de ese objetivo. En el primer evento, la obligación del galeno, pese a concretarse, como se dijo, en la realización de una cirugía estética, será de medio y, por lo mismo, su cumplimiento dependerá de que él efectúe la correspondiente intervención con plena sujeción a las reglas de la *lex artis ad hoc*; en el segundo, la adecuada y cabal ejecución de la prestación del deudor sólo se producirá si se obtiene efectivamente el resultado por él prometido ...

En ese mismo contexto, refiere esa doctrina judicial : “(...) *es indispensable entrar a reparar, en cada caso específico, en la naturaleza y contenido de la relación sustancial que lo vincule con el paciente; que solo por tal conducto sería factible dilucidar cuáles son las prestaciones a cargo del médico y -lo que usualmente ofrece gran utilidad en orden a definir litigios de esta especie- si las obligaciones adquiridas por el respectivo profesional de la salud son de medio o de resultado, esto último cual acontece con frecuencia tratándose de cirugías plásticas con fines meramente estéticos (...)*”⁵⁵. En similar sentido reiteró, hace poco (2020)⁵⁶: “(...) *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 (...)*”.

Ahora, al descender en este caso, sin vacilaciones en parte alguna de la demanda, anexos o incluso la contestación, se define cuál era el compromiso adquirido por el profesional. Se cita que el procedimiento quirúrgico a realizar era lipoescultura y en el escrito de consentimiento se detalló el tipo de anestesia (Carpeta 01Primera..., carpeta 05CuadernoPrincipalParte1, pdf, folios 48-53), pero se omitieron las especificaciones sobre su resultado final concreto.

Ninguna prueba documental existe sobre el negocio celebrado, y en los interrogatorios rendidos por la paciente y el profesional (**Contratantes**), **tampoco se esclareció obligación alguna de cómo debería quedar o qué resultados precisos se derivan** de la cirugía (Carpeta 01Primera..., archivo 32, tiempo 00:08:30 a 00:51:09 y archivo 33, tiempo 00:02:40 a 01:37:37).

⁵⁵ CSJ, Civil. Sentencia del 05-11-2013, Ob. cit. Y que reitera lo dicho en proveído del 19-12-2005, MP: Munar C. R., No.1996-05497-01.

⁵⁶ CSJ. SC-4786-2020.

Y es que, como señala la aludida providencia de la CSJ (2013)⁵⁷: “(...) era necesario, adicional y prioritariamente, que demostrara que el doctor (...) se obligó para con la aquí demandante a conseguir un específico resultado, lo que no hizo, (...)” (Resaltado extratextual), o, en otras palabras (2019)⁵⁸:

... por lo que para atribuirle un incumplimiento deberá el acreedor insatisfecho, no sólo acreditar la existencia del contrato sino “cuáles fueron los actos de inejecución, porque el demandado no podría de otra manera contrarrestar los ataques que le dirige el actor, debido precisamente a la naturaleza de su prestación que es de lineamientos esfumados. Afirmado el acto de inejecución, incumbe al demandado la prueba de su diligencia y cuidado, conforme al inciso 3º del art. 1604, prueba suficiente para liberarlo, porque en esta clase de obligaciones basta para exonerar al deudor de su responsabilidad acreditando cualquiera de esos dos elementos (...)”. (S.C. del 31 de mayo de 1938, G.J. XLVI n.º. 567, reiterada recientemente en S.C. del 5 nov. 2013, rad. n.º. 20001-3103-005-2005-00025-01). (Subrayas propias de esta sala).

En esas condiciones, resulta indudable que, sin estar establecidos los concretos resultados a los que se comprometió el doctor Zuluaga M., la obligación es de medio, donde opera la tesis de la culpa probada y, como ya se dijera, fue acertado el régimen de responsabilidad en primera instancia, que por tanto, impone el fracaso del reparo.

6.4.2.2. REPARO No. 3º. Carece de congruencia que una vez determinado que hubo perforación intestinal y que no era riesgo inherente de la liposucción, se predique inexistencia de nexo causal entre el acto quirúrgico y el daño padecido.

REPARO No. 4º. El perito especuló sobre varias posibilidades que pudieron generar la perforación, entonces, al no ser conclusivo, en forma alguna puede considerarse para fundamentar la exoneración de responsabilidad.

REPARO No. 5º. El manejo inadecuado en el posquirúrgico se probó, pues el médico tratante desconoció la gravedad del dolor abdominal de la paciente y

⁵⁷ CSJ, Civil. Sentencia del 05-11-2013, Ob. cit.

