El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Asunto : Sentencia de segundo grado

Tipo de proceso : Verbal - Responsabilidad médica contractual

Demandante : Paula Andrea Guzmán Velásquez

Demandado : Jaime Eduardo Vallejo Flórez

Procedencia : Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira

Radicación : 66001-31-03-004-2017-00252-01

Mag. Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA

**TEMAS: RESPONSABILIDAD MÉDICA / CIRUGÍA ESTÉTICA / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / ENTRE LA DEMANDA Y LA SENTENCIA / RÉGIMEN DE CULPA PROBADA / CARGA PROBATORIA DEL DEMANDANTE / PRUEBA ILÍCITA / AUDIOS OBTENIDOS SIN LA AUTORIZACIÓN DEL DEMANDADO.**

El principio de congruencia aparece regulado en el artículo 281, CGP, cuando alude a la sentencia diciendo que: “(…) deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta (…)”.

En ese contexto, fracasan los reparos referentes al procedimiento realizado el 16-12-2010 (Data mencionada en la contestación a la demanda, hecho 1º, folio 135, cuaderno principal, parte 1), la mala praxis que pudiera haberse presentado en él, la utilización de biopolímeros o las secuelas que tiene la paciente y que pudieran derivarse; puesto que si bien se indicó que ocurrió, la causa para pedir invocada en la demanda se centra en la intervención practicada el 26-09-2015. (…)

… es menester destacar que la responsabilidad civil médica es aquella que puede generarse con ocasión de la aplicación de esa ciencia, dados los efectos que tiene en la vida, la integridad física o emocional y la salud de las personas…

Dadas esas características, la responsabilidad médica se configura, por lo general, en la esfera de la denominada subjetiva en el régimen de probada, aisladamente en época pretérita hubo de tratarse como actividad peligrosa; sin embargo, a esta fecha es sólido que su título de imputación es la culpa probada, según el precedente constante de la CSJ y la doctrina mayoritaria , sin miramientos en que sea la modalidad contractual o extracontractual. De allí, que corresponde al demandante demostrar todos sus elementos axiológicos: (i) La conducta antijurídica o hecho dañoso, (ii) El daño, (iii) La culpabilidad como factor de atribución (Culpa o dolo); y, (iv) La causalidad o nexo causal , y si es del tipo contractual, por supuesto, será necesario acreditar el contrato.

… resulta indudable que, sin estar establecidos los concretos resultados a los que se comprometió el doctor Vallejo F., estamos en frente a una obligación de medio donde opera la tesis de la culpa probada. De antaño (1940) la jurisprudencia de la CSJ, ha sostenido que estas obligaciones tienen implícito un mayor esfuerzo demostrativo para el reclamante…

De la apreciación que pasará a hacerse, es preciso acotar que se excluyen los audios (Aportados con la contestación a las excepciones…), pues sin titubeos, debieron rechazarse desde la revisión para su admisibilidad (Artículo 168, CGP), puesto que se trata de una prueba ilícita, dado que se recaudaron sin la autorización del demandado…



REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

AUDIENCIA PÚBLICA

En la ciudad de Pereira, Risaralda, hoy veintisiete (27) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), siendo las nueve de la mañana (9:00 a.m.), fecha y hora programadas para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia adiada 21-02-2019, el Magistrado Duberney Grisales Herrera, se declara constituido en Audiencia Pública, en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión, Edder Jimmy Sánchez Calambás y Jaime Alberto Saraza Naranjo, conforme al artículo 327, CGP, en la sede donde habitualmente laboran en el Palacio de Justicia local.

## La síntesis de la demanda

* 1. *Los supuestos fácticos relevantes*. La señora Paula Andrea Guzmán Velásquez, el 26-09-2015, se sometió a los procedimientos de lipoescultura, cambio de prótesis y lipoinyección glútea, realizados por el doctor Jaime Eduardo Vallejo Flórez. Al despertar de la intervención se le comunicaron que los implantes mamarios fueron de mayor volumen al acordado.

La actora el día 06-10-2015 informó a la auxiliar del médico que empezó a sentir dolor en las piernas, inflamación y coloración rojiza, por lo que el especialista la valoró y le recetó unos medicamentos, también un ultrasonido. Posteriormente, al quitarle los puntos en los senos, se advirtió que la herida estaba abierta y ello fue corregido por el galeno.

El 25-11-2015 la demandante se trasladó a Panamá, donde debió tratarse porque, de nuevo, presentó molestias en las piernas. En el mes de diciembre de ese año, ya en el país, persistían los síntomas y fue asistida por un tío que es médico. Para el mes de junio del 2016 se encontraba en España y allí, también tuvo que acudir a urgencias. Finalmente, en diciembre de esa anualidad, como continuaba con dolencias en las piernas, acudió donde el demandado que la remitió a un internista, quien luego de unos exámenes determinó que tenía siliconomas poplíteas y le diagnosticó celulitis crónica.

Se afirma que esa enfermedad fue a causa de la cirugía, mal practicada por el doctor Vallejo F., quien, además, está investigado penalmente por su titulación como especialista en cirugía plástica. La demandante quedó con secuelas en su integridad personal (Folios 2-13, cuaderno principal, parte 1).

* 1. *Las pretensiones*. (i) Declarar responsable civil y contractualmente al demandado; (ii) Condenar al pago de las siguientes sumas: 1- $13.000.000 por los procedimientos fallidos realizados; 2- $42.000.000 como daño emergente (Exámenes médicos y fármacos que discriminó); 3- $177.240.000 como lucro cesante; 4- 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes – smmlv-, por daño moral e, igual monto, por daño a la vida de relación y a la vida laboral; todos estos valores, debidamente, indexados; y, (iii) Condenar en costas (*Sic*) al demandado (Folios 19-21, cuaderno principal, parte 1).
1. La defensa de la parte pasiva

El demandado admitió algunos hechos, desestimó unos y dijo no constarle otros, con explicaciones, en cada caso. Se opuso a las pretensiones y excepcionó de mérito: (i) Ausencia total de responsabilidad frente a los daños y perjuicios; (ii) Culpa exclusiva de la actora, por rompimiento del nexo causal, al haber abandonado el tratamiento médico – controles postquirúrgicos-; (iii) Inexistencia de la relación de causalidad entre las patologías que padece la demandante con las intervenciones estéticas- reconstructivas realizadas por el demandado; (iv) Prescripción; y, (v) Genérica o innominada (Folios 134-160, cuaderno principal, parte 1).

