



RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA DE CARÁCTER CONTRACTUAL – CIRUGIAS ESTETICAS - Tratándose de cirugías estéticas donde sean previsibles sus resultados, la obligación es de resultado, no de medio, por lo que la actora debe probar la realización del contrato, el daño padecido, y, los perjuicios causados, con el fin de obtener la estimación de sus pretensiones.

Proceso	Ordinario
Demandantes	Luz Mary Cardona Ramírez
Demandado	Mauricio Andrés Ochoa Londoño.
Radicado	05001 31 03 007 2008 00264 01
Procedencia	Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Medellín
Instancia	Segunda
Magistrado Ponente	José Omar Bohórquez Vidueñas
Decisión	Revoca íntegramente la sentencia de primera instancia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN

SALA SEGUNDA DE DECISION CIVIL

Medellín, treinta (30) de septiembre de dos mil once (2011)

ASUNTO A TRATAR

Procede la Sala a proferir decisión de segunda instancia, correspondiente a recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia calendada el primero (1º) de julio de dos mil once (2011), proferida por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario de responsabilidad médica de LUZ MARY CARDONA RAMIREZ contra MAURICIO ANDRES OCHOA LONDOÑO, previos los siguientes;

ANTECEDENTES DE LA DEMANDA:

La demandante promovió acción judicial con las siguientes pretensiones:

“1. Se declare civil y contractualmente responsable a MAURICIO OCHOA LONDOÑO por los daños antijurídicos de carácter materiales, fisiológicos y estéticos ocasionados en razón de la negligencia e impericia de los procedimientos médicos a

“2. Que a título de indemnización se condene a pagar a MAURICIO OCHOA LONDOÑO por concepto de perjuicios materiales, morales, estéticos y fisiológicos se le reconozca a mi poderdante las siguientes sumas de dinero que indico a continuación de conformidad con el daño ocasionado a la víctima por la indebida praxis medica:

<i>“Demandante</i>	<i>Daño</i>	<i>Cantidad</i>	<i>Valor Actual</i>
<i>LUZ MARY CARDONA RAMIREZ</i>	<i>Estético</i>	<i>100 SMLM</i>	<i>\$46.150.000</i>
	<i>Fisiológico</i>	<i>100 SMLM</i>	<i>\$46.150.000</i>
	<i>Moral</i>	<i>100 SMLM</i>	<i>\$46.150.000</i>
<i>Totales:</i>		<i>300SMLM</i>	<i>\$138.450.000</i>

“3. Que se condene a MAURICIO OCHOA LONDOÑO a pagar por concepto de daños materiales las sumas dinerarias que se demuestren en el proceso por concepto de lucro cesante, y daño emergente consolidado y futuro, en especial el valor de los tratamientos reconstructivos y plásticos indicados por los peritos para enmendar los daños estéticos y fisiológicos sufridos por la demandante.

“4. Que se condene a MAURICIO OCHOA LONDOÑO a pagar las costas y agencias en derecho que se generen en el proceso.” (SIC)

Las anteriores fueron sustentadas en que la accionante quien reside en los Estados Unidos, dado un aviso publicitario en que se anunciaba a médicos adscritos a la Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica, se contacta con el accionado con quien previa consulta en la que se le mostró fotografías de *“antes y después”*, el 13 de noviembre de 2004 acordó realizarse cirugía estética de lipoplastia, abdominoplastia y mastopexia, en el que el galeno se comprometió a suministrar anesthesiologo, exámenes de laboratorio, ayudante, faja y tratamiento

postquirúrgico, todo ello por un valor de \$5'500.000,00 los que efectivamente fueron cancelados por la paciente.

Que el 16 de noviembre de ese año en las instalaciones de “*Euroestetik*” se realizaron las lipoplastia y abdominoplastia, y a los dos días en el mismo lugar se ejecutó la mastopexia o levantamiento de senos, la que tuvo una duración de cinco horas, pero que en los días siguientes a la última intervención, la actora comenzó a padecer dolores, hematomas y acceso en el área del pecho, por lo que inicialmente y el postoperatorio se le retiró pus de los senos y se inició el tratamiento con antibióticos, pero que la situación de la paciente no mejoraba, decidió iniciar tratamiento con otra profesional, con la cual logró estabilizar las heridas y diezmar las dolencias.

Que como consecuencia de lo anterior, sus senos han quedado enteramente anormales y deformes, por lo que aparte de los dolores se ha diezgado su actividad sexual, se ha menguado su autoestima y vida afectuosa, en lo que justifica la indemnización de perjuicios reclamada.

DE LA CONTRADICCIÓN:

Se contestó replicando a los hechos indicándose desconocer cómo la actora se contactó con el demandado, sin embargo que las afiliaciones a las sociedades de medicina son asuntos de carácter voluntario, y que si bien es cierto que se le practicó la operación, los resultados no se garantizaron ya que la práctica médica es de medio mas no de resultado, donde el hecho que se le hubieran mostrado fotografías a la actora, ello no constituye engaño, sino, que se buscó generar confianza en la

paciente al reconocer los éxitos y resultados del médico que la atiende y ofrece sus servicios, sin perjuicio que existan complicaciones o secuelas.