⁵⁸ CSJ. SC2804-2019.

se limitó a considerarla floja, sin evaluar otros diagnósticos como una peritonitis. Se puso en riesgo su vida, pues aquel síntoma luego del procedimiento obligaba hacer exámenes que permitieran definir con claridad qué ocurría, pero dejaron de hacerse según registra la historia clínica y la demanda. Así acaeció un riesgo injustificado, conforme señala el CE⁵⁹.

RESOLUCIÓN. No prosperan. El análisis que admite el haz probatorio incorporado, sobre el que llama la atención el recurrente, es insuficiente para acreditar la causalidad como elemento estructural de la responsabilidad atribuida, dejó de probarse que la ruptura del intestino hubiese sido ocasionada en el procedimiento; malgrado ese examen, inane revisar la culpabilidad, pues sabido es que los presupuestos son concurrentes.

Retomando la explicación del acápite anterior, sobre el régimen que opera en las obligaciones de medio, de antaño la jurisprudencia de la CSJ⁶⁰, ha sostenido que las obligaciones de medio tienen implícito un mayor esfuerzo demostrativo para el reclamante⁶¹, puesto que la tesis que prima es la culpa probada, mientras que para las llamadas de resultado impera la presunción de culpa⁶².

La carga probatoria gravita en cabeza del demandante, así ha señalado, en forma pacífica, el órgano de cierre de la especialidad, desde antaño (2011)⁶³, en parecer hoy conservado (2020-2021)⁶⁴:

... 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

⁵⁹ CE. Sentencia del 27-03-2014, No.266609.

⁶⁰ CSJ, Civil. Sentencias: (i) Del 05-03-1940; MP: Escallón; (ii) Del 12-09-1985; MP: Montoya G.; y, (iii) Del 08-08-2011, MP: Munar C., No.2001-00778.

⁶¹ CSJ. SC-15746-2014 y SC-4786-2020.

⁶² CSJ. SC-4786-2020.

⁶³ CSJ, Civil. Sentencia del 08-08-2011, MP: Munar C., No.2001-00778-01.

⁶⁴ CSJ. SC-003-2018, SC-3847-2020 y SC-3919-2021.

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)... La sublínea es extratextual.

A pesar de lo apuntado, la misma Corporación desde 2001⁶⁵, empezó a acoger la tesis del CE de los años 1990⁶⁶ y 1992⁶⁷, incluso la misma CC⁶⁸, reconocían la necesidad de un aligeramiento o atenuación en la carga probatoria, por vía de la “*carga dinámica de la prueba*”⁶⁹ (Hoy con reconocimiento normativo expreso en el artículo 167 del CGP) y “*dependiendo de las circunstancias del asunto*”, el juzgador atribuirá el deber de acreditación sobre determinado hecho, teniendo⁷⁰: “(...) *en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica, complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como el tiempo y el lugar del ejercicio, pues no de otra manera, con justicia y equidad, se pudiera determinar la corrección del acto médico (lex artis).*”.

Nótese cómo el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, sobre acciones populares, consagró por primera vez, la doctrina anotada.

En esta modalidad de la responsabilidad, la posición se mantiene⁷¹, pero precisando que “(...) *lo que se presenta dentro del proceso es que la prueba se hace necesaria para la decisión (principio de la necesidad de la prueba) lo que conlleva al deber de aportación de las pruebas que cada parte está en la posibilidad de aportar, lo cual calificará el juez en su momento (...)*”⁷², tesis acogida por esta Sala Especializada⁷³.

Ahora, en torno al examen de los elementos axiales de la responsabilidad médica, se advierte que la culpa⁷⁴ consiste en la valoración subjetiva de una

⁶⁵ CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001, ob. cit.

⁶⁶ CE, Sección Tercera. Sentencia del 24-10-1990, CP: De Greiff R., No.5902.

⁶⁷ CE, Sección Tercera. Sentencia del 30-07-1992, CP: Suárez H., No.6897.

⁶⁸ CC. T006 de 1992.

⁶⁹ CSJ. SC-15746-2014.

⁷⁰ CSJ. Sentencia del 30-01-2001, ob. cit.

⁷¹ CSJ. SC-8219-2016.

⁷² CSJ. SC-21828-2017.

⁷³ TSP, Civil-Familia. Entre otras sentencias: MP: Grisales H. (i) SC-0071-2021; (ii) SC-0060-2021; MP: Saraza N. (iii) SC-0005-2021; y, (iv) SC-0085-2021

⁷⁴ PRÉVOT, Juan M. La obligación de seguridad, 2ª edición, Bogotá DC, Temis, 2012, p.84.

conducta⁷⁵⁻⁷⁶, mientras que la causalidad no solo es la constatación objetiva de una relación natural o fenoménica de causa-efecto, en palabras del maestro Adriano De Cupis⁷⁷: “(...) es el nexo etiológico material (es decir, objetivo o externo) que liga un fenómeno a otro, que en cuanto concierne al daño, constituye el factor de su imputación material al sujeto humano (...)”, sino también un juicio jurídico o normativo.