1. El resumen de la decisión apelada

En la resolutiva: (i) Negó las pretensiones; (ii) Dispuso el levantamiento de las medidas cautelares; y (iii) Condenó en costas a la parte actora.

Inicialmente, afirmó que no existe controversia alguna sobre la celebración del contrato de servicios médicos, que ata a las partes, consistente en la práctica de una cirugía estética, sin que determinara cuáles eran los resultados a que se había comprometido el cirujano.

Enseguida, examinó el material probatorio y encontró que la paciente autorizó los procedimientos médicos adicionales, que fueran necesarios, durante la intervención de septiembre de 2015, en la que se probó no le inyectaron biopolímeros, sino su propia grasa. Explicó que al formular la demanda se informó sobre el diagnóstico de celulitis poplítea, en varias partes del cuerpo a consecuencia de aquel procedimiento, empero, el internista Juan Guillermo Álvarez atestó que también padecía “síndrome de ASIA” que es una reacción a la silicona y que esa podría ser el origen de las secuelas de la actora.

Añadió que dejó de acreditarse la impericia que se enrostró al demandado. En suma, la parte demandante incumplió su carga demostrativa (Tiempo 00:01:39 a 00:23:41, folios 484-487, cuaderno principal, parte 2).

1. La síntesis de la alzada
	1. Los reparos. Concretados por la parte actora así: (i) La demanda es clara, sí hubo invocación del primer procedimiento; (ii) Se probó la existencia de los biopolímeros en esa cirugía; (iii) Se incumplió el resultado al que se comprometió el galeno; (iv) El cúmulo probatorio es suficiente, se pretermitió valorar unas pruebas, inclusive algunas donde el demandado asumió su responsabilidad; (v) Se obligó a probar la impericia, lo que es tarea casi imposible. En el proceso penal, que está pendiente de fallarse, esa es tarea de la Fiscalía; por eso hay prejudicialidad (Tiempo 00:26:35 a 00:32:38, ibídem).
	2. La sustentación. Cada uno de los reparos, fue sustentado.
2. La fundamentación jurídica para decidir

* 1. Los presupuestos de validez y eficacia. Ningún reparo se advierte, con entidad suficiente para invalidar lo actuado; la demanda es idónea y las partes tienen aptitud jurídica para participar en el proceso.
	2. Los presupuestos materiales. Este examen es oficioso, por manera que con independencia de lo alegado por las partes, corresponde siempre analizar su concurrencia, así lo entiende la CSJ[[1]](#footnote-1), en criterio que acoge sin reparos este Tribunal[[2]](#footnote-2). Cuestión diferente es el análisis de prosperidad de la súplica. La legitimación en la causa, está cumplida para ambos extremos de la relación procesal, así pasará a explicarse.

En orden metodológico, se impone definir primero el tipo de pretensión postulada en ejercicio del derecho de acción, para luego constatar quiénes están habilitados por el ordenamiento jurídico para elevar tal pedimento y quiénes están autorizados para resistirlo, es decir, esclarecida la súplica se determina la legitimación sustancial de los extremos procesales.

Al formularse la demanda se especificó que la responsabilidad era del tipo contractual, pues la señora Paula Andrea Guzmán Velásquez, contrató con el demandado la práctica de unos procedimientos. Así lo asumió la juzgadora de primera instancia al decidir, lo que esta Sala comparte.

Entonces, hay legitimación en la señora Paula Andrea, ya que como paciente acordó le realizaran una intervención en la que se aduce, le causaron unas lesiones, relación jurídica aceptada en la contestación (Hecho 1º, folio 134, cuaderno principal, parte 1). También, hay legitimación por pasiva, pues el doctor Jaime Eduardo Vallejo Flórez, es el galeno con quien la parte demandante, convino la práctica de ese procedimiento (Parte en el contrato médico).

* 1. El problema jurídico a resolver. ¿Se debe revocar la sentencia desestimatoria proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de esta municipalidad, según el razonamiento de la apelación de la parte demandante?
	2. La resolución del problema jurídico planteado
		1. Los límites de la apelación

El enjuiciamiento en esta instancia lo trazan los temas objeto del recurso[[3]](#footnote-3), que se traduce en una patente aplicación del modelo dispositivo en el proceso civil nacional (Artículos 320 y 328, CGP), con salvedades como las excepciones declarables de oficio (Artículo 282, CGP), los casos expresos del artículo 281, CGP, y otros como los presupuestos procesales y sustanciales, las nulidades absolutas y las prestaciones mutuas[[4]](#footnote-4), que de todas formas resultan inaplicables en la resolución de este caso.

* 1. EL CASO CONCRETO

Reparos Nos. 1º. La demanda es clara, en cuanto al nexo del segundo procedimiento con el primero; específicamente, en la lipoinyección glútea, pues se hizo, por sugerencia del demandado, y para corregir orificios dejados en la primera intervención. Esa conexidad es evidente, tanto es así que se excepcionó prescripción; y, 2º. Hay prueba de la existencia de los biopolímeros en la primera cirugía, realizada por el doctor Vallejo F., solo que no se permitió preguntar al respecto en interrogatorio.

Resolución. Fracasan estos reproches por ser extraños a la demanda. Es evidente la inconsonancia de aquellos con esa pieza procesal.