Sobre la celebración del pacto dijo que era cierto mas no que se hubieran retirado los puntos a los tres días de la cirugía, pues estas se hubieran abierto, además que tales elementos se quitan a los diez días, y que si en la cirugía de senos se presentaron complicaciones postquirúrgicas, no fue por negligencia, falta de técnica o impericia, ya que ello se puede presentar en cualquier paciente, razón por la cual se firmó el consentimiento del caso, y que las complicaciones son una respuesta intrínseca de cada paciente, para lo que cita literatura médica.

Que dichas complicaciones fueron tratadas y que si bien es obvio hubo infección y acceso, ello no es culpa del cirujano, sino, que es inherente al procedimiento, habiéndose utilizado los medicamentos del caso, por lo que tales complicaciones fueron tratadas de manera diligente y con los medios adecuados, pero la paciente no regresó a las revisiones ni atendió las recomendaciones médicas.

Que la deformidad y cicatriz es una consecuencia lógica cuando se infecta una herida quirúrgica, pero que después de la cicatrización desaparecen los dolores, sin que ello altere la vida sexual, concluyendo que los perjuicios reclamados no son consecuencia de la cirugía, pues los procedimientos fueron adecuados, por lo que las complicaciones son hechos imprevistos y producto de caso fortuito. Por todo lo anterior se opuso a las pretensiones.

DEL TRÁMITE PROCESAL:

La demanda se admitió mediante proveído del 10 de julio de 2008 (folio 53 C. 1º), notificándose al demandado personalmente (folio 57 ídem), quien contestó a la acción tal como se refirió, donde después de agotarse el trámite regulado en el artículo 101 del C. de P. C. (folios 115-124 C.1), mediante providencia calendada el 3 de septiembre de 2009, se abrió el proceso a la etapa probatoria, donde evacuado lo pertinente, en decisión del 16 de octubre de 2010 se corrió traslado para que las partes presentaran alegatos de conclusión, habiéndose pronunciado el demandado, quien iteró la posesión procesal plasmada en el ejercicio de contestación de la acción, para lo cual hizo extensa cita de literatura médica sobre la materia.

DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Después de referir la acción, trámite procesal, contradicción, alegatos conclusivos y presupuestos procesales, en la parte considerativa precisa que el problema en estudio es una responsabilidad médica de carácter contractual, en la que respecto a los términos y condiciones del contrato no existe conflicto alguno, donde el demandante debe demostrar el hecho dañoso para que surja la indemnización.

Que si bien la demanda se basa en inadecuados procedimientos quirúrgicos realizados a la paciente, ello no se probó de cara a la mastopexia, demás que la indefinición en cuanto a la indebida práctica en el postoperatorio es insuperable, sumado a que en el proceso no obra prueba alguna que muestre los hechos en que se funda la acción, ya que las fotografías aportadas carecen de mérito probatorio pues no existe certeza que correspondan a la demandante al no identificar a la persona, además que al no practicarse prueba pericial tampoco se pudo

establecer el daño alegado, lo que tampoco sucedió con la testimonial que se pidió, argumentos con los cuales desestima las pretensiones de la demanda y condena en costas a la actora.

En su oportunidad la demandante apeló.

DEL TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA:

El recurso fue admitido mediante auto del 16 de agosto pasado, corriéndose el traslado para alegar el día 30 de ese mes y año (folios 3 y 5 C. 2ª instancia), evento en que la demandante sustentó la alzada.

Para el efecto indica que no se realizó una adecuada valoración de los hechos ni de los medios probatorios recaudados, desconociéndose que las cirugías de lipoplastia y abdominoplastia fueron realizadas por un tercero, donde siendo un contrato *intuitu personae* constituye incumplimiento contractual, demás que en la cirugía estética la obligación es de resultado y no de medio, ya que el cliente persigue aquel fin.

Indica que hubo engaño de los galenos, pues el demandado no pertenecía a asociación médica, lo que le había generado confianza a la paciente, y que si la actora en el postoperatorio cambió de médico fue algo de sentido común y mera supervivencia, además que tener que probar el daño sexual va en contra de la misma carta política, y que de las fotografías se demuestra el daño causado, por lo que concluye que la sentencia atacada erró en la valoración probatoria, por lo que solicita su revocatoria y estimación de las pretensiones.

Así las cosas, se definirá la alzada previas las siguientes;

CONSIDERACIONES

INTRODUCCIÓN:

Los presupuestos procesales, considerados como los requisitos fundamentales y elementos esenciales para adoptarse un fallo de fondo para la debida consecución de la relación jurídico procesal, concurren en plenario¹, a más que la competencia para conocer y resolver el presente recurso se encuentra fundamentada en los artículos 26 y 357 del C.P.C..

De otro lado, el artículo 1757 del Código Civil, indica que incumbe a las partes probar las obligaciones o su extinción según sea alegado, por lo que el artículo 177 del C. de P. C. desarrolla el principio de la carga de la prueba, según el cual las partes deben probar el supuesto de hecho de las normas, para obtener el efecto jurídico perseguido², así mismo, según lo dispone el artículo 174 ibídem, el juez debe fundar sus decisiones en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.