La causalidad ha sido de los temas más difíciles de estudiar en la responsabilidad patrimonial; se ha dicho que es el problema más complejo de la materia⁷⁸. Así enseña la literatura especializada (2020)⁷⁹, tanto en los sistemas del *common law* y como de *civil law* (2021)⁸⁰.

El elemento causal no admite presunciones y siempre debe probarse⁸¹, sea en el régimen contractual o extracontractual, de culpa probada o presunta; por su parte la culpabilidad sí las tiene, y desde luego, relevan de su acreditación [Arts.2353 y 2356, CC, 982 y 1003, CCo, entre otras].

Mal pueden refundirse en un solo concepto estos factores esenciales para estructurar la responsabilidad, o derivar el uno del otro. Afirma el citado tratadista italiano⁸²: “(...) la relación de causalidad no puede confundirse con la culpa. (...)”. Y, en el escenario patrio, acota Velásquez G.: “Hemos de partir de que el vínculo de causalidad constituye un elemento de la responsabilidad civil, completamente distinto de la culpa.”. Colofón: siendo distintos, se revisan en estadios o momentos diferentes.

⁷⁵ SANTOS B., Jorge. Ob. cit. p.423.

⁷⁶ PATIÑO, Héctor. Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual, Revista de la Universidad Externado de Colombia, No.20, Colombia [En línea]. 2011 [Visitado el 2019-05-28]. Disponible en internet: www.revistas.uexternado.edu.co › Inicio › Núm. 20 (2011) › Patiño

⁷⁷ DE CUPIS, Adriano. El daño, teoría general de la responsabilidad civil, casa editorial Bosh, Barcelona, España, 2ª traducción del italiano, 1970, p.247.

⁷⁸ LÓPEZ M., Marcelo. La responsabilidad civil médica, en el nuevo Código Civil y Comercial, derecho comparado, Buenos Aires, A. 2ª edición, 2016, p.431.

⁷⁹ KEMELMAJER de C. Aida y JARAMILLO J. Carlos E. El criterio de la razonabilidad en el derecho privado, editorial Ibáñez y otras, 2020, p.470.

⁸⁰ BAENA A., Felisa. La causalidad en la responsabilidad civil, Tirant lo blanch, Bogotá DC, 2021, p.11.

⁸¹ CSJ, Civil. Sentencia del 23-06-2005, No.058-95.

⁸² DE CUPIS, Adriano. Ob. cit., p.247.

Y este proceder fue precisado por la misma CSJ en 2009⁸³ en los siguientes términos: *“Establecida ex ante la realidad o certeza del daño, debe determinarse su causa e imputarse al sujeto, de donde, la relación, nexo o vínculo de causalidad, es el segundo elemento constante de la responsabilidad y consiste en precisar al autor del detrimento, mediante la imputación fáctica, física, material o causal del menoscabo a su conducta, sea por acción, sea por omisión. (...)”*. Y ha sido reiterado (2021)⁸⁴.

El nexo se determina entre conducta y daño, así pregona el órgano de cierre de la especialidad en la mayoría⁸⁵ (Sin la constancia debida), desde hace algún tiempo (2002), adocina: *“(...) El fundamento de la exigencia del nexo causal entre la conducta y el daño no sólo lo da el sentido común, que requiere que la atribución de consecuencias legales se predique de quien ha sido el autor del daño, sino el artículo 1616 del Código Civil, (...)”*. Este aspecto es precedente de esta Sala⁸⁶.

Sostuvo la Alta Colegiatura, de antaño (2002)⁸⁷, en discernimiento patrocinado por la CC⁸⁸ (Criterio auxiliar) que, para establecer la causalidad, se usan a las reglas de la experiencia, los juicios de probabilidad y el sentido de razonabilidad.

Ya en desarrollos posteriores y recientes (2020⁸⁹-2021⁹⁰), precisó que en tal fenómeno concurren elementos fácticos y jurídicos, posición ya expuesta antes (2016⁹¹ y 2018⁹²); de la mano de la doctrina foránea, distinguió la causa material o física de la jurídica o de derecho⁹³.

Señaló la CSJ que para determinar la primera se emplea el: *“juicio sine qua non y su objetivo es determinar los hechos o actuaciones que probablemente tuvieron injerencia en la producción del daño, por cuanto de faltar no sería posible su*

⁸³ CSJ. Sentencia del 24-08-2009; MP: Namén V., No.2001-01054-01.

⁸⁴ CSJ. SC-3604-2021.

⁸⁵ CSJ, Civil. Sentencia del 26-09-2002, MP: Santos B., No.6878.

⁸⁶ TS. Pereira. (1) SC-0046-2021, (2) SC-0039-2021.