El principio de congruencia aparece regulado en el artículo 281, CGP, cuando alude a la sentencia diciendo que: “*(…) deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta (…)”.*

Esta parte inicial no sufrió alteraciones respecto a lo prescrito por el CPC (Artículo 305), se le adicionaron dos salvedades en materia de familia y agraria, que no vienen al caso en este asunto. Puestas así las cosas, adviene paladino denotar que la consonancia o congruencia se define en consideración a las postulaciones de las partes en torno a los hechos o *causa petendi* y las pretensiones mismas (*Petitum*), del lado del demandante; y, según la contestación y excepciones de mérito o perentorias, del extremo pasivo.

En ese contexto, fracasan los reparos referentes al procedimiento realizado el 16-12-2010 (Data mencionada en la contestación a la demanda, hecho 1º, folio 135, cuaderno principal, parte 1), la mala praxis que pudiera haberse presentado en él, la utilización de biopolímeros o las secuelas que tiene la paciente y que pudieran derivarse; puesto que si bien se indicó que ocurrió, la causa para pedir invocada en la demanda se centra en la intervención practicada el 26-09-2015.

En efecto, escrutado el escrito introductorio de la acción, se advierte como en el extenso recuento fáctico, solo se menciona que en la segunda cirugía, se *“eliminarían unos orificios que se habían formado en la parte de los glúteos”* luego de la implantación hecha en el pasado(Hecho 1º, folio 3, ibídem); sin embargo, en manera alguna se alude que el aumento voluminoso de las mamas (Hecho 2º, ibídem), el dolor, la inflamación o coloración y demás molestias de las piernas (Hechos 3º, 4º, 5º, entre otros) fueron consecuencia de la primera cirugía. Tampoco hubo reforma a la demanda en donde así se indicara.

De otro lado, el demandado, como bien dice la parte actora, aludió a aquel procedimiento, aunque solo para formular la excepción de prescripción; nótese que la refutación de los hechos se circunscribió a la cirugía del 26-09-2015. Después, en el interrogatorio de parte rendido por el doctor Vallejo F. (Tiempo 00:34:29 a 01:52:11, cd a folio 450, cuaderno principal, parte 2), la Jueza rechazó aquellas preguntas que se referían a la operación del año 2010 y facultó al cuestionado para que la respondiera, pero este se abstuvo, arguyendo que se no se trataba del tema del proceso (Tiempo 01:25:38 a 01:26:46, ídem).

Adicionalmente, en la fijación el litigio se demarcó, claramente, que la responsabilidad a examinar sería por las patologías que se dicen derivadas de la intervención del año 2015 (Tiempo 01:55:01 a 01:56:32, ídem) y los abogados de las partes estuvieron de acuerdo (Tiempo 01:56:32 a 01:56:42, ídem). Tampoco la sentencia, analizó lo ocurrido en el 2010, como hecho dañino.

Así que, lo hasta aquí razonado es suficiente para declarar infundado el recurso de apelación interpuesto, en lo relativo a la intervención de 16-10-2010, se itera, porque resolver infringiría sin más el principio de congruencia (Artículo 281, CGP), tal como lo recuerda la jurisprudencia de la CSJ (2016)[[5]](#footnote-5) en la que se refirió al artículo 305, CPC, reiterado en la precitada norma del nuevo estatuto procesal.

Reparo No. 3. Se incumplió el resultado prometido por el galeno.

Resolución. No prospera. Dejaron de demostrarse los resultados convenidos.

Previo a iniciar el análisis, es menester destacar que la responsabilidad civil médica es aquella que puede generarse con ocasión de la aplicación de esa ciencia, dados los efectos que tiene en la vida, la integridad física o emocional y la salud de las personas. El profesor Santos B.[[6]](#footnote-6) la define como: *“(…) una responsabilidad profesional que estructura un comportamiento antijurídico como consecuencia del incumplimiento de deberes jurídicos a cargo de los médicos, relacionados con la práctica o ejercicio de su actividad (…)”*.

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

En refuerzo de lo dicho, debe advertirse que la Ley 1164, en su artículo 26, dispone en los apartes pertinentes: *“Acto propio de los profesionales de la salud****.*** [*Modificado por el art. 104, Ley 1438 de 2011*](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41355#104)*. Entendido como el conjunto de acciones orientadas a la atención integral del usuario, aplicadas por el profesional autorizado legalmente para ejercerlas dentro del perfil que le otorga el respectivo título, el acto profesional se caracteriza por la autonomía profesional y la relación entre el profesional de la salud y el usuario. Esta relación de asistencia en salud genera una obligación de medios, basada en la competencia profesional.”.* Sub-línea puesta a propósito por esta Sala.

Dadas esas características, la responsabilidad médica se configura, por lo general, en la esfera de la denominada subjetiva en el régimen de probada[[7]](#footnote-7), aisladamente en época pretérita hubo de tratarse como *actividad peligrosa*[[8]](#footnote-8); sin embargo, a esta fecha es sólido que su título de imputación es la culpa probada[[9]](#footnote-9), según el precedente constante de la CSJ[[10]](#footnote-10) y la doctrina mayoritaria[[11]](#footnote-11), sin miramientos en que sea la modalidad contractual o extracontractual. De allí, que corresponde al demandante demostrar todos sus elementos axiológicos: (i) La conducta antijurídica o hecho dañoso, (ii) El daño, (iii) La culpabilidad como factor de atribución (Culpa o dolo); y, (iv) La causalidad o nexo causal [[12]](#footnote-12), y si es del tipo contractual, por supuesto, será necesario acreditar el contrato.

