

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA

MAGISTRADO PONENTE: ORLANDO QUINTERO GARCÍA.

Guadalajara de Buga, enero dieciocho (18) de dos mil dieciséis (2016).
Discutido y aprobado según Acta No.01

I. OBJETO DEL PRESENTE PROVEÍDO

Lo constituye resolver la apelación de la sentencia emitida en audiencia pública el 06 de julio del año próximo pasado en el Juzgado Civil del Circuito de Roldanillo (V), dentro del proceso ordinario de responsabilidad civil contractual formulado por la señora KARINA DEL PILAR NARANJO GARCÍA contra la Clínica SANTA ANA Ltda., de esa localidad.

II. ANTECEDENTES RELEVANTES.

La demanda y su sustento fáctico.

Solicita la demandante en referencia que se declare la responsabilidad civil contractual de la Clínica en mención por los perjuicios morales y la afectación a la vida de relación que se le ocasionó con la cirugía de glúteos con material de relleno, procedimiento donde se usó MECATRIL, más conocido como BIOPOLÍMEROS.

Se finca el *petitum* del introductorio en que el día 1º de octubre de 2007 la demandante celebró contrato de prestación de servicios con la Clínica demandada, realizándose una cirugía de implantes en los glúteos con material de relleno, procedimiento que fue realizado por el Dr. DIEGO FERNANDO ORTÍZ SILVA.

Se expone que transcurrido un tiempo de haberse practicado esa intervención, la demandante empezó a padecer cambios extraños y deformidad en su aspecto físico, además de sufrir fuertes dolores en la zona donde se le practicó la misma, por lo que resolvió acudir el 23 de febrero de 2011 al Hospital del Municipio de la Unión (V) donde fue valorada, indicándosele que el material que había utilizado la Clínica demandada compuesto por BIOPOLÍMEROS es perjudicial para su salud, observación que originó la práctica de la ecografía del 28 de ese mismo mes en un centro médico de la ciudad de Cartago, en la cual se concluyó que en los glúteos habían sufrido serias lesiones a causa del referido producto.

Que por lo anterior, la actora sufre de intensos dolores, cambios en su estado de ánimo y vergüenza de su cuerpo, afectando su vida personal e íntima con su señor esposo. Se informa, presentó acción de tutela para que la demandada continuara con la prestación del servicio a fin de ser rehabilitada su salud, mecanismo que le fue fallado de manera favorable el día el 22 de diciembre de 2014.

En la demanda se concluye que en el procedimiento cuestionado debieron preverse posibles anomalías y contingencias a causa de una mala praxis, además de la utilización del susodicho dispositivo médico que ha puesto en peligro la salud e integridad de la paciente.

Contestación a la demanda:

Clínica Santa Ana Ltda.: A través de su representante legal, quien es el médico que practicó el procedimiento quirúrgico cuestionado, indicó primordialmente que si realmente la demandante sintió irregularidades orgánicas, a pesar de haber transcurrido tanto tiempo desde la cirugía en cita, debió acudir a la demandada y no a otra entidad, cuyo galeno que la valoró no es médico especializado en la materia. Advirtió que respecto de las conclusiones obtenidas en la ecografía que se refiere en la demanda deben ser apoyadas mediante concepto científico. Dijo que la paciente aumentó de peso lo cual le produjo serios cambios espirituales, anímicos y afectivos, siendo ella la responsable de esa circunstancia, más no del profesional de la salud involucrado, al desatender la recomendaciones dadas por él, insistiendo que el presunto daño obedece al descuido de aquélla por no responsabilizarse de su cuidado personal, pues al ser intervenida con el material de relleno el 1º de octubre de 2007, que fue nuevamente aplicado al mes siguiente, el cual se encontraba debidamente registrado ante el INVIMA, tenía un peso de 62 kilos, y para junio de 2008, cuando regresó a la institución demandada, ya había aumentado 11 kilogramos de peso corporal.

Formuló las excepciones de fondo denominadas cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y prescripción, sin referir ningún tipo de argumento atinente al rótulo que les dio.

Del discurrir procesal en las audiencias del proceso.

En la audiencia pública integral de que trata el artículo 372 del CGP, la conciliación del conflicto fracasó por la falta de ánimo de las partes para arreglar sus diferencias. Se practicaron interrogatorios al representante legal de la Clínica enjuiciada y la demandante, no hubo irregularidades que sanear y se fijó el litigio en cuanto que es un hecho sin controversia la relación contractual que da origen a la demanda de responsabilidad que versa sobre el procedimiento para el aumento de glúteos con material de relleno practicado a la demandante por el Médico DIEGO FERNANDO

ORTÍZ SILVA en octubre de 2007, y el retoque de noviembre del mismo año, aplicando el producto METACRIL O METACRILATO, estableciéndose como objeto de las pruebas la causa de las dolencias que sufre la paciente, el nexo causal, los perjuicios morales y daño a la vida de relación reclamados.

En la audiencia de instrucción y de juzgamiento del art. 373 del C.G.P., además de recaudarse y exhibirse los documentos arrimados en la demanda y su contestación, entre otros, certificado de matrimonio y toda la historia clínica de la demandante, literatura médica respecto del procedimiento demandado y los informes provenientes del Dr. VICENTE MORCILLO LÓPEZ, INVIMA, de la Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica Estética y Reconstructiva, y la Asociación Científica Colombiana de Medicina Estética ACICM, se recibieron los testimonios de CAROLINA GARCÍA QUICENO, JAIZULY HERNÁNDEZ ORTÍZ y ALBERTO JAVIER RIVERA VALENCIA, así como el interrogatorio a la perito del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Dra. SANDRA ZULEIMA CASTILLO AYALA.

Seguidamente y en esa misma diligencia el Juez concedió el espacio para que las partes alegaran de conclusión, indicando el extremo activo que a la demandante se le implantaron biopolímeros que le generaron consecuencias en su integridad, quien busco al médico tratante para que le realizara el procedimiento en el cual le aplicó tal producto con el propósito de obtener un impacto positivo estético y mejorar su autoestima, sin embargo, los efectos le fueron adversos como quedó demostrado en el expediente, causándole daño en su entorno personal y social, aunado que no se le advirtió a la demandante las secuelas del referido dispositivo, que le comprometió hasta su fragilidad como ser humano. Indica que el galeno que practicó la intervención debió prever las consecuencias del producto de relleno de marras y no aplicarlo en la cantidad que lo hizo, pues las pruebas indicaron que su incorporación debió ser en 10

miligramos, mientras que a la actora le inyectaron 310 miligramos. Solicitó que se rechazaran las excepciones propuestas por su contraparte.