Por lo anterior y dado que la alzada su sustenta en una indebida valoración probatoria al resolverse la primera instancia, se analizaran críticamente los medios allegados.

¹ Dichos presupuestos procesales, son la capacidad para ser parte, para comparecer al proceso, la competencia del juez, y finalmente la idoneidad del libelo demandatorio que ha dado origen a la acción.

² “(...) en términos generales, podría sentarse el principio de que la carga de la prueba le corresponde rendirla al que sostiene una proposición contraria al estado normal de las cosas, o al que pretende destruir una situación adquirida. De ahí que en primer lugar deba el actor o demandante probar los hechos en que funda su acción. Lo que dice el tradicional adagio *actori incumbit probatio*... Por consiguiente si el demandado opone medios de defensa, excepciones, es decir, que si pretende que las consecuencias jurídicas de los hechos alegados se paralicen por otros hechos...es él quien tiene que acudir las pruebas de estos medios de defensa, pues el demandado en la excepción se convierte en actor (*reus in exceptione actor fit*)” (Tratado de Derecho Civil, Parte Preliminar y General, Tomo II, Alessadri R., Somarriva U., Vodanovic H., Editorial Jurídica de Chile, páginas 420 y 421).

DE LA ACCION CONTRACTUAL MEDICA:

Sobre los supuestos de la responsabilidad civil, la doctrina se ha pronunciado en los siguientes términos:

“... La responsabilidad civil supone siempre una relación entre dos sujetos, de los cuales uno ha causado un daño y otro lo ha sufrido. La responsabilidad civil es la consecuencia jurídica de esta relación de hecho, o sea la obligación del autor del daño de reparar el perjuicio ocasionado. Por este motivo se advierte que la responsabilidad civil se resuelve en todos los casos en una obligación de reparación. Por tanto, es responsable aquel sujeto que queda obligado a indemnizar el perjuicio causado a otro; y no es responsable quien, a pesar de haber causado un daño a otro, no obstante no es obligado a repararlo”.³

De tal manera, respecto del contrato de servicios médicos, la Corte Suprema de Justicia, ha expresado;

“... Es verdad incuestionable que la responsabilidad de los médicos es contractual, cuando las obligaciones que ellos asumen frente a sus pacientes se originan en el contrato de servicios profesionales, siendo aplicables, por tanto, las normas del Título XII del Libro 4 del CC, sobre efectos de las obligaciones y no las relativas a la responsabilidad extracontractual por el delito o la culpa de quien causa daño a otro...”⁴ subrayado fuera del texto.

Ahora bien, distinguiendo las obligaciones médicas como de medio y de resultado, en paradigmática sentencia la misma alta Corporación, ha indicado:

*“... 1. La profesión médica, cuyo objeto es cumplir una función social, implica obligaciones de carácter ético y profesional para quienes la ejercen, de tal manera que su trasgresión delictiva o culposa puede dar lugar a sanciones penales o civiles, según que aquélla configure una conducta tipificada por la ley penal o que quede circunscrita a la responsabilidad civil.
“En consecuencia, el médico tiene el deber de poner todo su cuidado y diligencia siempre que atienda o intervenga a sus pacientes con el fin de procurar su curación o mejoría, así que cuando por su negligencia, descuido u omisión causa perjuicios en la salud de aquéllos, incurre en una conducta ilícita,*

³ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo III, pág. 2002.

⁴ Cas. Civil. 26 de Noviembre de 1986. Magistrado ponente: Dr Hector Gomez Uribe.

que será calificada por el Juez según su magnitud, desde la simple culpa hasta la más grave, para así mismo imponer al demandado la respectiva condena a indemnizar a la víctima del daño causado, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar.

“Ahora bien, cuando de responsabilidad civil se trate por ejercicio profesional del médico, ella puede ser contractual cuando se origina en el incumplimiento del contrato, o extracontractual si nace de un hecho que perjudica a otro, sin que exista un vínculo jurídico entre quien causa el daño y quien lo sufra, debiéndose en ambas situaciones responder por la conducta irregular, igual que en todos los campos de la actividad humana.

“Sin embargo, como una y otra tiene su regulación especial en la legislación positiva, es preciso determinar en cada caso de cuál se trata para aplicar las disposiciones legales pertinentes. Así tenemos que nuestro Código Civil se refiere a la responsabilidad contractual en el título XII de su libro 4º y de la extracontractual en el título XXXIV del mismo libro.

“2. Como en general, la responsabilidad civil médica nace de un acto jurídico, o sea en un contrato de prestación de servicios, conviene analizar brevemente sus lineamientos para establecer cuándo se da esa responsabilidad.