En la responsabilidad sanitaria la regla general es que las obligaciones debidas por los médicos en su ejercicio, son de medio[[13]](#footnote-13)-[[14]](#footnote-14) y de manera excepcional de resultado, entre otras las cirugías estéticas reconstructivas[[15]](#footnote-15)-[[16]](#footnote-16), el diligenciamiento de la historia clínica y la obtención del consentimiento[[17]](#footnote-17), la elaboración de prótesis, el secreto profesional[[18]](#footnote-18); distinción reiterada en recientes (2017 y 2018)[[19]](#footnote-19) decisiones.

Necesario detenerse en las obligaciones de las cirugías estéticas, puesto que de ello pende el régimen probatorio aplicable. Para establecer que se está frente al tipo de responsabilidad subjetiva con culpa presumida, deriva de la obligación de resultado[[20]](#footnote-20). Ha señalado la doctrina que debe acaecer que el profesional *utilice terminología asegurando resultados*[[21]](#footnote-21)*,* puesto que en caso contrario, al no existir esa promesa efectiva, se estará en frente a una obligación de medios*,* así ha razonado la jurisprudencia del órgano de cierre de la especialidad (CSJ)[[22]](#footnote-22), vigente hoy (2019)[[23]](#footnote-23).

Para este propósito, es de primordial importancia esclarecer los términos de la convención, para evitar cualquier confusión en ese aspecto, en palabras de esa Corporación[[24]](#footnote-24): *“(…) Para el caso de la cirugía plástica con fines meramente estéticos, por lo tanto, puede darse el caso de que el médico se obligue a practicar la correspondiente intervención sin prometer o garantizar el resultado querido por el paciente o para el que ella, en teoría, está prevista; o de que el profesional, por el contrario, sí garantice o asegure la consecución de ese objetivo. En el primer evento, la obligación del galeno, pese a concretarse, como se dijo, en la realización de una cirugía estética, será de medio y, por lo mismo, su cumplimiento dependerá de que él efectúe la correspondiente intervención con plena sujeción a las reglas de la lex artis ad hoc; en el segundo, la adecuada y cabal ejecución de la prestación del deudor sólo se producirá si se obtiene efectivamente el resultado por él prometido (…)”*.

En ese mismo contexto, refiere esa doctrina judicial: “(…) *es indispensable entrar a reparar, en cada caso específico, en la naturaleza y contenido de la relación sustancial que lo vincule con el paciente; que solo por tal conducto sería factible dilucidar cuáles son las prestaciones a cargo del médico y -lo que usualmente ofrece gran utilidad en orden a definir litigios de esta especie- si las obligaciones adquiridas por el respectivo profesional de la salud son de medio o de resultado, esto último cual acontece con frecuencia tratándose de cirugías plásticas con fines meramente estéticos (…)”*[[25]](#footnote-25)*.*

Ahora, al verificar lo expuesto en este caso, se evidencia sin vacilaciones que en parte alguna de la demanda, anexos o incluso la contestación, se definen cuáles eran los compromisos adquiridos por el profesional, se menciona que los procedimientos quirúrgicos fueron lipoescultura, cambio de prótesis mamaria y lipoinyección glútea (Hechos 1º y 2, folio 3, cuaderno principal, parte 1), pero ni siquiera se da cuenta de sus especificaciones, cómo se harían y lo más importante: cuáles serían sus resultados. Tampoco se incorporó escrito alguno que documentara esa convención, ni se auscultó ese aspecto en los interrogatorios rendidos.

Y es que como señala la aludida providencia de la CSJ[[26]](#footnote-26): *“(…) era necesario, adicional y prioritariamente, que demostrara que el doctor (…) se obligó para con la aquí demandante a conseguir un específico resultado, lo que no hizo, (…)”* (Resaltado extratextual), o lo recordara, recientemente (2019)[[27]](#footnote-27):

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

En esas condiciones, resulta indudable que, sin estar establecidos los concretos resultados a los que se comprometió el doctor Vallejo F., estamos en frente a una obligación de medio donde opera la tesis de la culpa probada. De antaño (1940) la jurisprudencia de la CSJ[[28]](#footnote-28), ha sostenido que estas obligaciones tienen implícito un mayor esfuerzo demostrativo para el reclamante[[29]](#footnote-29).

Cuando el título de imputación es el de la culpa probada, no cabe duda que la carga probatoria gravita en cabeza del demandante, así lo ha señalado, en forma pacífica, el órgano de cierre de la especialidad[[30]](#footnote-30) (2019)[[31]](#footnote-31), que de tiempo atrás[[32]](#footnote-32) tiene fijado:

… Por supuesto que, si bien el pacto de prestación del servicio médico puede generar diversas obligaciones a cargo del profesional que lo asume, y que atendiendo a la naturaleza de éstas dependerá, igualmente, su responsabilidad, no es menos cierto que, en tratándose de la ejecución del acto médico propiamente dicho, deberá indemnizar, en línea de principio y dejando a salvo algunas excepciones, los perjuicios que ocasione mediando culpa, en particular la llamada culpa profesional, o dolo, cuya carga probatoria asume el demandante, sin que sea admisible un principio general encaminado a establecer de manera absoluta una presunción de culpa de los facultativos (sentencias de 5 de marzo de 1940, 12 de septiembre de 1985, 30 de enero de 2001, entre otras). La sublínea es extratextual.

A pesar de lo apuntado, la misma Corporación desde 2001[[33]](#footnote-33), empezó a acoger la tesis del CE de los años 1990[[34]](#footnote-34) y 1992[[35]](#footnote-35), incluso la misma CC[[36]](#footnote-36), reconocían la necesidad de un aligeramiento o atenuación en la carga probatoria, por vía de la “*carga dinámica de la prueba*”[[37]](#footnote-37) (Hoy con reconocimiento normativo expreso en el artículo 167 del CGP) y “*dependiendo de las circunstancias del asunto*”, el juzgador atribuirá el deber de acreditación sobre determinado hecho, teniendo[[38]](#footnote-38): *“(…) en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica, complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como el tiempo y el lugar del ejercicio, pues no de otra manera, con justicia y equidad, se pudiera determinar la corrección del acto médico (lex artix).”.* Nótese cómo el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, sobre acciones populares, ya había por primera vez consagrado la doctrina anotada.