Entre tanto, la parte demandada, luego de alegar que la responsabilidad civil sea contractual o extracontractual atendía al régimen de culpa probada, y que debían acreditarse los demás elementos que la estructuran, advirtió que el producto implantado a la demandante se encontraba autorizado por el INVIMA, el cual para la época de los hechos contenía las respectivas contraindicaciones las cuales no prohibían su uso en la zona glútea. Igualmente, descalificó, de un lado, el informe arrimado por la Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica aduciendo que la literatura que lo fundamenta es posterior al procedimiento realizado objeto de la demanda y tildando tal criterio de subjetivo. Y de otro, el peritazgo realizado por Medicina Legal, por la falta de idoneidad de la auxiliar de la justicia que lo rindió, quien no es médico cirujano y por el hecho de desacreditar en sus observaciones el procedimiento del profesional de la salud que trató a la paciente, sin tener conocimientos científicos al respecto. Manifestó que en esa prueba se tuvo en cuenta una ecografía desactualizada que no es la adecuada para demostrar el daño que se alega, y que las alteraciones padecidas por su contrincante obedecen a múltiples situaciones, aspecto que tampoco se tuvo de presente en el recaudo de la misma. Concluye, en que tal elemento de juicio no resiste ser valorado a través de la sana crítica, por no acreditar la génesis de las lesiones sufridas.

Aludiendo las pruebas practicadas a su solicitud, como los informes, primero, del Dr. VICENTE MORCILLO LÓPEZ quien le practicó varias cirugías estéticas a la demandante con posterioridad a la aplicación del producto de relleno, profesional que concluyó que la intervención de su colega fue la adecuada y que el material de marras se encontraba autorizado por el INVIMA; y segundo, de la Asociación Científica de Medicina Estética el cual, en su parecer, da cuenta de la buena praxis en

el acto médico demandado, considerando que sus conclusiones se apoyaron en soportes científicos.

Advirtió, que no hay prueba de la culpa ni del daño, reclamados, tampoco del nexo causal, es que el daño fuera derivado del material de relleno aplicado. Igualmente estimó, que los perjuicios demandados no se ajustan al tope actual que orienta la jurisprudencia los cuales no pueden superar los 53 millones de pesos. Alegó, que la demandante ocultó información al no explicar respecto de los otros procedimientos estéticos a que se sometió con anterioridad y posterioridad al acto cuestionado, que la prueba testimonial traída por la demandante no resiste la sana crítica dado que las explicaciones de cada uno de los declarantes son contradictorias al señalar las dolencia de la actora en tiempos diferentes, sin conocer concretamente quien fue el médico que le aplicó el susodicho dispositivo, los cuales fueron tachados de falsos en su debida oportunidad.

MOTIVACIONES.

Es procedente definir de fondo el asunto, habida consideración de la satisfactoria reunión de los presupuestos procesales y la ausencia de germen con categoría para producir la anulación del trámite. La legitimación en la causa en sus dos facetas carece de glosas para formularle.

Importa dejar liminarmente sentado que hoy a la luz del Código General del Proceso, inciso 1º, artículo 320,: *“El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, **únicamente en relación con los reparos formulados por el apelante**, para que el superior revoque o reforme la decisión.”*; disposición acorde con lo dispuesto en los 322 numeral 3., inciso 2º *ibídem*, conforme al cual, cuando se apele una sentencia se, *“deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, **sobre los cuales***

versará la sustentación que hará ante el superior.”; y artículo 328 de la misma normativa, el cual al disciplinar la competencia del superior, en su inciso 1º estatuye que: ***“El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos en la ley.”*** –las negrillas son de la Sala-.

Es por lo plasmado que la Sala se dará a la tarea de escrutar únicamente los puntos que, tratados en la sentencia de primer orden, fueron materia de reparo concreto en su momento y debidamente sustentados en el curso de esta audiencia.

En este sentido, es útil a fuer que pertinente iniciar memorando las consideraciones torales de la decisión confutada, se reitera, las que hacen relación a los tópicos cuestionados a través de los reparos concretos.

Al desatar el nudo jurídico procesal en primera instancia, el *a quo* indicó que la Clínica traída a juicio es contractualmente responsable de manera directa del daño ocasionado por el personal médico vinculado con el extremo pasivo mediante un procedimiento estético al inyectarle a la demandante un material de relleno que no contaba con el registro del INVIMA, y por no infórmale a ella los riesgos que conllevaba la aplicación del material en sus glúteos.

Advirtió que el régimen de la responsabilidad era de tipo contractual en el cual debían confluír la culpa demostrada, el daño y el nexo causal entre tales, destacando que la obligación demandada era de medio, según se infería del documento arrimado al plenario sobre el consentimiento informado a la paciente. Indicó que sobre el procedimiento médico y el material utilizado no hubo discusión alguna.

En lo que atiene a los reproches contenidos en la alzada se tiene:

l) Al abordar **el daño** –lesiones en el cuerpo y en el sistema linfático de la demandante- lo halló establecido en el plenario del análisis conjunto de los siguientes medios de prueba:

a. El informe pericial rendido por el Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses –F. 352 y ss. C. 3-, el cual indicó el estado actual de salud de la paciente registrando la descripción detallada que en aquel se hizo de las diferentes lesiones que padeció y la incidencia que tuvo el material utilizado en sus glúteos, es decir, el perjuicio causado.

Se detuvo en los hallazgos que registró la perito al examen médico de la paciente: Glúteo derecho, presenta dolor intenso a palpación en cuadrante medio derecho y en donde se nota mayor cambio de coloración gris claro. Glúteo izquierdo, cambio de contorno en relacional derecho, cambios de coloración, lesiones dérmicas intermitentes, dolor a nivel de cuadrante medio y supero externo; descripción complementada en el examen clínico forense actual así: Presenta lesiones papulares puntiformes de color rojo y rosadas en toda la extensión de ambos glúteos siendo más pronunciadas en área de cuadrante central en donde se observa cambios de coloración a gris claro en área de 3.0 x 3.5 cms, lesiones descamativas, al tacto se palpan lesiones rugosas, y al palpar región central profundamente se palpan nodulaciones de predominio en esta zona central dolorosas, granulares. En esta zona central se aprecia área de pequeños hoyuelos, espacios entre nodulaciones, con dolor local que se intensifica al palpar. En glúteo derecho se observa ligera deformidad, presenta área descolgada cuadrante ínfero-interno en relación al glúteo izquierdo. Estas lesiones alteran la estética normal del glúteo ya que se observa diferencia en asimetría glútea entre el glúteo derecho e izquierdo y lesiones nodulares –Minuto 31-.

b. Recordó la declaración del médico tratante para hacer notar que él y la paciente acordaron aplicar el susodicho insumo por cuanto la utilización de prótesis salía más costosa, más no como lo afirmó la parte demandada quien alegó que fue la paciente quien directamente solicitó la aplicación del mismo.

c. La historia clínica de la demandante que dio cuenta de todas las consultas con su médico tratante el 15 de enero, 26 de junio y 26 de julio de 2008, 22 de julio de 2011, 04 de septiembre de 2012, 8 de julio y 27 de diciembre de 2014, 29 de enero, 03 de marzo, 1 de abril y 7 de mayo de 2015, para colegir que el galeno en referencia conocía todos los síntomas y lesiones que venía padeciendo la demandante y que incluso en julio de 2011 alcanzó a plantear la hipótesis de posible alogenosis, destacándose por el Juzgado que para esa calenda la paciente solo pesaba 65.4 Kgs.