“Mediante contrato el médico se compromete a tratarlo o intervenirle quirúrgicamente, a cambio de una remuneración económica, en la mayoría de los casos, pues puede darse la gratuidad, con el fin de liberarlo, en lo posible de sus dolencias; para este efecto, aquél debe emplear sus conocimientos profesionales en forma ética, con el cuidado y diligencia que se requieran, sin que, como es lógico, pueda garantizar al enfermo su curación ya que ésta no siempre depende de la acción que desarrolla el galeno pues pueden sobrevenir circunstancias negativas imposibles de prever.

“Por tal razón, la jurisprudencia considera que la obligación que el médico contrae por el acuerdo es de medio y no de resultado, de tal manera que si no logra alcanzar el objetivo propuesto con el tratamiento o la intervención realizada, solamente podrá ser declarado civilmente responsable y condenado a pagar perjuicios si se demuestra que incurrió en culpa por haber abandonado o descuidado al enfermo o por no haber utilizado diligentemente en su atención sus conocimientos científicos o por no haberle aplicado el tratamiento adecuado a su dolencia, a pesar de que sabía que era el indicado. En efecto, la Corte en su sentencia del 5 de marzo de 1940 expresó:

““La obligación profesional del médico no es, por regla general, de resultado sino de medio, o sea que el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia, y los dictados de su prudencia, sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de éste...” (G. J. 1935, pág. 118).

“Así, el demandado podrá exonerarse de responsabilidad demostrando ausencia de culpa, por haber puesto todo el cuidado que el caso requería, caso fortuito, fuerza mayor o culpa del paciente por no haber cumplido las prescripciones respectivas.

“3. Síguese de lo dicho, que para que pueda darse la responsabilidad de que se trata, será necesario establecer primero la existencia de la relación contractual entre el demandante y el demandado, la cual puede haberse constituido mediante un contrato verbal, un contrato solemne o un documento privado. En segundo lugar, habrá de probarse el daño causado a la víctima, luego la conducta descuidada del demandado y por último que ésta fue la causa de tal daño.

“Por lo que a la cirugía estética se refiere, o sea cuando el fin buscado con la intervención es la corrección de un defecto físico, pueden darse situaciones

diversas que así mismo tendrán consecuencias distintas respecto de la responsabilidad del cirujano.

“Así las cosas, deberá establecerse cuál fue la obligación que contrajo el cirujano con su paciente, para deducir si el fracaso de su operación le hace o no responsable. Cuando el contrato hubiere asegurado un determinado resultado, si no lo obtiene será culpable y tendrá que indemnizar a la víctima, salvo que se den los casos de exoneración previamente mencionados de fuerza mayor, caso fortuito o culpa de la perjudicada.

“ Pero, si tal resultado no se ha asegurado expresamente, cuando no se alcanza, el médico quedará sujeto a las reglas generales sobre la culpa o ausencia de ésta....”⁵ Subrayado intencional.

Teniendo en cuenta los anteriores elementos, es claro que le correspondía a la parte actora en procura de alcanzar lo deprecado, probar el contrato, el incumplimiento atribuido al demandado, y el daño, pues tratándose de responsabilidad médica ha indicado la H. Corte Suprema de Justicia, que;

“2. Tratando la responsabilidad civil de los médicos por la prestación del servicio profesional, desde hace algún tiempo, la Corte ha venido predicando que ésta es una responsabilidad que se deduce mediando la demostración de la culpa, independientemente de que la pretensión indemnizatoria tenga una causa contractual o extracontractual.

...

“Este, que pudiera calificarse como el criterio que por vía de principio general actualmente sostiene la Corte, se reitera en sentencia de 12 de septiembre de 1985 (G.J. No. 2419, págs. 407 y s.s.), afirmándose que “...el médico tan sólo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo; de suerte que en caso de reclamación, éste deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación”. Luego en sentencia de 26 de noviembre de 1986 (G.J. No. 2423, págs. 359 y s.s.), se ratificó la doctrina, inclusive invocando la sentencia de 5 de marzo de 1940, pero dejando a salvo, como antes se anotó, en el campo de la responsabilidad contractual, el caso en que en el “contrato se hubiere asegurado un determinado resultado” pues “si no lo obtiene”, según dice la Corte, “el médico será culpable y tendrá que indemnizar a la víctima”, a no ser que logre demostrar alguna causa de “exoneración”, agrega la providencia, como la “fuerza mayor, caso fortuito o culpa de la perjudicada”. La tesis de la culpa probada la consolidan las sentencias de 8 de mayo de 1990, 12 de julio de 1994 y 8 de septiembre de 1998.

...

“Con relación a la responsabilidad contractual, que es la que por lo general se le puede demandar al médico en consideración al vínculo jurídico que se establece entre éste y el paciente, la Corte desde la sentencia de 5 de marzo de

⁵ Antología Jurisprudencial - Sala Civil. 26 de noviembre de 1986 – Gaceta CLXXXIV-358. Magistrados; José Alejandro Bonivento Fernández, Eduardo García Sarmiento, Héctor Gómez Uribe, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

1940, partiendo de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, estimó que por lo regular la obligación que adquiere el médico “es de medio”, aunque admitió que “Puede haber casos en que el médico asume una obligación de resultado, como la intervención quirúrgica en una operación de fines estéticos”. Todo para concluir, después de advertir que no se pueden sentar reglas absolutas porque la cuestión de hecho y de derecho varía, que en materia de responsabilidad médica contractual, sigue teniendo vigencia el principio de la carga de la demostración de “la culpa del médico...”, agregando como condición “la gravedad”, que a decir verdad es una graduación que hoy en día no puede aceptarse, porque aún teniendo en cuenta los aspectos tecnológicos y científicos del acto profesional médico, la conducta sigue siendo enmarcable dentro de los límites de la culpa común, pero, sin duda alguna, sin perder de vista la profesionalidad, porque como bien lo dice la doctrina, “el médico responderá cuando cometa un error científico objetivamente injustificable para un profesional de su categoría o clase”.