En el área de la responsabilidad médica, la posición se conserva en estos días[[39]](#footnote-39), pero precisando que *“(…) lo que se presenta dentro del proceso es que la prueba se hace necesaria para la decisión (principio de la necesidad de la prueba) lo que conlleva al deber de aportación de las pruebas que cada parte está en la posibilidad de aportar, lo cual calificará el juez en su momento (…)”[[40]](#footnote-40)*. En todo caso se destaca, que para la resolución de este litigio en particular, no se aplicó la referida teoría, como bien se advierte en el auto de decreto de pruebas (Providencia emitida en audiencia del 22-01-2019, tiempo 01:57:37 a 02:05:55, cd a folio 450, cuaderno principal, parte 2).

De manera que, acorde con lo discurrido en este acápite, se desestima el reparo sobre el incumplimiento del resultado prometido.

Reparo No. 4º. El cúmulo probatorio es suficiente, pero se dejaron de valorar audios, conversaciones de whatsapp, la prueba documental y lo dicho por el testigo Juan Guillermo, quien dijo que las secuelas en la actora existen, por efecto gatillante e impericia.

Resolución. No prospera. La valoración de esos medios probatorios, que se dicen omitidos, de ninguna manera logra acreditar el elemento culpa.

Previo a ello, es menester esclarecer la causalidad y la culpabilidad, para resaltar que esas categorías conceptuales, en la dogmática de la responsabilidad, contractual o extracontractual, civil o estatal, guardan diferencias sustanciales, son autónomas, aunque se relacionan. La culpabilidad como fundamento, se refiere a la valoración subjetiva de una conducta[[41]](#footnote-41)-[[42]](#footnote-42), mientras que la causalidad es la constatación objetiva de una relación natural de causa-efecto, no admite presunciones y siempre debe probarse[[43]](#footnote-43), por su parte la culpabilidad si las tiene y desde luego relevan de su acreditación (Artículos 2353 y 2356, CC, 982 y 1003, CCo, entre otras). Se anota aquí que la CSJ en algunas providencias (SC-13925-2016 y SC-002-2018) ha planteado inclinarse por una “*causalidad normativa*”, sin embargo, es tesis que no ha se consolidado y en parecer de esta Sala, se halla en construcción todavía.

Además ha de recordarse que en materias médicas, aunque existe libertad probatoria, es insuficiente el sentido común o reglas de la experiencia, porque tratándose de un tema científico, el instrumento persuasivo que mejor se aviene es: “*El dictamen médico de expertos médicos es indudablemente (…) que ofrece mayor poder de convicción cuando se trata de establecer las causas que produjeron el deceso de una persona por la actividad de otras. (…)”*[[44]](#footnote-44); sin embargo, el juez habrá de acudir también a los documentos o testimonios técnicos, para esclarecer la cuestión sometida a su escrutinio, según el artículo 176, CGP, sobre apreciación conjunta de las pruebas. Sin tener parámetros de comparación, ante la ausencia de probanzas de ese talante, es poco plausible atribuir una inadecuada atención.

Como ya se anticipara, el material persuasivo que se dice pretermitido en su valoración, es insuficiente para demostrar esa culpabilidad; la gestión probatoria de la parte actora, reluce harto precaria, se limitó a aseverar que había responsabilidad del demandado, dada su impericia, sin acercar, pruebas técnicas que respaldaran sus afirmaciones.

De la apreciación que pasará a hacerse, es preciso acotar que se excluyen los audios (Aportados con la contestación a las excepciones, folio 435, cuaderno principal, parte 2), pues sin titubeos, debieron rechazarse desde la revisión para su admisibilidad (Artículo 168, CGP), puesto que se trata de una prueba ilícita, dado que se recaudaron sin la autorización del demandado, así se advierte desde su aportación, donde se aduce que fueron “*tomados exclusivamente por la demandante, con fines judiciales*” (Folio 432, cuaderno principal, parte 2). En esa expresión luce evidente la falta de consentimiento del doctor Jaime E.

Nótese que el noción de ilicitud contenida en los enunciados normativos atinentes (Artículos 29, CP; 14 y 164, CGP), aluden a la “*obtención*”, es decir, cuando en procura de su recaudo se quebrantan o desconocen derechos fundamentales[[45]](#footnote-45) (Ejemplos clásicos son: el allanamiento y la interceptación telefónica sin orden judicial, la obtención de fluidos corporales sin consentimiento[[46]](#footnote-46) o revisión de correos sin autorización del titular o grabaciones clandestinas[[47]](#footnote-47)). Entonces, sin duda, lo referente a esos audios, puede subsumirse en el concepto que tiene la doctrina[[48]](#footnote-48) y jurisprudencia[[49]](#footnote-49) vigentes sobre el tema.

Sin que sobre decir que, si en gracia de discusión fuesen valorados, uno de ellos ni siquiera corresponde a una conversación con el demandado y, en los demás, tampoco se advierte confesión alguna de parte de aquel.