d. Las copias de la actuación en acción de tutela promovida por la señora NARANJO GARCÍA en frente de la Clínica demandada, actuación en la cual el Juzgado Segundo Penal Municipal de Garantías de Roldanillo, tras constatar el estado de salud de la accionante, le ordenó a la accionada valorarla por los padecimientos generados por el implante en sus glúteos de biopolímero, y de su propio costo y garantía de trabajo proporcionarle el tratamiento. Que como consecuencia de la orden tutelar se realizaron varias consultas en donde, según la historia médica, se dejó constancia del enrojecimiento de los glúteos, obesidad con presión de tejido subcutáneo y presión de metacril a nivel glúteo.

e. Resultado de la consulta particular con el Médico Cirujano DIEGO FERNANDO VELASCO R. –F. 10 C. 1- en donde se encontró: En región glútea, cuadrantes laterales inferiores con contornos no regulares, en cuadrantes mediales sutil coloración violácea. No encontró eritemas, ni lesiones activas papulares postulares ni vesiculares. También diagnosticó obesidad grado uno.

f. Ayuda diagnóstica correspondientes a ecografía en región glútea e inguinal practicada el 28 de febrero de 2013 –F. 13 C. 1- en la cual se observa tejido adiposo reemplazado por material ecogénico de bordes mal definidos que genera sombra acústica posterior que impide valoración de músculos glúteos, sugiriendo presencia de biopolímeros y observando en regiones inguinales compromiso en cada lado de un ganglio con biopolímero en su interior.

Y respecto de los perjuicios morales, se acogió a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que alude al arbitrio judicial en su cuantificación. En ese orden, los halló probados de conformidad con la presunción de hombre y las testificaciones de CAROLINA GARCÍA QUICENO, JAIZULY HERNÁNDEZ ORTÍZ y ALBERTO JAVIER RIVERA VALENCIA obtenidas en la audiencia, desestimando la tacha por sospecha provocada por la demandada respecto que se trababan de los parientes de la actora, amiga, prima y cuñado, por considerar el *a quo* que tratándose de una aspecto que toca con la intimidad de la pretensora, era apenas lógico y natural que tuviera en reserva el asunto y solo lo conociera personas del núcleo más cercano, lo cual es corroborado cuando acudió al médico particular fuera de la localidad de su residencia. Tuvo las manifestaciones de los testigos por creíbles al explicar las dolencias de la paciente en sus diversas etapas. En tal virtud, los cuantificó en la suma de \$40.000.000.oo.

Frente a los perjuicios de daño a la vida de relación, luego de explicar que corresponden a la aminoración para gozar de los bienes de la vida como las actividades cotidianas, viajar, compartir en familia y pareja, etc., los estableció con la prueba testimonial antes referida que dio cuenta de la vida social de la actora, quien cantaba y se preocupaba por su imagen, pues como se evidenció acudía a tratamientos de belleza, ciudadana que para no verse sometida al escarnio público se alejó de su entorno. Los tasó en la suma de \$40.000.0000.oo.

II) Al arrostrarse el elemento **nexo causal** se indicó que, a pesar de que no se hubiese recaudado elemento de juicio técnico decretado para tal efecto, dicho requisito se encontraba acreditado en el proceso a través de la prueba indiciaria sustentada en los siguientes hechos: No existencia de duda sobre la practicas de los procedimientos estéticos y el material de relleno aplicado, que como se explicó, para la época de la cirugía no estaba autorizado para el uso que se le dio; las lesiones en la zona glútea de la paciente que se presentaron en las primeras etapas del post-operatorio; los daños actuales en la integridad de la intervenida, según lo manifestó en el plenario el mismo médico tratante de la actora quien en la consulta del 22 de junio de 2011 sospechó “alogenosis” en la parte del cuerpo que se operó, expresión que en la literatura galénica significa efectos producidos por sustancias ajenas al organismo; y el formato del contrato de transacción en el cual la Clínica demandada le ofreció a la demandante la extracción de los biopolímeros que le fueron suministrados a cambio de que desistiera de sus pretensiones judiciales.

Se expuso que la defensa de la parte demandada fue contradictoria en el sentido de alegar en el proceso que cualquier médico cirujano con título general podía practicar el procedimiento que motivo la demanda, advirtiendo a la vez que, el nexo de causalidad sólo puede ser acreditado con la prueba técnica proveniente de un cirujano plástico. Igualmente, destacó que a pesar de que a la paciente se le practicaron otro tipo de intervenciones, luego de las dos que originan la responsabilidad demandada, en ella no se probó que le hubiesen aplicado el material de relleno en referencia.

Por último, descalificó las pruebas que recaudó el extremo pasivo, particularmente los informes de los galenos ROLDOLFO CHAPARRO GÓMEZ, VICENTE MORCILLO LÓPEZ y de la ASOCIACIÓN CIENTÍFICA COLOMBIANA DE MEDICINA ESTÉTICA ACICME que

calificaban positivamente el dispositivo médico por considerar que se originaron en hechos falsos y erróneos, como que para le época de la operación el producto se encontraba autorizado por el INVIMA. Además, por cuanto el informe rendido por el Dr. VICENTE MORCILLO LÓPEZ desbordó el objeto de la prueba tras referirse a conclusiones que no le fueron indagadas. Añadió, que la literatura científica en idioma extranjero arrimada al plenario no fue traducida oficialmente, aunado que algunas de ellas no se pudo establecer su fecha de Minuto 1:44-.

Finalmente, advirtió que no encontró en el expediente comportamientos anómalos o mañosos de ambos extremos del litigio que acarren las consecuencias sancionatorias que trae el Código General del Proceso.

Reparos concretos.

Los trece reparos formulados por la demandada frente a la decisión en reseña tienen como blanco de ataque la de demostración del daño, el nexo de causalidad y el monto de los perjuicios extrapatrimoniales tasado. Censura la valoración que el *a quo* realizó del material de evidencia respecto de estos supuestos de la responsabilidad en orden desconocer la prueba de existencia de los mismos, apuntando que el Juez la advirtió en el enrojecimiento que presentó la paciente en sus glúteos, la sentencia de tutela, el interrogatorio realizado el Dr. SILVA, la valoración del Hospital Gonzalo Contreras de La Unión Valle y el dictamen de Medicina legal, agregando que la existencia del daño puede ser meramente especulativa o indiciaria, añadiendo, “es *CARGA del demandante, probar este elemento, en el caso sub-lite las pruebas que se presentaron no permiten concluir que en efecto la demandante sufra un daño y era menester de la actora probarlo, no de nosotros probar su ausencia, y ante las falencias probatorias el juez de instancia prefiere sumar mérito probatorio a las pruebas débiles que se aportaron*

por parte del perito de medicina legal y los testimonios...”¹. Se puntualizó:

I) La pericia entregada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses estimando que:

a. Falta de idoneidad en la perito, por no tener estudios en cirugía plástica y estética; su subjetividad y parcialidad al manifestar en una de sus conclusiones que la atención brindada a la paciente no fue la más adecuada, con lo cual desbordó el objeto del dictamen; y, sus respuestas, etéreas y evasivas, las dio con base en la literatura que aporta el Instituto de Medicina legal, pero nunca dice que corresponde a su real convicción profesional.