⁸⁷ CSJ, Civil. Sentencia del 26-09-2002; ob. cit.

⁸⁸ CC. T-609 de 2014.

⁸⁹ CSJ. SC-3348-2020.

⁹⁰ CSJ. SC-2348-2021 y SC-3604-2021.

⁹¹ CSJ. SC-13925-2016.

⁹² CSJ. SC-002-2018.

⁹³ LÓPEZ M., Marcelo. Ob. cit., p.433.

materialización.”, enseguida, respecto a la segunda categorización (causalidad jurídica) asentó: “Con posterioridad se hace la evaluación jurídica, con el fin de atribuir sentido legal a cada gestión, a partir de un actuar propio o ajeno, donde se hará la ponderación del tipo de conexión y su cercanía.”. Este planteamiento sigue el pensamiento especializado mayoritario, Rojas Quiñones⁹⁴, y otros de recientes obras (2020)⁹⁵ (2021)⁹⁶; en el orden foráneo Le Tourneau⁹⁷; en la misma línea los PETL (*Principios europeos en derecho de daños - Principles of european tort law*).

Empero, aunque existe libertad probatoria, es insuficiente el sentido común o reglas de la experiencia, porque tratándose de un tema científico, el instrumento persuasivo que mejor se aviene es: “El dictamen médico de expertos médicos es indudablemente (...) que ofrece mayor poder de convicción cuando se trata de establecer las causas que produjeron el deceso de una persona por la actividad de otras. (...)”⁹⁸; sin embargo, el juez habrá de acudir también a los documentos o testimonios técnicos, para esclarecer la cuestión sometida a su escrutinio, según el artículo 176, CGP, sobre apreciación conjunta de las pruebas. Sin tener parámetros de comparación, ante la ausencia de probanzas de ese talante, es poco plausible atribuir una inadecuada atención.

Se destaca que, para la resolución de este litigio, se aplicó la teoría de la carga dinámica de la prueba, parcialmente, para la incorporación de la historia clínica completa que se decretó de oficio y se exigió al extremo pasivo. La decisión respectiva se emitió en audiencia, el 09-02-2021 (Carpeta 01Primera..., archivo 32, tiempo 02:02:48 a 02:09:28), por lo demás, nada se dispuso y las partes guardaron silencio.

⁹⁴ ROJAS Q., Sergio, Responsabilidad civil, la nueva tendencia y su impacto en las instituciones tradicionales, editorial Ibáñez, Bogotá DC, 2014, p.270.

⁹⁵ GIRALDO G., Luis F. La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil, su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica, Bogotá DC, 2ª edición, 2018, p.213.

⁹⁶ BAENA A., Felisa. Ob. cit., p.12.

⁹⁷ LE TOURNEAU. Philippe. La responsabilidad civil profesional, Bogotá DC, Legis, 2ª edición, traducción de Javier Tamayo J., 2014, p.108.

⁹⁸ CSJ, Civil. Sentencia del 08-05-1990, que sigue el razonamiento de los fallos de 24-09-1952, *G.J.* No. 2119, p. 237, y del 05-07-1957, *G.J.* No. 2184, p. 676, según explica el profesor SANTOS B., *ob. cit.*, p.112.

En suma, gravitaba en los demandantes la demostración de todos los requisitos de la pretensión invocada (Carga de la prueba). Así compete en este tipo de asuntos, según reitera la CSJ (2020)⁹⁹:

... corresponde a quien demanda la declaración de responsabilidad y la correspondiente condena: 1. Desvirtuar los principios de benevolencia o no maledicencia. 2. Según la naturaleza de la responsabilidad en que se incurra (subjctiva u objetiva), o de la modalidad de las obligaciones adquiridas (de medio o de resultado), mediante la prueba de sus requisitos axiológicos. En particular, probar la conducta antijurídica, el daño y la relación de causalidad entre éste y aquélla, así como la culpabilidad. En todo caso, no basta la afirmación del actor carente de los medios de convicción demostrativos de los hechos que se imputan. Todo el resaltado es de esta Sala.

Descendiendo al caso, aquí reluce que esta gestión de la parte actora, fue harto precaria, postuló sus pretensiones, sin allegar y solicitar más pruebas que parte de la historia clínica, el interrogatorio del profesional demandado y algunos testimonios que versaron sobre los perjuicios.

En todo caso, los medios probatorios acopiados, relacionados con los cuestionamientos a resolver, fueron: **(i)** La historia clínica; y, **(ii)** El peritaje presentado por la parte demandada, con su respectiva contradicción; orden en el que se examinarán a continuación.