Descendiendo al material probatorio, que se dice omitido por el impugnante, se encuentra como documental, *la* *historia clínica* (Folios 44-95, cuaderno principal, parte 1), de cuya lectura, no surge que las actuaciones del médico hayan sido incorrectas, pues como de tiempo atrás lo señaló, la jurisprudencia del órgano de cierre de la especialidad (CSJ)[[50]](#footnote-50), y recientemente (2018)[[51]](#footnote-51), lo recordó al indicar “(…) *la historia clínica, en sí misma,* *no revela los errores médicos imputados(…)”,* y reitera, “(…) *Tratándose de asuntos médicos, cuyos conocimientos son especializados, se requiere esencialmente que las pruebas de esa modalidad demuestren la mala praxis”.* Es más, en este último proveído, con precisión se afirmó:

Las historias clínicas y las fórmulas médicas, por lo tanto, en línea de principio, por sí, se insiste, no serían bastantes para dejar sentado con certeza los elementos de la responsabilidad de que se trata, porque sin la ayuda de otros medios de convicción que las interpretara, andaría el juez a tientas en orden a determinar, según se explicó en el mismo antecedente inmediatamente citado, “*(…) si lo que se estaba haciendo en la clínica era o no un tratamiento adecuado y pertinente según las reglas del arte (…)*”. Resaltado y versalitas propias de esta alzada.

Debe recordarse, que en ese documento se registran cronológicamente los servicios brindados a los pacientes (Resolución 1995 del 08-07-99, artículo 1º, literal a)) y, en ese entendido, solo constituiría un indicio de responsabilidad, si le faltase claridad, orden, o fuese incompleta, alterada o con enmendaduras, según ha reiterado últimamente la jurisprudencia de esa Alta Corporación[[52]](#footnote-52)-[[53]](#footnote-53).

Frente a las *conversaciones de whatsapp* (Folios 436-430, cuaderno principal, parte 2). Afirmó el recurrente que en ellos, claramente, el demandado asumió su responsabilidad. Para esta Magistratura de ninguna manera de tales piezas puede inferirse que el doctor Jaime Eduardo se arrogó, algún error de conducta en su actuar médico, en modo alguno se encuentran confesados hechos adversos a sus intereses o acaso favorecedores de la parte actora. Solo dan cuenta de comunicaciones para concertar consultas y encuentros para que la actora recogiera copias de la historia clínica. Ello acorde con las reglas generales de valoración de documentos (Artículo 247-2º, CGP).

Respecto a la atestación, del médico internista, *Juan Guillermo Álvarez Ríos*, (Tiempo 01:58:53 a 02:39:33, cd a folio 485, cuaderno principal, parte 2). Señaló el apelante que este deponente, es técnico y que fue contundente en señalar que había relación entre las intervenciones practicadas por el demandado, por el efecto “gatillante”, lo que implica la impericia que se indilga.

En realidad, se trata de un testigo técnico, por haber atendido directamente a la actora, según la ilustración académica que puede consultarse en las obras de los profesores Devis E.[[54]](#footnote-54), Serrano E.[[55]](#footnote-55), Bermúdez M.[[56]](#footnote-56) o Rojas G.[[57]](#footnote-57), referida en extenso en decisiones precedentes de esta misma Sala[[58]](#footnote-58) y en la jurisprudencia de la CSJ (2017[[59]](#footnote-59)); sin embargo, su versión en modo alguno enrostra algún reproche al actuar del doctor Vallejo F. o algún aspecto que muestre su impericia.

Obsérvese que, tal como lo señaló la primera instancia, indicó que le diagnóstico a la actora el síndrome de ASIA, que es un reacción a la silicona, el metacrilato y el ácido hialurónico, sin que tenga certeza cuál fue el aplicado. Explicó, también, que se trata de una patología donde la persona es sensible a ese tipo de sustancias y al someterse a esa clase cirugías, el cuerpo reacciona y aparece la enfermedad, pero, se reitera, de ninguna manera aseguró o acaso sugirió que ello se debiera a una conducta reprochable al demandado. Para ilustrar lo anterior, observemos algunos apartes del relato:

… Yo tuve conocimiento del caso, por una remisión del médico tratante que hizo de la paciente, donde me la refería para una valoración, al cabo de esa valoración yo concluí que se trataba de un caso de síndrome de ASIA, (…) y que corresponde a un acrónimo, acrónimo que significa síndrome inflamatorio, hiperinflamatorio inmune por adyuvantes (Tiempo 02:00:23 a 02:00:50, ídem).

(…)

Pregunta: (…) para mayor conocimiento del Despacho, esas patologías que usted ha mencionado, anteriormente, y como que son inmunes o autoinmunes, están relacionadas con esas cirugías estéticas? Y con los materiales que se utilizan en las mismas? Respuesta: Bueno, su señoría, yo diría que la mayoría de las enfermedades, por lo menos las que, las que están en el grupo del lupus y las autoinmunes clásicas, el síndrome Shoenfeld que es una enfermedad autoinmune nueva, sí están asociadas directamente con las sustancias, porque las sustancias actúan como un gatillante de la enfermedad. (…) (Tiempo 02:11:51 a 02:12:39, ídem).

 (…)

Pregunta: Doctor no recuerdo, en este momento, si usted ha mencionado en su testimonio, finalmente, cuál fue el diagnóstico de Paula Andrea. Respuesta: síndrome de ASIA (Tiempo 02:13:45 a 02:13:59, ídem).

(…)

Pregunta: Doctor Juan Guillermo utilizó la palabra, la expresión gatillantes de la enfermedad, podría informar el Despacho, si las cirugías plásticas practicadas a Paula Guzmán, fueron gatillantes de su condición actual?. Respuesta: Sí claro la, el, ese término viene de la nomenclatura anglosajona que trigger, que significa gatillo, son gatillantes, sin un gatillante, la condición se queda en una mera susceptibilidad (…) (Tiempo 02:25:43 a 02:26:12, ib.).

(…)

Pregunta: Cualquier tipo de cirugía o intervención quirúrgica, cuando se tiene esa condición, es un gatillante, correcto? Respuesta: En el caso del ASIA, sólo aquellas que involucran la aplicación de sustancias, pero el gatillo si existe, para cualquier otra condición autoinmune, como el lupus (…) lo singular del síndrome de ASIA (…) lo que me parece conveniente de sostener el diagnóstico de síndrome de ASIA, es la asociación entre adyuvante o la sustancia que se administra al paciente, o que se incorpora su organismo, y la aparición de la enfermedad (Tiempo 02:33:31 a 02:34:31, ib.).