Se responde:

Es de recordar que el objeto de la prueba pericial que se ordenó practicar por el I.N.M.L.C.F. tuvo la finalidad de determinar el estado de salud de la demandante, *“en relación al procedimiento practicado en 2007 en la zona de sus glúteos, consistente en BIOPLASTIA de nalgas con material de relleno, siendo usado como relleno el producto POLIMETIL METACRILATO en su presentación comercial METACORP. Precisaré en su informe el médico correspondiente el estado actual de la zona que fue sometida al citado procedimiento refiriendo si existen cambios en la piel, lesiones en la piel de los glúteos, las piernas (parte alta) o la espalda (parte baja), edemas, enrojecimientos, deformidad, fístulas, cicatrices, infección o alguna otra señal o circunstancia que desde su punto de vista médico científico puedan tener alguna relación con el procedimiento estético.”².*

¹ F. 157 C. 1.

² F. 95 C. 1.

Igualmente, se recuerda que la perito absolvió este interrogante indicando que al examen médico de la paciente halló: *“Glúteo derecho, presenta dolor intenso a palpación en cuadrante medio derecho y en donde se nota mayor cambio de coloración gris claro. Glúteo izquierdo, cambio de contorno en relacional derecho, cambios de coloración, lesiones dérmicas intermitentes, dolor a nivel de cuadrante medio y supero externo”*; en tanto que como resultado del EXAMEN CLÍNICO FORENSE ACTUAL describió: *“Presenta lesiones papulares puntiformes de color rojo y rosadas en toda la extensión de ambos glúteos siendo más pronunciadas en área de cuadrante central en donde se observa cambios de coloración color gris claro en área de 3.0 x 3.5 cms, lesiones descamativas, al tacto se palpan lesiones rugosas, y al palpar región central profundamente se palpan nodulaciones de predominio en esta zona central dolorosas, granulares. En esta zona central se aprecia área de pequeños hoyuelos, espacios entre nodulaciones, con dolor local que se intensifica al palpar. En glúteo derecho se observa ligera deformidad en su forma, presenta área descolgada cuadrante ínfero interno en relación al glúteo izquierdo. Estas lesiones alteran la estética normal del glúteo ya que se observa diferencia en asimetría glútea entre el glúteo derecho e izquierdo y lesiones nodulares.”*³.

Considera la Sala que para realizar un examen físico de una paciente, establecer su estado actual y dictaminar sobre los hallazgos que se dejaron registrados, no se requiere del servicios de un especialista en cirugía plástica o estética, ni conocimientos galénicos especializados, puesto que se trató de evidenciar, y así se hizo, sobre puntos –estado de salud, color y cambios de color en la piel, deformaciones, simetría o asimetría de los glúteos, nodulaciones, fístulas, infecciones, etc.- que cualquier profesional de la medicina está en capacidad de identificar, a *fortiori* si quien realiza el trabajo es un experto vinculado al I.N.M.L.C.F.

³ F. 359 C. 3.

No cree la Sala que la experta adscrita a Medicina Legal haya desbordado el objeto de la prueba, si se tiene en cuenta que el *a quo* también le encomendó que, desde la arista médico científico dictaminara si las eventuales lesiones que hallara pudieran tener relación alguna con el procedimiento estético que se le practicó, es decir, BIOPLASTIA de glúteos con material de relleno, utilizándose el producto POLIMETIL METACRILATO en su presentación comercial METACORP. Siendo así, en ninguna extravasación incurrió cuando concluyó que la aplicación de biopolímeros a la demandante le produjo las alteraciones que registró, deduciendo como consecuencia lógica – no necesitaba que lo dijera un experto- que la atención médica ofrecida a la paciente no fue la más adecuada, ni la esperada.

Desde esta perspectiva no observa la Sala subjetividad ni parcialidad en la experticia; como tampoco demérito porque se haya apoyado en literatura médica, todo lo contrario, esto hace parte del sustento que debe contener una prueba técnica.

Las respuestas de la experta, tanto la escrita, como las que ofreció oralmente en el curso de la audiencia a las preguntas y cuestionamientos del Juez y de los sujetos procesales, desde la mirada de la Sala, fueron concretas, directas y debidamente sustentadas, según pasa a exponerse.

El artículo 232 del C.G.P. reza que al valorar el dictamen *“el juez apreciara el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia y las demás pruebas que obren en el proceso.”* La expresión de los fundamentos de la pericia resulta de la más capital importancia en cuanto, de un lado, explicita el concepto científico, técnico o artístico, revela las fuentes que lo generan; y de otro

lado, de la coherencia de éstos con las conclusiones de la misma dimana la fuerza demostrativa de esta prueba técnica, es por ello que en palabras de la Corte Suprema de Justicia, “*es de exigencia legal que el dictamen sea fundamentado, esto es que los expertos tienen que informar al juez acerca de los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados en desarrollo de la labor que se les ha encomendado, (Cas. 25 de octubre de 1994, GJ. T. CCXXXI, pág. 871).*”⁴.

Además, en la nueva ordenación procesal igualmente se valora la conducta de la perito en la audiencia.

En el estudio se observa que la perito luego de consultar los antecedentes clínicos de la paciente, entre otros la ecografía, practicarle el examen clínico de rigor, invocar literatura especializada autorizada por la Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica sobre el contenido, síntomas, aplicaciones, usos, complicaciones, tratamiento, evolución y precauciones del dispositivo o producto aplicado a la actora y describir su legalidad en cuanto los alcances del registro del material de relleno ante el INVIMA y el tipo de profesionales de la salud que se encontraban facultados para practicar este tipo de procedimientos, emitió las siguientes conclusiones:

1. La atención en salud brindada no fue la más adecuada a la atención esperada por la paciente ya que según la norma del INVIMA en Colombia estos productos biopolímeros (Metarcort) no están autorizados para su uso en implantes glúteos, solo en pequeñas cantidades para áreas de la cara en patologías específicas.
2. La aplicación de biopolímeros (Metacort) ha producido alteraciones en la salud de la examinada, y como consecuencia la merma en su

⁴ CAS. CIVIL, sentencia de 19 de julio de 2002, M.P. Dr. MANUEL ISIDRO ARDILA VELÁSQUEZ, Exp. 7277.

salud por lo tanto se debe indagar en las Juntas Regionales de calificación de invalidez con fines de determinar el estado de salud y el compromiso actual para establecer las secuelas del mismo a largo plazo y el proceso de reparación que se podría ofrecer según criterios de especialistas.