...

“Aunque la Corte en otras ocasiones, tal como se observa en la reseña jurisprudencial, ha partido de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, para definir la distribución de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual del médico, lo cierto es que sin desconocer la importancia de la sistematización y denominación de las obligaciones “de medios” y “de resultados”, atribuida a René Demogue, que sin duda alguna juegan rol importante para efectos de determinar el comportamiento que debe asumirse, lo fundamental está en identificar el contenido y alcance del contrato de prestación de servicios médicos celebrado en el caso concreto, porque es este contrato específico el que va a indicar los deberes jurídicos que hubo de asumir el médico, y por contera el comportamiento de la carga de la prueba en torno a los elementos que configuran su responsabilidad y particularmente de la culpa, porque bien puede suceder, como en efecto ocurre, que el régimen jurídico específico excepcione el general de los primeros incisos del artículo de 1604 del Código Civil, conforme lo autoriza el inciso final de la norma.

...

“En conclusión y para ser coherentes en el estudio del tema, se pudiera afirmar que en este tipo de responsabilidad como en cualquiera otra, deben concurrir todos los elementos o presupuestos materiales para el éxito de la pretensión, empezando por supuesto con la prueba del contrato, que es carga del paciente, puesto que es esta relación jurídica la que lo hace acreedor de la prestación del servicio médico, de la atención y el cuidado. Igualmente, corresponde al paciente, probar el daño padecido (lesión física o psíquica) y consecuentemente el perjuicio patrimonial o moral cuyo resarcimiento pretende.”⁶. Subrayados fuera del texto.

De lo anterior queda claro, que en materia contractual médica existen obligaciones de resultado, como en la situación que nos ocupa, ya que contrario a lo indicado por el demandado y en cuanto a la operación de mastopexia (levantamiento de senos) que es en torno a la que gira el debate, la misma persigue unos fines precisos, y los mismos son que se

⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. M. P. JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ. 30 de enero de 2001. Ref. Exp. 5507.

levanten las mamas, pero sobre todo que no vayan a quedar deformes, ya que quien se la practica lo hace es con fines estéticos, sin perjuicio que existan cirugías estéticas en las que no se prevean los resultados.

La estética es definida por la RAE, así; “*estética. 1. f. Med. Rama de la cirugía plástica, en la cual es objetivo principal el embellecimiento de una parte del cuerpo. 2. f. Operación quirúrgica realizada con este objetivo.*”⁷, coligiéndose que es contrario al uso natural de las palabras (artículo 28 C.C.), decir que una cirugía estética se emprende para afearse, ya que ella solo puede ser para embellecerse, bien sea mejorando lo que se tiene o corrigiendo imperfecciones frutos de accidentes o del tiempo.

De tal manera, si doña LUZ MARY quería levantar sus senos y se produjo una consecuencia diferente a la contratada, debe probar el contrato, el daño padecido –lesión-, y, el perjuicio que pretende resarcimiento.

DE LA TRANSPARENCIA EN LOS CONTRATOS MEDICOS Y LA RELEVANCIA O NO QUE EL CIRUJANO QUE REALIZA LA CIRUGÍA ESTÉTICA O PLASTICA SEA ESPECIALISTA EN LA MATERIA:

En primer lugar, debe decirse que el procedimiento cuestionado se realizó “*Euroestetik*” (hecho 4º de la acción y aceptado como tal en la contradicción folios 46 y 63 principal), por lo que de acuerdo con las reglas de la experiencia, no se tiene que el mismo sea un centro hospitalario de Medellín, sino que se trata de un centro de estética, establecimientos respecto a los cuales la Resolución 2263 del 14 de julio de 2004 emanada del Ministerio de la Protección Social, ha dicho que pueden realizar tratamientos cosméticos siempre que sean “no

⁷ Real Academia Española. DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA – 22ª edición.

invasivos”, es decir la prohibición se refiera al, “... *procedimiento realizado por un profesional de la medicina en el cual el cuerpo es agredido química y/o mecánicamente o mediante inyecciones intradérmicas y/o subcutáneas, o se introduce un tubo o un dispositivo médico.*” (artículo 2 ibídem).