La historia clínica (Carpeta 01Primera..., carpeta 05CuadernoPrincipalParte1, pdf, folios Nos.29-45, 48-82, 89-96). Es un medio probatorio, que por sí solo, es insuficiente para demostrar la responsabilidad, ya se anotó que, en materias científicas como la medicina, se requieren probanzas de esa misma naturaleza.

Ilustra el precedente de la CSJ (2018)¹⁰⁰: “Las historias clínicas y las fórmulas médicas, por lo tanto, en línea de principio, por sí, se insiste, no serían bastantes para

⁹⁹ CSJ. SC-3847-2020.

¹⁰⁰ CSJ. SC-003-2018.

dejar sentado con certeza los elementos de la responsabilidad de que se trata, porque sin la ayuda de otros medios de convicción que las interpretara, andaría el juez a tientas (...)”. Doctrina probable (2020)¹⁰¹, acogida por esta Sala¹⁰² y otras¹⁰³ de este Tribunal. Aquella Corporación en reciente decisión (26-08-2021)¹⁰⁴, acotó:

En pronunciamiento reciente, al aludir a la relevancia del comentado registro, precisó:

Ante todo, sirve de herramienta para informar al personal médico sobre todas las condiciones de salud, el tratamiento y la evolución del paciente. También como medio de prueba para reconstruir los hechos frente a la necesidad de establecer una eventual responsabilidad galénica.

Lo indicado no quiere decir que se esté ante una prueba tasada; tampoco que a través de otros medios probatorios sea imposible desvirtuar su contenido o que no se pueda probar contra su literalidad. Se trata, pues, de un medio de convicción relevante, por tanto, discutible, en casos de tachaduras, omisiones, inexactitudes o falsedades (CSJ SC3847-2020, 13 oct. 2020, rad. 2013-00092-01).

No en vano prescribe el artículo 226, CGP [Antes 233, CPC] que procede la peritación *para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos; bien se aprecia que se incluye el área técnica y artística, en manera alguna se reduce a las ciencias.*

A riesgo de redundar, explicó aquella Magistratura (2020)¹⁰⁵:

No obstante, en sí misma, carece de aptitud para revelar las faltas imputados a los convocados al juicio. Esto, desde luego, no significa la postulación de una tarifa probatoria en materia de responsabilidad médica o de cualquier otra disciplina objeto de juzgamiento. Tratándose de asuntos médicos, cuyos conocimientos son especializados, se requieren esencialmente pruebas de igual modalidad, demostrativas de una mala *praxis*.

Como el juez es ajeno al conocimiento de la disciplina médica, la Corte, tiene explicado que *«(...) un dictamen pericial, un documento técnico científico o un testimonio de la misma índole, entre otras pruebas, podrán ilustrar (...) sobre las reglas (...) que*

¹⁰¹ CSJ. SC-917-2020; SC-5641-2018 y SC-003-2018, entre otras.

¹⁰² TS. Pereira. SC-0002-2021.

¹⁰³ TS. Pereira. SC-0029-2021.

¹⁰⁴ CSJ. SC-3729-2021.

¹⁰⁵ CSJ. SC-917-2020.

la ciencia de que se trate tenga decantadas en relación con la causa probable o cierta de la producción del daño que se investiga (...)»¹⁰⁶.

Las historias clínicas y las prescripciones emitidas por los facultativos, en principio, se insiste, no serían suficientes, sin más, para dejar fijados con certeza los elementos de la responsabilidad endilgada. Sin la ayuda de otros medios de convicción que las interpreten, andaría el juez a tientas en orden a determinar, según se dejó sentado en el mismo antecedente inmediatamente citado, «(...) si lo que se estaba haciendo en la clínica era o no un tratamiento adecuado y pertinente según las reglas del arte (...)».

La judicatura no puede concluir la responsabilidad profesional con base en la lectura desprevenida de la historia clínica, hácese indispensable el dictamen sobre los hechos que configuran el tema de prueba [Art.174, CGP], en cada proceso, esto es, aquellos supuestos fácticos que deben ser probados¹⁰⁷, la condición particular del paciente, los tratamientos médicos aplicados, etc.

De manera que, muy a pesar de las anotaciones en las que se mencionan los hallazgos en la laparotomía correctiva, era estrictamente indispensable un concepto que estableciera que la lesión iatrogénica de víscera hueca se ocasionó en el procedimiento de lipoescultura por el profesional que la realizó, soportado en las debidas fundamentaciones del área científica; expresado en forma clara, precisa, exhaustiva y detallada; con explicación de sus métodos, experimentos e investigaciones; en suma, debidamente fundadas [Art.226, inciso 5º, CGP].

La segunda instancia no es un escenario diseñado por el legislador instrumental, para corregir imprecisiones probatorias de la fase de conocimiento, máxime cuando es desaprovechada aquella etapa.