Se sugiere valoración por medicina especializada grupo integral: Medicina interna y/o reumatología, cirugía plástica reconstructiva, psicología. (sic).

Por daños en la salud de la paciente se dan secuelas incapacidad médico legal (ciento cincuenta días) y secuelas médico legales: - Deformidad física que afecta el cuerpo carácter permanente, dado aplicación biopolímeros metacrilato (Metacort) en región glútea, que daña ostensiblemente la estética normal del cuerpo en el área glútea- . Perturbación del órgano sistema linfoides de carácter por definir dada por la afectación del sistema linfoides y sistema inmunológico. -F. 362 vltto. cdno. pruebas oficio-.

Ciertamente el dictamen en referencia arrojó como resultado de la prueba el estado de salud de la paciente en cuanto su deformidad física de carácter permanente en la región glútea y la perturbación del órgano del sistema linfoides por la aplicación de biopolímeros metacrilato (Metarcort) en el año 2007 en la Clínica demandada.

Ahora bien, al presentarse la perito a la audiencia de instrucción y juzgamiento a fin de explicar el fundamento y calidad de sus conclusiones, manifestó que es especialista en medicina forense y dio a conocer todos los pormenores de la valoración de la demandante identificando cambios en la piel, zonas granulares y dolor en la región glútea, explicando que para realizar tal examen se ajustó al protocolo que exige Medicina Legal, un instructivo para las responsabilidades médicas, y que luego de emitido el informe, es revisado por un Comité

Multidisciplinario de las diversas especialidades y patologías de esa entidad –ver video-audio de la diligencia min. 16:06-.

La profesional en cita indicó que a pesar de no ser cirujana plástica, no era necesario ostentar tal especialidad para determinar la sintomatología que presenta la paciente como la deformidad en la región de sus glúteos – video-audio min. 24:30-. Igualmente, advirtió que su valoración se apoyó en el diagnóstico de la ecografía que reportó la presencia de biopolímeros, y que en esas condiciones, no es necesario ser galeno plástico para establecer las secuelas que dejó el procedimiento demandado –video-audio min. 25:11-.

Asimismo señaló, que la ecografía aportada por la demandante mostraba la presencia del susodicho producto, que concuerda con la valoración física que se le hizo a ella en sus glúteos. Al indagársele sobre los alcances de la autorización del INVIMA respecto del dispositivo de marras, claramente y sin evasivas, explicó que su uso y aplicación exclusivamente es para la fijación de prótesis e implantes musculares óseos, advirtiendo que la intervención de la paciente fue de aumentos de glúteos y no musculoso óseos –min. 33:13-. La perito destacó que para la realización de los dictámenes de responsabilidad galena la entidad acude a literatura avalada por la Sociedad Colombiana de Cirugía Estética, y los Ministerios Nacionales de Salud y Educación – min. 54:10-.

Al cuestionarle el apoderado de la parte demandada respecto de una de las conclusiones del informe, en el sentido de que la atención brindada a la paciente el día de los hechos no era la esperada por ella, categóricamente respondió, luego de leer en la audiencia el respectivo instructivo del dictamen, que esa circunstancia correspondía a un ítem del protocolo en mientes que hace alusión a las apreciaciones del

procedimiento cuando el paciente presenta una merma en su salud, y que ese es el contexto de su conclusión – hora 1:07-.

Luego de que la auxiliar de la justicia señalara que el cuadro clínico de la paciente se derivaba de la inyección del dispositivo, el apoderado de la parte demandada le destacó las demás intervenciones estéticas que se hizo la demandante en su cuerpo con el Dr. VICENTE MORCILLO LÓPEZ, entre otras, la lipectomía del glúteo izquierdo, respondiendo, categóricamente y sin vacilación, que la actora presentaba asimetría en la zona donde evidencia granulación, dolor, nodulaciones y cambios en la piel, región que correspondía a las nalgas donde fue inyectado el producto tal como lo reveló la respectiva ecografía –hora 1:33-. A la indagación del Juez en torno a si las lesiones a que se refería podían corresponder a la lipectomía realizada por el mencionado cirujano en el glúteo izquierdo o a la intervención del Dr. DIEGO FERNANDO ORTÍZ SILVA en la cual inyectó el producto, respondió que cuando hay biopolímeros, un cuerpo extraño, tiende a salir del mismo y produce asimetría de los glúteos, cambios en el color de la piel, gránulos, que es una silicona que se va levantando y produce zonas grisáceas y oscuras, y dolor donde se encuentra ubicado el material, síntomas que se ajustan a la literatura científica que avala el INVIMA –hora 2:00-.

En idéntico sentido, precisó que si bien la ecografía no es reciente, pues fue practicada varios años atrás, en relación con los biopolímeros este tipo de exámenes no se alteran o cambian con el pasar de los años – hora 1:49-.

Sin duda, las explicaciones de la auxiliar de la justicia sobre el fundamento de su experticia acopian los requerimientos del artículo 232 del C.G.P., en cuanto valoradas a la luz de las reglas de la sana crítica – reglas de la lógica, la experiencia y la ciencia-, lucen sólidas, claras, exhaustivas y precisas. Mírese que las preguntas que absolvió lo hizo

explicando detalladamente todo el proceso de valoración apoyado en literatura científica licenciada por la Sociedad Colombiana de Cirugía Estética, y los Ministerios Nacionales de Salud y Educación, anotando con toda precisión que la causa de las contusiones sufridas por la actora obedecen, no al procedimiento quirúrgico practicado por el DR. VICENTE MORCILLO LÓPEZ, sino a la inyección del material de relleno por parte del médico DIEGO FERNANDO ORTÍZ SILVA, advirtiendo de manera contundente que aunque la ecografía aportada por la actora data de varios años, no perdía vigencia respecto de la aplicación de los biopolímeros.

En conclusión, la pericia en análisis es para la Sala, como lo fue para el Juez de primer grado, creíble y de alto poder demostrativo.

b. No se apoyó en ayudas diagnóstica, indicando que la base de su informe fue la historia clínica del procedimiento realizado de la paciente en la Clínica demandada y la ecografía tomada el 28 de febrero de 2013 -de la cual se desconoce la acreditación de quien la realizó, sin contar el tiempo transcurrido desde que se efectuó-, más el análisis que hizo la perito con sus ojos y manos, lo cual hace imposible que la galena pudiera arrojar un diagnóstico siquiera probable de los hallazgos. Dice que la falta de ayudas diagnósticas no le permite concluir sobre el carácter permanente, transitorio o reversible de las lesiones.