Así, si el cuerpo de la paciente es irrumpido mecánicamente, un centro de estética no podrá realizar tal procedimiento, con lo que se quiere prevenir cualquier complicación quirúrgica o anestésica, por lo que una actuación por parte del galeno en este sentido es irresponsable, ya que “*La medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades...*” (artículo 1.1 ley 23 de 1981), sin que en nada se cuide la salud del paciente realizando intervenciones quirúrgicas en sitios no autorizados, con lo que de paso se incumple el juramento médico de “*Velar solícitamente y ante todo por la salud de mi paciente*” (artículo 2º ibídem)

También debe recordarse de la ley 23 de 1981, que “*La asistencia médica se fundamentará en la libre elección del médico, por parte del paciente. En el trabajo institucional se respetará en lo posible este derecho.*” (artículo 4º), entonces si lo que se convino contractualmente fue que el demandado operara a la paciente, es inexplicable que haya sido un tercer médico quien realizó la cirugía tal como lo dice el accionado en su interrogatorio de parte (folios 1-3 C. 4º), por lo que se quebranta el artículo 5.1 de la normatividad en cita cuando señala, “*La relación médico-paciente se cumple en los siguientes casos; 1. Por decisión voluntaria y espontánea de ambas partes.*”.

Preocupa a la Sala la publicidad que se utiliza por parte del demandado para captar clientela, pues en el aviso se indica “*un cuerpo joven para toda la vida*” (folio 27), método publicitario que no se “*ajusta*

estrictamente a los hechos científicos debidamente comprobados o que los presenten en forma que induzca a error” (artículo 60 ibídem), pues tal juventud resulta irreal frente a las reglas de la experiencia, cuestión que no es irrelevante si se le suma lo replicado al hecho 2º de la acción cuando se dice que si se le mostraron fotografías a la actora, fue para “generar confianza en la paciente al conocer los éxitos y resultados del médico que la atiende y ofrece sus servicios” (folio 62 principal), coligiéndose que el resultado sí se estaba garantizando por el demandado, con lo que de paso se desvirtúa el argumento referente a que estamos frente a una obligación de medio.

Entrando en otro campo, el de la idoneidad profesional de quien realice una operación estética, si bien es cierto que sobre las especialidades médicas la regulación legal se contrae a la anestesiología (ley 6ª de 1991) y radiología (ley 657 de 2001), el hecho que la práctica de las cirugías estéticas no tenga ese tipo de normatividad, no quiere decir que el asunto esté al garete, ya que pese a que estemos frente a una profesión independiente entendida en cuanto a su praxis como; *“Es toda persona natural egresada de un programa de educación superior de ciencias de la salud de conformidad con la Ley 30 de 1992 o las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan, con facultades para actuar de manera autónoma en la prestación del servicio de salud para lo cual podrá contar con personal de apoyo de los niveles de formación técnico y/o auxiliar.”* (artículo 2º decreto 1011 de 2006), tal supuesto indica unos mínimos, como es cumplir con lo previsto en la ley 30 de 1992.

A propósito de esta normatividad, ella deja en claro en su artículo 10º que son programas de postgrado las especializaciones, las maestrías, los doctorados y los post–doctorados, donde en cuanto a las especializaciones refiere; *“... son aquellos que se desarrollan con posterioridad a un programa de pregrado y posibilitan el*

perfeccionamiento en la misma ocupación, profesión, disciplina o áreas afines o complementarias.” (artículo 11 *ibídem*), es decir, que el perfeccionamiento de la disciplina cuenta con una especialización, donde si la cirugía estética es un procedimiento refinado, el profesional que lo practique ha de ser especialista en la materia, independientemente que pertenezca a un colegio o cofradía propia de la especialidad.

Frente a tal punto, si bien es cierto que el demandado es médico y cirujano (folio 75), lo que ha hecho son cursos de cosmética (folios 77, 78, 80, 82) no de cirugías invasivas sobre la materia, ya que los estudios acreditados (folios 79, 83 y 84), apenas son participaciones en seminarios que no tienen el nivel de una especialización, por lo que no por nada la ley “*del Talento Humano en Salud*” -1164 de 2007-, en su artículo 18 exige el cumplimiento de condiciones académicas, como lo es el título otorgado por una institución de educación superior legalmente reconocida, el cual entre otros se requiere para efectos de profesión y especialización, todo ello en los términos de la ley 30 de 1992, por lo que si la cirugía estética y/o plástica es una especialización definida, quien la ejerza debe cumplir los requisitos académicos del caso.

La ley del talento humano también deja en claro en su artículo 22 que “*Ninguna persona podrá realizar actividades de atención en salud o ejercer competencias para las cuales no está autorizada sin los requisitos establecidos en la presente ley.*”, donde si para ejercer como especialista se debe acreditar el correspondiente título, el demandado no tenía la idoneidad suficiente para el ejercicio, por lo mismo, en su interrogatorio de parte intenta justificarse diciendo que actuó en la cirugía pero como ayudante de otro médico, cosa que aquí nunca se acreditó, pues carecía de la “*competencia profesional*” de la que habla la ley en cita.

DEL CONTRATO:

En cuanto al elemento contractual, pese a que no fue censurado vía alzada y que se aludió en el hecho 3º de la acción dándose por aceptado en su correspondiente réplica, debe decirse que el mismo es requisito *sine qua non* para la estimación de la correspondiente solicitud, donde valga anotar este tipo de pacto no necesita de solemnidad alguna.