El peritaje. Fue recaudado en vigencia del CGP, por ende, su trámite queda gobernado por las reglas de tal régimen.

¹⁰⁶ CSJ. Civil. Sentencia 183 de 26 de septiembre de 2002, expediente 6878.

¹⁰⁷ LÓPEZ B. Hernán F. Código General del Proceso, pruebas, tomo III, 3ª edición, Dupré editores, Bogotá DC, 2017, p.73.

En criterio de esta Sala, se viene a menos su eficacia probatoria (Carpeta 01Primera..., carpeta 06CuadernoPrincipalParte2, pdf, folios Nos.117-149); con estribo en preterir las exigencias del artículo 226, CGP, bien se admita la tesis de la CSJ (2021)¹⁰⁸ en sede de tutela o, la sostenida por esta Sala de tiempo atrás (2018, 2019, 2021 y 2022)¹⁰⁹.

Esta última predica que, conforme al artículo 173, inciso 2º, ib., al pronunciarse sobre su admisibilidad debe el juzgador verificarlas, mientras la Sala Civil de la CSJ sostiene que es juicio restringido solo a la sentencia. Las irregularidades advertidas, por ser requisitos extrínsecos¹¹⁰, en concreto formalidades particulares del juicio de admisibilidad, afectan la legalidad del medio suasorio comentado; en el mismo sentido la profesora Castellanos A. (2021)¹¹¹.

Las anomalías son pretermitir: **(i)** La lista de publicaciones relacionadas con la materia del peritaje, hechas en los últimos diez (10) años por el experto [Art.226-4º, ibidem]; **(ii)** La relación de casos en que haya actuado como perito, en los últimos cuatro (4) años, con discriminación del juzgado, partes, apoderados y materia [Art.226-5º, ibidem]; **(iii)** La información de sí ha actuado en procesos de la misma parte o su apoderado [Art.226-6º, ibidem]; y, **(iv)** La declaración de si se encuentra inmerso en las causales contenidas en el artículo 50, en lo pertinente [Art.226-7º, ib.].

En consecuencia, con la tesis expuesta por esta Magistratura en providencias anteriores, debió inadmitirse aquella peritación, en atención a tres (3)

¹⁰⁸ CSJ. STC-2066-2021 y STC-7722-2021.

¹⁰⁹ TS, Civil-Familia. Sentencias **(1)** SC-0044-2022; **(2)** SC-0014-2021; y **(3)** SC-0080-2021; **(4)** 20-09-2019, No.2016-01465-01; MP: Grisales H. y, Autos **(1)** 03-02-2021, No.2015-00262-01; y **(2)** 17-04-2018, No. 2016-00279, ambos del MS: Grisales H.

¹¹⁰ SANABRIA V., Ronald de J. y YÁÑEZ M., Diego A. Juicio de admisibilidad probatoria en el CGP, En: Constitución y probática judicial, Carlos A. Colmenares U. (Coordinador), Bogotá DC, Universidad Libre y Grupo editorial Ibáñez, 2018, p.239.

¹¹¹ CASTELLANOS A., Anamaría. Admisión, rechazo y decreto de pruebas, En: Derecho probatorio: desafíos y perspectivas, Toscano L. Fredy y otros (Editores), Bogotá DC, Universidad Externado de Colombia, 2021, p.26 ss.

razones centrales, como dice la doctrina nacional, en boca del doctor Sanabria V.¹¹²: “i) La importancia de la justificación que subyace a la carga procesal de verificación y demostración de la calidad del perito privado; ii) La falta de configuración de un presupuesto de admisión legal; y, iii) el mandato inequívoco del legislador (“El dictamen suscrito por el perito deberá contener, como mínimo, las siguientes declaraciones e informaciones”, art.226, inciso 6º, CGP).”.

Comenta el profesor Bermúdez M.¹¹³: “En el punto de la contradicción del perito en la audiencia, debe tenerse en cuenta que el derecho a ejercerla lo realiza la contraparte a partir del dictamen escrito que el mismo ha presentado y esa debe ser la base sobre la que se desarrolla su intervención.”. Alcance intelectual razonable habida cuenta de que con esa información es que la contraparte habrá de preparar la confrontación (Contradicción), como aquí aconteció.

En esta postura, carecieron las demás partes, en el sub lite, de las herramientas suficientes para ejercer su crítica, en el plazo de los diez (10) días [Art.231, CGP], enfocada en esencia, en cuestionar su (i) idoneidad e (ii) imparcialidad, mediante la interrogación en audiencia; es pensamiento de un sector de la doctrina nacional, que luce plausible para esta instancia¹¹⁴.