No es concebible una crítica a la experticia basada en que se apoyó en la historia clínica, puesto que en un caso de responsabilidad médica este es un valioso medio de prueba para conocer los detalles antecedentes, concomitantes y subsiguientes de la dolencia tratada y el procedimiento médico prodigado, entre otros muchos aspectos. Es que como lo ha sostenido la jurisprudencia:

consigna de manera cronológica, clara, precisa, fidedigna, completa, expresa y legible todo el cuadro clínico en las distintas fases del acto

médico desde su iniciación hasta su culminación, a partir del ingreso del paciente a una institución de salud a su salida, incluso en la rehabilitación, seguimiento y control; contiene el registro de los antecedentes, y el estado de salud del paciente, la anamnesis, el diagnóstico, tratamiento, medicamentos aplicados, la evolución, el seguimiento, control, protocolo quirúrgico, indicación del equipo médico, registro de la anestesia, los estudios complementarios, la ubicación en el centro hospitalario, el personal, las pruebas diagnósticas, etc. Trátase de un documento probatorio sujeto a reserva o confidencialidad legal cuyo titular es el paciente y cuya custodia corresponde al profesional o prestador de salud, al cual puede acceder aquél, el usuario, las personas autorizadas por éstos, el equipo de salud y las autoridades competentes en los casos legales, ostenta una particular relevancia probatoria para valorar los deberes de conducta del médico, la atención médica al paciente, su elaboración en forma es una obligación imperativa del profesional e instituciones prestadoras del servicio, y su omisión u observancia defectuosa, irregular e incompleta, entraña importantes consecuencias, no sólo en el ámbito disciplinario sino en los procesos judiciales, en especial, de responsabilidad civil, por constituir incumplimiento de una obligación legal integrante de la respectiva relación jurídica (CSJ SC 17 de noviembre de 2011, rad. 1999 00533 01).⁵

Entonces, igual que como se considerara en acápite anterior, que la experticia haya tenido como base la historia clínica, en lugar de menguarle su poder suasorio, la bastantea, pues parece apenas lógico que de allí se parta.

La censura al mérito que la perito le dio a la ayuda diagnóstica que tuvo a su disposición, esto es, la ecografía practicada a la demandante el 28 de febrero de 2013, carece de fundamento, puesto que ningún esfuerzo argumentativo ni probatorio realizó el ente recurrente para demostrar que las conclusiones allí plasmadas estuvieren equivocadas o pudieron

⁵C.S.J. CAS. CIVIL, sentencia SC-12449-2014, M.P. Dr. MARGARITA CABELLO BLANCO, exp. Rad. No. 11001 31 03 034 2006 00052 01.

cambiar con el tiempo, a pesar que la perito explicó que ello no sucedía. Sobre la experticia y valor probatorio se volverá en detalle más adelante.

c. No valorar los antecedentes quirúrgicos, “*se reprocha desestimar que la asimetría en los glúteos es producto de una intervención realizada por el Dr. Morcillo consistente en lipectomía de región inferior del glúteo izquierdo, si el procedimiento se realizó en un solo glúteo es porque ya existía asimetría y porque pudo existir una reacción del músculo a la cicatrización que dejó la asimetría, lo cual NUNCA podemos saber...*”⁶ –el resaltado es del original- porque la paciente omitió esa información. Agrega, que no se tuvo presente las apreciaciones del Dr. VICENTE MORCILLO LÓPEZ, la ASOCIACIÓN COLOMBINA DE MEDICINA ESTÉTICA ACICME y el Dr. RODOLFO CHAPARRO, especialistas en cirugía plástica, quienes recomendaron realizar estudios para determinar la naturaleza de las lesiones dérmicas que encontró la perito.

El argumento empieza con una protuberante contradicción y es contraevidente. Lo primero, por cuanto intenta demostrar que la asimetría en los glúteos es el producto de una de las intervenciones que el Dr. VICENTE MORCILLO LÓPEZ le practicó a la actora con posterioridad a la que le realizó la demandada, pero a la sazón sostiene que tal deformación ya existía porque pudo ser una reacción del músculo a la cicatrización. A lo que bien puede agregarse que no hay prueba de tales afirmaciones. Todo ello hace inatendible el plateo.

Y lo segundo, porque el operador de primer grado si valoró los antecedentes quirúrgicos de la paciente, solo que consideró que la operación del Dr. MORCILLO LÓPEZ consistió en una lipectomía de glúteo izquierdo, que no en la inyección de ninguna sustancia, que fue lo que se demostró que a la postre le produjeron las complicaciones.

⁶ F. 153 C. 1.

De igual forma se sopesaron los informes de la ASOCIACIÓN COLOMBINA DE MEDICINA ESTÉTICA ACICME y el Dr. RODOLFO CHAPARRO, especialistas en cirugía plástica, sin embargo, fueron desechados habida cuenta que partieron de una base equivocada a saber: que el producto utilizado estaba autorizado por el INVIMA para el año 2007, siendo que las pruebas obrantes en el expediente, no controvertidas, acreditan que no era así, y que si bien posteriormente esa entidad lo avaló, en todo caso no fue para inyectarlo en el procedimiento de aumento de glúteos.

II) La prueba testimonial, en cuanto no valoró las contradicciones de los testigos que trajo la demandante, quienes si supuestamente son tan cercanos a ella debía tener conocimiento claro y específico de los padecimientos de su amiga y familiar, por lo que no se podía establecer el daño moral y que él se reflejó en la vida social de la misma con tales declaraciones que no hicieron alusión a una cercanía de tiempo por lo menos prudente sobre la fecha de la cirugía.

Sobre este aspecto la Corporación destaca que si bien los deponentes no indicaron con exactitud el día de tal procedimiento, dicha situación es comprensible si se tiene de presente que a la fecha en que rindieron la declaración habían transcurrido varios años desde la calenda de aquél -2007-, circunstancia que justifica la imprecisión sobre ese suceso. Además, escrutados los testimonios de CAROLINA GARCÍA QUICENO, JAIZULI HERNÁNDEZ ORTÍZ y ALBERTO JAVIER RIVERA VALENCIA en su conjunto y al calor de los restantes medios de evidencia, de verdad que no encuentra la Sala contradicciones o vacíos de magnitud como para diezmarles su fuerza demostrativa y por el contrario los halla claros, responsivos y exactos. Las inexactitudes señaladas por el extremo recurrentes son normales cuando se declara sobre hechos ocurridos años atrás. Por el contrario, sospechoso fuera que todos los deponentes

testimoniaran con memoria fotográfica sobre la totalidad de los detalles y con extrema minuciosidad de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en los cuales acaeció un hecho que les es ajeno. Observando con detenimiento los registros de video obrantes en el expediente, se evidencia que sus explicaciones son naturales y coherentes en ocasión a la cercanía con su pariente y amiga.