Así las cosas, indudablemente, no fue una conclusión de este testigo que haya habido errores en el procedimiento atribuibles al demandado, sino que la paciente tenía una patología que se desarrolló luego de esa intervención, más no a consecuencia de ella.

Y es que lo dicho por este deponente, pareciera estar más relacionado con el nexo causal que con la culpabilidad del convocado.

Reparo No. 5º. Es en el proceso penal, donde corresponde al ente investigador, probar la impericia del doctor Vallejo F., pero el trámite está en fase de imputación, por lo que hay prejudicialidad.

Resolución. No prospera. La culpa penal es diferente de la civil, para probar la *lex artis* no hay solemnidad pero hay medios probatorios más idóneos.

Es desacertado siquiera pensar que con el fallo penal, se lograría demostrar una inadecuada atención o mal procedimiento, pues, como ya se dijera, el instrumento persuasivo que mejor se allana para probar el elemento culpa, es el dictamen pericial y aunque el juez puede acudir, además, a los documentos o testimonios técnicos, para esclarecer la cuestión sometida a su escrutinio; cuando carece de probanzas de ese talante, es poco plausible atribuir alguna responsabilidad.

Adicionalmente, es criterio del derecho judicial, al tenor de los artículos 243-2º y 257, CGP que la sentencia es un documento público, únicamente apto para: (i) Atestiguar su existencia; (ii) Identificar el despacho que lo emitió; (iii) Fijar la fecha de proferida; y, (iv) Establecer el sentido de lo resuelto; puesto que los hechos que son motivo de prueba en uno y otro proceso, son diferentes. Son disímiles los supuestos fácticos de cada asunto y la valoración hecha en esa decisión no vincularía al juez civil, para la que debe hacerse en este asunto; máxime que lo examinado allá es la legalidad de la titulación del doctor Jaime Eduardo, no su pericia en el procedimiento realizado a la actora el 26-09-2015.

Corolario de lo expuesto, en forma alguna el análisis de los mencionados medios de prueba, tal como reclama el impugnante, acredita la culpabilidad del médico demandado y ello es suficiente para desestimar las pretensiones; se itera, fue precaria su gestión probatoria.

1. LAS DECISIONES FINALES

Las premisas jurídicas ya enunciadas sirven para desechar la apelación y confirmar la decisión cuestionada, en razón a que las motivaciones aquí expuestas refuerzan la desestimación de las pretensiones. Se condenará en costas en esta instancia, a la parte demandante, y a favor de la parte demandada, por haber perdido el recurso (Artículo 365-1º, CGP).

La liquidación de costas se sujetará, en primera instancia, a lo previsto en el artículo 366 del CGP, las agencias en esta instancia se fijarán en auto posterior CSJ[[60]](#footnote-60) (2017). Se hace en auto y no en la sentencia misma, porque esa expresa novedad, introducida por la Ley 1395 de 2010, desapareció en la nueva redacción del ordinal 2º del artículo 365, CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Civil - Familia, administrando Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A,

1. CONFIRMAR el fallo proferido el día 21-02-2019 del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira, R.
2. CONDENAR en costas en esta instancia, a la parte demandante, y a favor de la parte demandada. Se liquidarán en primera instancia y la fijación de agencias de esta sede, se hará en auto posterior.
3. DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen.

Esta decisión queda notificada en estrados. No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se da por terminada.

DUBERNEY GRISALES HERRERA

M A G I S T R A D O

EDDER JIMMY SÁNCHEZ C. JAIME ALBERTO SARAZA N.