En suma, mal puede tasarse el dictamen del doctor César Edwin Martínez Correa. Del mismo criterio el profesor Álvarez Gómez¹¹⁵, mientras que Bejarano G.¹¹⁶, discrepa. Para refutar la postura de la CSJ se resalta que es criterio auxiliar (No vinculante), por provenir de una autoridad diferente a la de cierre de la especialidad (Constitucional), pero como al inicio se señalara, sea cual fuera la etapa para la corroboración de las mencionadas exigencias, en este caso desembocan en la misma conclusión: la imposibilidad de apreciar las experticias comentadas.

¹¹² UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL CÚCUTA. Oralidad y escritura: El proceso por audiencias en Colombia. Ronald Jesús Sanabria Villamizar, Relaciones entre pruebas y oralidad: Experiencias penales útiles para procesos civiles, Bogotá DC, Grupo editorial Ibáñez, 2016, p.157.

¹¹³ BERMÚDEZ M., Martín. Del dictamen judicial al dictamen de parte, 2ª edición, Bogotá DC, Legis SA, 2016, p.211.

¹¹⁴ ÁLVAREZ G., Marco A. Ensayos sobre el Código General del Proceso, medios probatorios, volumen III, Bogotá DC, editorial Temis SA, 2017, p.312.

¹¹⁵ ÁLVAREZ G., Marco A., Ob. cit. p.285.

¹¹⁶ BEJARANO G., Ramiro. Una mirada a la prueba pericial en el CGP, memorias del XXXIX Congreso de derecho procesal, 2018, ICDP, p.333.

Ahora bien, comprende esta Sala que hay causalidad material, en razón a que, según el recuento de los actos médicos relatados, existe un encadenamiento causal en cada uno de los actos asistencias ofrecidos; fueron condiciones: **(i)** La consulta donde diagnostican “hipertrofia grasa” y prescriben lipoescultura; **(ii)** La realización del procedimiento; **(iii)** La presencia de síntomas como dolor abdominal, vomito constante, intolerancia a la comida y convulsiones; **(iv)** La hospitalización y práctica de laparotomía exploratoria y correctiva de la perforación intestinal.

En aplicación del test *conditio sine qua non* (CSQN)¹¹⁷, se infiere con la operación intelectual deductiva de supresión hipotética de alguno de estos acontecimientos, no se elimina el daño originado: la lesión que implicó otro procedimiento de corrección, ergo, son su causa fáctica o naturalística.

Ahora, para completar el juicio de comprobación causal, correspondería adelantar el examen jurídico, que en el derecho anglosajón se conoce como el *test sobre el alcance de la responsabilidad*¹¹⁸, para cuyo propósito se aplica la teoría de la causalidad adecuada, entendida como aquella que solo estima causa aquel suceso que, según los criterios de normalidad o regularidad, de probabilidad y, explica en forma adecuada o idónea el resultado nocivo.

Empero, como el caso presente pertenece a la ciencia médica y son esos parámetros propios los que permiten verificarla, imposible resulta para la Magistratura su constatación ante la inexistencia de pruebas técnicas y científicas, como tantas veces se ha pregonado. No sobra señalar que, en esas condiciones, tampoco podría considerarse la existencia de un riesgo injustificado, cuando ni siquiera ha quedado demostrada la causalidad.

6.4.2.3. REPARO No. 6°. El alcance del consentimiento informado fue

¹¹⁷ PRÉVOT, Juan M. Ob. cit. p.51.

¹¹⁸ BAENA A., Felisa. Ob. cit., p.61.

indebidamente interpretado; su otorgamiento defectuoso compromete la responsabilidad del centro asistencial, según la jurisprudencia del CE¹¹⁹. El procedimiento exigía mayor explicación a la paciente y a la familia, de cómo era, qué alternativas existían y qué la perforación del intestino, fuere un riesgo. Explicó *in extenso* las características del consentimiento idóneo. En suma, concluyó vulneración del derecho a la autonomía personal.

RESOLUCIÓN. No sale *avante*. Al igual que sucede con la causalidad de la lipoescultura, para establecer que la lesión en el intestino debió ser informada a la paciente, como un riesgo previsible, imprescindible el concepto técnico, sin embargo, dejó de incorporarse una probanza en tal sentido, por contera, imposible juzgar la precariedad de la información.

El consentimiento informado tiene como finalidad comunicar al paciente sobre los riesgos, incertidumbres, consecuencias y demás circunstancias (Alternativas terapéuticas, beneficios del procedimiento, entre otros), es un deber de los profesionales de la medicina [Arts.15º y 5º, de las Leyes 23 de 1981 y 35 de 1989], que corresponde documentar, para que conste todo aquello que pueda comprometer el buen resultado del tratamiento al que se someterá.