III) Del nexo de causalidad crítica que se hubiese establecido por la vía indiciaria, anotando que aquel no puede ser presumido. Aprecia que en eventos de responsabilidad médica en actuaciones de alto contenido técnico o científico en los cuales es difícil establecer la causa del efecto, se ha permitido generar la causalidad a partir de los indicios y el análisis del nexo se configura a partir de la teoría de la causalidad adecuada. Esgrime que la conclusión del fallador de primer grado es errónea por cuanto: a. El enrojecimiento en la zona glútea de la paciente no fue la única lesión que halló la perito, las cuales no son las mismas contusiones que se identificaron cuando la demandante fue valorada en el Hospital de la Unión (V) el 22 de febrero de 2013, b. La causa de esas lesiones “pudo” originarse en el procedimiento estético que se practicó la actora con el Dr. VICENTE MORCILLO LÓPEZ, procedimiento realizado justamente en la región glútea, por lo que no es posible descartar que se hubiese desarrollado algún proceso infeccioso; c. El contrato de transacción que arrió la demandante sólo es un mecanismo para darle fin a un conflicto, cuyas soluciones para precaverlo no pueden ser usadas como presunción de responsabilidad; d. No se valoraron los indicios en contra de la parte demandante consistentes en no haber informado de los antecedentes quirúrgicos posteriores a la intervención que realizó la parte demandada, así como no acompañar con la demanda y ante Medicina Legal prueba científica y diagnósticos recientes; amén que el dictamen decretado de oficio por el Juzgado con especialista en cirugía plástica fue declarado improcedente, aunado a que no llegó a sustentarlo en audiencia.

Lo primero que debe apuntarse para resolver este reparto, es que el nexo causal, además de los indicios enrostrado por el *a quo*, quedó establecido con la prueba pericial antes sopesada. En efecto, concluyó el dictamen que la aplicación de biopolímeros –Metacort- ha producido alteraciones en la salud de la examinada, deformidad física que afecta el cuerpo de forma permanente, la cual daña ostensiblemente la estética normal del mismo; así como la perturbación del órgano sistema linfoinmunológico⁷.

Tampoco aprecia la Sala desenfoque mayúsculo en la inferencia que de los hechos probados realizó el fallador de primer grado para concluir la demostración del nexo causal, puesto que si no hay duda del procedimiento estético practicado a la demandante en cuyo cumplimiento se le inyectó en los glúteos biopolímeros, sustancia que ni para la época ni para el presente está autorizada para realizar ese tipo de relleno; sumado a las lesiones que presentó la paciente en periodos cercanos al post-operatorio, con sospecha por el médico tratante de posible alojenosis –nombre que en la literatura médica se le da a las consecuencias o efectos generados por sustancias ajenas al organismo- en la parte intervenida, es razonable deducir que los padecimientos tuvieron causa o fuente en el anunciado procedimiento.

Inferencia que se robustece si hay ausencia de prueba científica que indique otra posible causa de esas específicas lesiones. Sobre este punto es de ver que la parte demandada no pasó de especular cuando adujo la mera “posibilidad” de que los padecimientos de la actora se hubiesen derivado de la lipectomía de glúteo izquierdo que le practicó el Dr. VICENTE MORCILLO LÓPEZ, dado que ninguna explicación atendible ni prueba arrimó para sustentar su conjetura, no obstante el especialísimo conocimiento que ostenta sobre la materia.

⁷ F. 363 C. 3.

En materia de responsabilidad médica, en lo concerniente al elemento culpa, consideración desde luego aplicable al supuesto del nexo de causalidad, ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

...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 endoprosesales derivados de la conducta de las partes (artículo 249 *Ibidem*); 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 –las negrillas son del Tribunal-.

Ciertamente, no es afortunado tener como indicio de nexo causal entre las lesiones y el hecho médico, el intento de arreglar el conflicto por la vía de la transacción, dado que tal comportamiento puede estar motivado nada más que por el deseo de solucionar por el camino de la concertación el diferendo, empero, el retiro de este solo indicio no desconfigura la deducción que se hizo y el restante haz de evidencia que la respalda.

Igualmente cierto es, que el juez de primer grado no valoró la conducta procesal de la demandante cuando, faltando a la lealtad, no dio a conocer de las intervenciones estéticas que se practicó con posterioridad a la que se efectuó en el centro demandado, lo cual constituye un indicio en su contra; sin embargo, esa insular prueba no tiene el embrague y la virtualidad de derribar el restante material de evidencia ya analizado.

Se vuelve hacia el recurrente el reproche consistente en no haberse visto indicio en contra de la actora por no haber acompañado con la demanda y ante Medicina Legal las ayudas diagnósticas –las cuales no le fueron ordenadas ni requeridas-; así como el mal suceso de otra prueba técnica decretada de oficio, si se para mientes en que esa misma queja bien se le pudiera formular a la demandada, quien a

⁸ CASACIÓN CIVIL. M.P. Dr. Pedro Octavio Munar Cadena. Exped.41001 3103 004 2000 00042 01.

derecho en el proceso tuvo la posibilidad de arrimar y/o solicitar las probanzas que a bien tuviera; luego entonces, no es admisible que ahora se duela de tal falencia. Con cuanta mayor razón, si se tiene en cuenta la condición de especialista en la materia que ostenta la demandada que hace suponer su conocimiento científico y médicos profundos sobre la materia.

IV) Respecto de los perjuicios extrapatrimoniales se argumenta que su monto no está acordes con las directrices de la jurisprudencia, teniendo de presente que por muerte de una persona se ha reconocido un máximo de 100 salarios mínimos mensuales legales.

La Corte Suprema de Justicia sobre el perjuicio moral ha dicho recientemente⁹:

Sobre este punto, la Corte ha expresado: “Tal perjuicio, como se sabe, es una especie de daño que incide en el ámbito particular de la personalidad humana en cuanto toca sentimientos íntimos tales como la pesadumbre, la aflicción, la soledad, la sensación de abandono o de impotencia que el evento dañoso le hubiese ocasionado a quien lo padece, circunstancia que, si bien dificulta su determinación, no puede aparejar el dejar de lado la empresa de tasarlos, tarea que, por lo demás, deberá desplegarse teniendo en cuenta que las vivencias internas causadas por el daño, varían de la misma forma como cambia la individualidad espiritual del hombre, de modo que ciertos incidentes que a una determinada persona pueden conllevar hondo sufrimiento, hasta el extremo de ocasionarle severos trastornos emocionales, a otras personas, en cambio, puede afectarlos en menor grado. ‘Aparte de estos factores de índole interna, dice la Corte, que pertenecen por completo al dominio de la psicología, y cuya comprobación exacta escapa a las reglas procesales, existen otros elementos de carácter externo, como son los que integran el hecho antijurídico que provoca la obligación de indemnizar, las circunstancias y el medio en que el acontecimiento se manifiesta, las condiciones sociales y económicas de los protagonistas

⁹Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de fecha 09 de julio de 2012. M.P. Ariel Salazar Ramírez. Ref. Exp. 11001-3103-006-2002-00101-01.

y, en fin, todos los demás que se conjugan para darle una individualidad propia a la relación procesal y hacer más compleja y difícil la tarea de estimar con la exactitud que fuera de desearse la equivalencia entre el daño sufrido y la indemnización reclamada ...' (G. J. Tomo LX, pag. 290)".¹⁰

Bajo esos presupuestos, por cuanto sólo quien padece ese dolor subjetivo conoce la intensidad con que se produjo, tal sufrimiento no puede ser comunicado en su verdadera dimensión a nadie más; no obstante, como tal perjuicio no puede quedar sin resarcimiento, es el propio juez quien debe regularlos.