M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

1. CSJ. SC1182-2016, reiterada en la SC16669-2016. [↑](#footnote-ref-1)
2. TSP, Civil-Familia. Sentencias del: (i) 01-09-2017; MP: Grisales H., No.2012-00283-02; (ii) 06-11-2014; MP: Arcila R., No.2012-00011-01; y, (iii) 19-12-2014; MP: Saraza N., No.2010-00059-02. [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ, Civil. Sentencia del 08-09-2009; MP: Villamil P., No.2001-00585-01. [↑](#footnote-ref-3)
4. CSJ, Civil. Sentencia del 24-11-1993; MP: Romero S. [↑](#footnote-ref-4)
5. CSJ. SC14428-2016. [↑](#footnote-ref-5)
6. SANTOS B., Jorge. Responsabilidad civil, tomo I, parte general, 3ª edición, Bogotá DC, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y Temis, 2012, p.95. [↑](#footnote-ref-6)
7. CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001. MP: Ramírez G.; No.5507. [↑](#footnote-ref-7)
8. CSJ, Civil. Sentencias de: (i) 14-03-1942, GJ, tomo XIII, p.937; y, (ii) 14-10-1959, MP: Morales M. [↑](#footnote-ref-8)
9. CSJ. SC2506-2016 y SC003-2018. [↑](#footnote-ref-9)
10. CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001, Ob. cit. [↑](#footnote-ref-10)
11. JARAMILLO J., Carlos I. Responsabilidad civil médica, relación médico paciente, 2ª edición, editorial Pontificia Universidad Javeriana - Ibáñez, Bogotá DC, 2011, p.142. [↑](#footnote-ref-11)
12. CSJ. SC003-2018. [↑](#footnote-ref-12)
13. PARRA G., Mario F. Responsabilidad civil, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2010, Bogotá DC, p.285. [↑](#footnote-ref-13)
14. CSJ. SC8219-2016. [↑](#footnote-ref-14)
15. CSJ, Civil. Sentencia del 05-11-2013, MP: Solarte R., No.2005-00025-01. [↑](#footnote-ref-15)
16. YEPES R., Sergio. La responsabilidad civil médica, Biblioteca jurídica Diké, edición 9ª, 2016, Medellín, p.97. [↑](#footnote-ref-16)
17. CSJ. SC2506-2016. [↑](#footnote-ref-17)
18. YEPES R., Sergio. Ob. cit., p.99. [↑](#footnote-ref-18)
19. CSJ. SC003-2018 y SC7110-2017. [↑](#footnote-ref-19)
20. CSJ. SC7110-2017. [↑](#footnote-ref-20)
21. YEPES R., Sergio. Ob. cit., p.97. [↑](#footnote-ref-21)
22. CSJ, Civil. Sentencia del 05-11-2013, Ob. cit. [↑](#footnote-ref-22)
23. CSJ. SC2555-2019. [↑](#footnote-ref-23)
24. CSJ, Civil. Sentencia del 05-11-2013, Ob. cit. [↑](#footnote-ref-24)
25. CSJ, Civil. Sentencia del 05-11-2013, Ob. cit. Y que reitera lo dicho en proveído del 19-12-2005, MP: Munar C. R., No.1996-05497-01. [↑](#footnote-ref-25)
26. CSJ, Civil. Sentencia del 05-11-2013, Ob. cit. [↑](#footnote-ref-26)
27. CSJ. SC2804-2019. [↑](#footnote-ref-27)
28. CSJ, Civil. Sentencias: (i) Del 05-03-1940; MP: Escallón; (ii) Del 12-09-1985; MP: Montoya G.; y, (iii) Del 08-08-2011, MP: Munar C., No.2001-00778. [↑](#footnote-ref-28)
29. CSJ. SC15746-2014. [↑](#footnote-ref-29)
30. CSJ. SC003-2018. [↑](#footnote-ref-30)
31. CSJ. SC2555-2019. [↑](#footnote-ref-31)
32. CSJ, Civil. Sentencia del 08-08-2011, MP: Munar C., No.2001-00778-01. [↑](#footnote-ref-32)
33. CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001, Ob. cit. [↑](#footnote-ref-33)
34. CE, Sección Tercera. Sentencia del 24-10-1990, CP: De Greiff R., No.5902. [↑](#footnote-ref-34)
35. CE, Sección Tercera. Sentencia del 30-07-1992, CP: Suárez H., No.6897. [↑](#footnote-ref-35)
36. CC. T-006 de 1992. [↑](#footnote-ref-36)
37. CSJ. SC15746-2014. [↑](#footnote-ref-37)
38. CSJ. Sentencia del 30-01-2001, ob. cit. [↑](#footnote-ref-38)
39. CSJ. SC8219-2016. [↑](#footnote-ref-39)
40. CSJ. SC21828-2017. [↑](#footnote-ref-40)
41. SANTOS B., Jorge. Ob. cit. p.423. [↑](#footnote-ref-41)
42. PATIÑO, Héctor. Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual, Revista de la Universidad Externado de Colombia, No.20, Colombia [En línea]. 2011 [Visitado el 2019-05-28]. Disponible en internet: www.revistas.uexternado.edu.co › Inicio › Núm. 20 (2011) › Patiño [↑](#footnote-ref-42)
43. CSJ, Civil. Sentencia del 23-06-2005, No.058-95. [↑](#footnote-ref-43)
44. CSJ, Civil. Sentencia del 08-05-1990, que sigue el razonamiento de los fallos de 24-09-1952, *G.J*. No. 2119, p. 237, y del 05-07-1957, *G.J*. No. 2184, p. 676, según explica el profesor SANTOS B., *ob. cit*., p.112. [↑](#footnote-ref-44)
45. PELÁEZ H., Ramón A. Tratamiento procesal de la prueba ilícita en el Código General del Proceso, memorias del XXVII Congreso de derecho Procesal, Medellín, A., 2016, Instituto Colombiano de Derecho Procesal – ICDP -, p.677-718. [↑](#footnote-ref-45)
46. LÓPEZ B. Hernán F. Código General del Proceso, pruebas, tomo III, 3ª edición, Dupré editores, Bogotá DC, 2017, p.106. [↑](#footnote-ref-46)
47. CSJ, Sala Civil. Sentencia del 16-07-2008; MP: Solarte R., No.2005-00286-01. [↑](#footnote-ref-47)
48. AZULA C., Jaime. Manual de derecho probatorio, Temis, 4ª edición, Bogotá DC, 2015, p.11. [↑](#footnote-ref-48)
49. CSJ, SC211-2017. [↑](#footnote-ref-49)
50. CSJ. SC15746-2014. [↑](#footnote-ref-50)
51. CSJ. SC5641-2018 y SC003-2018, entre otras. [↑](#footnote-ref-51)
52. CSJ. SC21828-2017. [↑](#footnote-ref-52)
53. CSJ. SC2506-2016. [↑](#footnote-ref-53)
54. DEVIS E., Hernando. Teoría general de la prueba judicial, tomo segundo, 5ª edición, Bogotá DC, Temis, 2006, p.65. [↑](#footnote-ref-54)
55. SERRANO E., Luis G. El régimen probatorio en la responsabilidad médica, 5ª edición, Bogotá DC, Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 2012, p.278-281. [↑](#footnote-ref-55)
56. BERMÚDEZ M., Martín. Del dictamen judicial al dictamen de parte, 2ª edición, Bogotá DC, Legis SA, 2016, p.110. [↑](#footnote-ref-56)
57. ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal, tomo III, pruebas civiles, ESAJU, Bogotá DC, 2015, p.364. [↑](#footnote-ref-57)
58. Entre otras las sentencias de: (i) 01-11-2016, No.2012-00290-01; (ii) 07-04-2017, No.2012-00275-01; (iii) 14-06-2017, No.2012-00262-01; y (iv) 23-08-2018, No.2012-00291-01. [↑](#footnote-ref-58)
59. CSJ. SC9193-2017. [↑](#footnote-ref-59)
60. CSJ. STC-8528 y STC-6952-2017. [↑](#footnote-ref-60)