Para el efecto basta que una de las partes, en este caso la demandada, se hubiera obligado a realizar la cirugía que le modificaría las tetas a la señora CARDONA (artículo 1495 C.C.), siendo el compromiso bilateral, pues esta a su vez se comprometió a pagar unos valores (artículo 1496 ídem), con lo que se tiene como establecido el vínculo contractual del cual se deprecó responsabilidad, pudiéndose probar dicho pacto consensual como aquí se hizo, por lo que aplicando el artículo 1618 del C.C., “*conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras*”, ya que como lo dijo la H. Corte Suprema de Justicia en decisión del 15 de mayo de 1.972, debe prevalecer la verdad real sobre la declarada, y la real era la realización de la cirugía estética, conforme los soportes probatorios aludidos.

DEL DAÑO:

En cuanto a la existencia del daño, el recurso se soporta en un deficiente análisis probatorio, donde razón tiene el *a quo* en cuanto no se evacuó la experticia y la testimonial ordenada, sin embargo, a folios 43 a 52 C. 1º, se observan fotografías que no fueron redargüidas, en donde no queda

duda de la afectación sufrida, sin embargo y a raíz del análisis realizado en primera instancia ¿no pueden ser tenidas como pruebas tales documentos por no identificar plenamente a la actora?

La respuesta a este punto es que no, que dichos documentos prestan mérito probatorio pues en primer lugar no fueron redargüidos o tachados en forma alguna por el demandado en la oportunidad procesal pertinente, ya que contrario a lo indicado por el *a quo*, era al accionado a quien le correspondía probar que esas fotos no correspondían a la humanidad de la actora como lo indicó la Corte en la sentencia del 30 de enero de 2001 atrás citada.

¿Era necesario que la actora se fotografiara desnuda para tener que las fotografías aportadas correspondían a su cuerpo?, para nada, ya que aparte de las tribulaciones generadas por las lesiones, tener que fotografiarse en las condiciones sugeridas por el *a quo*, es punto que atenta a la dignidad de la persona, en el sentido que lo mismo se constituye en una humillación inadmisibles de una mujer que aparte del evidente afeamiento sufrido en sus zonas íntimas, no tiene que estar mostrando la cara para hacer más difícil su situación, sobre todo, si el accionado nada protestó al respecto, y por el contrario indicó que “*Es apenas consecuencia lógica, que se presente deformidad y cicatrices anormales cuando se ha infectado una herida quirúrgica*” (folio 66 principal), con lo que aparte de aceptar el correspondiente hecho de la demanda, hace lo propio con las fotografías.

Así, la dignidad es un fin y valor constitucional, donde tratándose de cualquier ser humano y específicamente de la mujer, ha indicado la Corte Constitucional;

“Al igual que la vida, el concepto de dignidad humana cumple diversas funciones en el ordenamiento constitucional colombiano, como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional. Así, la Corte ha entendido que el enunciado normativo “dignidad humana”, desempeña tres roles distintos: (i) es un principio fundante del ordenamiento jurídico y en este sentido tiene una dimensión axiológica como valor constitucional, (ii) es un principio constitucional y (iii) tiene el carácter de derecho fundamental autónomo.

*...
“A pesar de su distinta naturaleza funcional, las normas deducidas del enunciado normativo dignidad humana -el principio constitucional de dignidad humana y el derecho fundamental a la dignidad humana- coinciden en cuanto al ámbito de conductas protegidas. En efecto, ha sostenido esta Corporación que en aquellos casos en los cuales se emplea argumentativamente la dignidad humana como un criterio relevante para decidir, se entiende que ésta protege: (i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)”⁸.*

De tal manera y aceptando como prueba válida las fotografías atrás mencionadas, se advierte que el demandado no produjo el resultado estético esperado al realizar la cirugía, así ahora se excuse en que solo fue ayudante en la intervención, donde el incumplimiento se reconoció en la contestación de la demanda cuando aludió al errado concepto sobre que la obligación era de medio, por lo que de contera el consentimiento informado en la clase de obligaciones que nos ocupa no resulta útil para justificar el incumplimiento del pacto.

Lo anterior permite concluir que el daño causado a la señora CARDONA, fue producto del procedimiento médico ocasionado en una cirugía como la ofrecida donde la obligación no era de medio, sino, de resultado, tal como se ha aludido ampliamente, pues en asuntos meramente estéticos al garantizarse los fines del operatorio, como se acepta por el demandado cuando indicó que le mostró fotografías a la actora para *“generar confianza en la paciente al conocer los éxitos y resultados del médico que la atiende y ofrece sus servicios”* (folio 62 principal), lleva

⁸ Sentencia C-355/06. Magistrados Ponentes: JAIME ARAÚJO RENTERÍA y CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ. 10 de mayo de 2006.

implícito la consecuencia, de la que se itera, no fue obtenida, por lo que a ello deben atenerse las partes.