En ese orden de ideas, en el ejercicio del *arbitrium iudicis* orientado a fijar el *quantum* en dinero del resarcimiento del perjuicio moral, se tendrán en cuenta, además de las orientaciones jurisprudenciales que han sido citadas, las circunstancias personales de la víctima; su grado de parentesco con los demandantes; la cercanía que había entre ellos; y la forma siniestra en que tuvo lugar el deceso.

Igualmente ha sostenido la misma Corporación¹¹:

....

“En el empeño de encarar directamente el asunto, la Sala precisa que, para la valoración del quantum del daño moral en materia civil, estima apropiada la determinación de su cuantía en el marco fáctico de circunstancias, condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, situación o posición de la víctima y de los perjudicados, intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre y demás factores incidentes conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador.

“Por consiguiente, la Corte itera que la reparación del daño causado y todo el daño causado, cualquiera sea su naturaleza, patrimonial o no patrimonial, es un derecho legítimo de la víctima y en asuntos civiles, la determinación del monto del daño moral como un valor correspondiente a su entidad o magnitud, es

¹⁰ Sentencia del 10 de marzo de 1994.

¹¹ CAS. CIVIL, sentencia de 17 de noviembre de 2011, M.P. Dr. WILLIAM NAMÉN VARGAS, exp. No. 11001-3103-018-1999-00533-01.

cuestión deferida al prudente arbitrio del juzgador según las circunstancias propias del caso concreto y los elementos de convicción.

“Al respecto, [d]entro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, **la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales’ (artículo 16 de la Ley 446 de 1998; cas. civ. sentencias de 3 de septiembre de 1991, 5 de noviembre de 1998 y 1º de abril de 2003)**, es decir, se consagra el resarcimiento de todos los daños causados, sean patrimoniales, ora extrapatrimoniales, aplicando la equidad que no equivale a arbitrariedad ni permite ‘valoraciones manifiestamente exorbitantes o, al contrario inicuas y desproporcionadas en relación con los perjuicios sufridos’ (Flavio Peccenini, *La liquidazione del danno morale*, in Monateri, Bona, Oliva, Peccenini, Tullini, *Il danno alla persona*, Torino, 2000, Tomo I, 108 ss),

“Por lo anterior, consultando la función de nomofilaquia, hermenéutica y unificadora del ordenamiento que caracteriza a la jurisprudencia, **la Sala periódicamente ha señalado al efecto unas sumas orientadoras del juzgador, no a título de imposición sino de referentes** (cas. civ. sentencia de 28 de febrero de 1990, G.J. No. 2439, pp. 79 ss; así en sentencia sustitutiva de 20 de enero de 2009, exp. 170013103005 1993 00215 01, reconoció por daño moral, cuarenta millones de pesos).

“Para concluir, en preservación de la integridad del sujeto de derecho, el resarcimiento del daño moral no es un regalo u obsequio gracioso, tiene por causa el quebranto de intereses protegidos por el ordenamiento, debe repararse in casu con sujeción a los elementos de convicción y las particularidades de la situación litigiosa según el ponderado arbitrio iudicis, sin perjuicio de los criterios orientadores de la jurisprudencia, en procura de una verdadera, justa, recta y eficiente impartición de justicia, derrotero y compromiso ineludible de todo juzgador” (cas. civ. sentencia de

18 de septiembre de 2009, exp. 20001-3103-005-2005-00406-01).
–resalta y subraya el Tribunal–.

De los anteriores trazos jurisprudenciales se deduce que, dado lo inasible del perjuicio moral y la imposibilidad que hay para cuantificarlo con exactitud, esta tarea se ha entregado al arbitrio judicial, el cual ni por aproximación puede entenderse como licencia para la arbitrariedad. Será entonces el ponderado y juicioso estudio del operador judicial, el que orientado por las circunstancias particulares de cada –intensidad del daño, situación individual, familiar y social de quien lo padece, sufrimiento personal, etc.– y por las pautas de la jurisprudencia el que lleve a una justa tasación.

Y a propósito de las pautas de la jurisprudencia, es esta misma la que ha clarificado que sus conclusiones en cada caso no son camisa de fuerza o tarifa legal para los demás operadores jurídicos, sino criterio informador.

Para la Sala el reproche que trae la recurrente es ambiguo y genérico, por cuanto no consulta la tendencia jurisprudencial que acertadamente invocó el *a-quo* al reconocer según su juicio y de manera independiente perjuicios morales¹² y a la vida de relación¹³ a favor de la demandante de conformidad con la prueba testimonial que reveló, de un lado, la aflicción, impotencia, pesadumbre y amargura de la paciente, y de otro, su privación de gozar de los bienes de la vida, como las actividades de canto que realizaba, le gustaba ir de paseo, montar en motocicleta, departía en espacios públicos con sus amigos, familia y esposo, daños derivados de la aplicación del material de relleno en sus glúteos.

¹²C.S.J., Sentencia del 10 de marzo de 1994. G. J. Tomo LX, pág. 290.

¹³ C.S.J., Sent. 9 de diciembre de 2013. Mag. Pon. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ, decisión que ratificó la tesis contenida en el fallo del 13 de mayo de 2008, con ponencia del Magistrado CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE. Exp. 11001-3103-006-1997-09327-01.

En estas condiciones, la tasación que hizo de los perjuicios extrapatrimoniales no luce desproporcionada, ni desconoce la línea jurisprudencial que se ha edificado por la Corte Suprema de justicia en la materia.

En gran resumen de todo cuanto se ha dicho, es de concluir que los reparos formulados no están llamados a prosperar.

Ante ese panorama, no queda otra decisión que confirmar en su integridad la sentencia apelada, con la consecuente condena en costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente. Las agencias en derecho de la segunda instancia serán posteriormente tasadas por el Tribunal y la liquidación general habrá de realizarse por el Juez de primer grado. - Art. 365 Y 366 C.G.P.-

Con fundamento en lo discurrido, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guadalajara de Buga, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Confirmar la sentencia apelada por lo expuesto *ut supra*.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte recurrente. Las agencias en derecho serán tasadas oportunamente en auto posterior.

TERCERO: La presente decisión queda notificada en la misma audiencia que aquí se ventiló. Devuélvase el expediente al Despacho de origen.

CÚMPLASE.

Los Magistrados,

ORLANDO QUINTERO GARCÍA

BÁRBARA LILIANA TALERO ORTÍZ

MARIA PATRICIA BALANTA MEDINA.