La jurisprudencia de la CSJ (2020)¹²⁰, ha sido pacífica en resaltar su importancia y la trascendencia de acreditar su existencia; en especial, tiene sentado que carece de solemnidad alguna, que opera la libertad probatoria (Art.165, CGP), es decir, se prueba a través de diferentes medios, por ejemplo, el registro dejado en la historia clínica, según prescribe el artículo 12º, del Decreto No.3380 de 1981 (Reglamentario de la Ley 23 de 1981), y avalan los profesores Monsalve C. y Navarro R.¹²¹. Es una carga del facultativo¹²², “(...) *la jurisprudencia y la doctrina es coincidente en considerar que es al médico a quien corresponde la carga de la prueba de haber obtenido el consentimiento informado previo*

¹¹⁹ CE. Sentencias de: (i) 27-03-2014, No.2660; y, (ii) 15-11-1995, CP: Suárez H., No.10.301.

¹²⁰ Entre muchas, (i) SC-4786-2020, (ii) SC-2804-2019, (iii) SC-5641-2018, (iv) SC-2506-2016 y (v) SC-9721-2015.

¹²¹ MONSALVE C. Vladimir y otra. El consentimiento informado en la praxis médica, Colección ensayos No.25, Editorial Temis, 2014, Bogotá DC, P.199.

¹²² CSJ, SC-2506-2016.

al paciente, (...)”, explica Serrano E. (2020)¹²³; además, se cataloga como obligación de resultado¹²⁴.

El artículo 16 de la Ley 23 de 1981, dispone: “*La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento no irá más allá del riesgo previsto.*”. Sublínea de esta Corporación. El riesgo previsto es el previsible, definido por la CSJ (25-08-2021)¹²⁵, como aquel evento adverso identificado como de frecuente realización que, por tanto, debe ponerse de presente al paciente, con antelación. Luego dijo la misma Colegiatura que la vinculación causal entre la omisión y el daño, por el consentimiento, se condiciona a que la lesión inferida, sea la concreción de un riesgo previsible.

Indudable que la conclusión que emerge de la afirmación anterior, es que necesariamente debe mediar **un criterio médico especializado en el proceso**, sea una experticia u otra cualesquiera prueba de igual naturaleza, determinativos, en todo caso, de cuáles son esos riesgos preVISIBLES o previstos por la ciencia médica para el específico caso materia de litigio; en esta contienda, la apatía del extremo activo para atender ese débito probatorio, resulta contundente para fundar el fracaso de sus pedimentos, pues esa premisa particular quedó sin la debida demostración. Así las cosas, inane estudiar la idoneidad y suficiencia de la información brindada, si el parámetro de la *lex artis* está ausente.

7. LAS DECISIONES FINALES

Se **(i)** Confirmará en su integridad la sentencia atacada en lo que fue materia de apelación; y **(ii)** Condenará en costas, en esta instancia, a la parte demandante, por fracasar en su alzada [Art. 365-3º, CGP].

¹²³ SERRANO E. Luis G. Tratado de responsabilidad médica, Bogotá DC, Ediciones Doctrina y Ley, 2020, p.110.

¹²⁴ CSJ, SC-4786-2020.

¹²⁵ CSJ. SC-3604-2021.

La liquidación de costas se sujetará, en primera instancia, a lo previsto en el artículo 366 del CGP, las agencias en esta instancia se fijarán después, CSJ¹²⁶ (2017). Se hace en auto y no en la sentencia misma, porque esa expresa novedad, introducida por la Ley 1395 de 2010, desapareció en la nueva redacción del ordinal 2º del artículo 365, CGP.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA, SALA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA, administrando Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA,

1. CONFIRMAR en su integridad el fallo emitido el **24-06-2021** por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira, R., en lo que fue materia de alzada.
2. CONDENAR en costas en esta instancia, a la parte demandante, y a favor de la parte demandada. Se liquidarán en primera instancia y la fijación de agencias de esta sede, se hará en auto posterior.
3. DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE,

DUBERNEY GRISALES HERRERA
MAGISTRADO

(Ausente por compensatorio)

EDDER JIMMY SÁNCHEZ C.
MAGISTRADO

JAIME ALBERTO SARAZA N.
MAGISTRADO

DGH/2023

¹²⁶ CSJ. STC-8528 y STC-6952-2017.

LA PROVIDENCIA ANTERIOR
SE NOTIFICÓ POR ESTADO DEL DÍA

23-02-2023

CÉSAR AUGUSTO GRACIA LONDOÑO
SECRETARIO

Firmado Por:

Duberney Grisales Herrera
Magistrado
Sala 001 Civil Familia
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Jaime Alberto Zaraza Naranjo
Magistrado
Sala 004 Civil Familia
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **69503b8cea2456458bbc2d089a55318b656b07a287cd2d11bae1f06d342c1fef**

Documento generado en 22/02/2023 10:55:15 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>