DE LOS PERJUICIOS CAUSADOS:

En cuanto al perjuicio patrimonial, los mismos fueron deprecados en la tercera pretensión de la acción entendidos como lucro cesante, daño emergente consolidado y futuro, y lo que se invirtiera en los tratamientos tendientes a reparar los daños causados, pero resulta que ello no fue probado, ya que v. gr. el documento figurante a folio 39 principal, no discrimina el valor de la cirugía sustento de la *causa petendi*, tal como es la de senos por lo que la interesada no podrá obtener el efecto jurídico perseguido.

En cuanto al perjuicio moral, el mismo demandado informa que con posterioridad a la operación doña LUZ MARY entró en “*cuadro depresivo profundo*” (folio 2 revés C. 4), lo que indudablemente la afectó, por lo que en tal sentido se probó lo concerniente al daño aludido en el hecho 12º de la acción (folio 47 C. 1º).

No obstante lo anterior, dicho menoscabo no puede acogerse en el monto deprecado con la acción, pues deberán ponderarse por el juzgador en atención a la congoja que se pudo haber causado a la actora contractual, donde como una adecuada compensación a lo padecido la cuantificación por este concepto en ejercicio del arbitrio judicial, será en el equivalente a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales.

Sobre los perjuicios morales, debe recordarse precedente jurisprudencial en el que se enunció;

“... En otras palabras, ante el imperativo jurídico de que el lesionado por el daño moral reciba en compensación de sus padecimientos y en orden a que “... se

haga más llevadera su congoja...” cierta cantidad, y como ese dinero del dolor (Premium dolores) no puede traducirse en un “quantum” tasable del modo que es propio de aquellos destinados al resarcimiento de perjuicios patrimoniales, el problema neurálgico radica entonces en definir ese “quantum” en el que habrá de expresarse la reparación, quedando reservado este difícil cometido al discreto arbitrio de los jueces, arbitrio que contra lo que en veces suele creerse, no equivale a abrirle paso a antojadizas intuiciones pergeñadas a la carrera para sustentar condenas excesivas, sino que a dichos funcionarios les impone el deber de actuar con prudencia, evitando en primer lugar servirse de pautas apriorísticas que cual acontece con el acostumbrado recurso al artículo 106 del Código Penal, en este campo únicamente son de recibo en tanto mandatos legales expresos lo consagren... En segundo lugar, es del caso hacer ver que cuando se predica del daño moral que debe ser cierto para que haya lugar a su reparación, alude sin duda a la necesidad de que obre la prueba, tanto de su existencia como de la intensidad que lo resalta, prueba que en la mayor parte de los supuestos depende en últimas de la correcta aplicación, no de presunciones legales que en este ámbito la verdad sea dicha el ordenamiento positivo no consagra en parte alguna, sino de simples presunciones de hombre cuyo papel aquí es de grande importancia...”⁹

En cuando a la reclamación por daños estéticos y fisiológicos, vistos los supuestos fácticos de la acción van de la mano con el concepto de vida en relación¹⁰, que como ha señalado el Consejo de Estado;

“En efecto, este daño inmaterial afecta la vida exterior de la persona, en cuanto supone la modificación negativa de la posibilidad que ésta tiene de relacionarse con los demás seres y con las cosas del mundo y, por lo tanto, la reducción de sus facultades para realizar actividades de toda índole, placenteras o rutinarias, la modificación de sus roles vitales y de sus proyectos”¹¹

Así, dado en lo que se fundó la pretensión en cuanto a la afectación de la vida sexual de la señora CARDONA, lo mismo resulta de recibo, por lo que la indemnización pertinente ha de ser concedida, pero no en el monto peticionado, fijándose ello en veinte (20) salarios mínimos mensuales vigentes, ya que no se probó la temporalidad del daño.

⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de noviembre de 1.992. M.P. CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS.

¹⁰ El Comité de Ministros de la Unión Europea, en la Resolución No 75-7 de 1975, indicó; “Es una disminución de los placeres de la vida causada principalmente por la imposibilidad de dedicarse a ciertas actividades placenteras”.

¹¹ Sección Tercera, Enero 29 de 2004, C. P. ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ. Exp: 18274.

CONCLUSION:

Así pues, dentro de la acción contractual de resultado instaurada, probados los elementos contrato, daño e incumplimiento del pacto atribuido a la demandada, las pretensiones están llamadas a prosperar, por lo que se revocará la decisión atacada, estimándose de esta manera las pretensiones profiriendo la condena correspondiente.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley;

RESUELVE

PRIMERO: Revocar integralmente la sentencia calendada el primero (1º) de julio de dos mil once (2011), proferida por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario de responsabilidad médica de LUZ MARY CARDONA RAMIREZ contra MAURICIO ANDRES OCHOA LONDOÑO, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR que MAURICIO ANDRES OCHOA LONDOÑO, incumplió el contrato celebrado con LUZ MARY CARDONA RAMIREZ el día 13 de noviembre de 2004, DECLARANDO al primero contractualmente responsable de los daños y perjuicios ocasionados a la actora, como consecuencia directa del resultado de la cirugía estética referida en estas diligencias.

