

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES INDEPENDIENTES

Competencia.

La acción indemnizatoria por los perjuicios causados corresponde a la jurisdicción civil a través del procedimiento ordinario, y no a la jurisdicción laboral, la que sólo conoce de lo relacionado con el pago de los honorarios y otras retribuciones derivadas de los servicios profesionales prestados.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Del médico.

Generalmente las obligaciones que adquiere tienen origen contractual. Se adquieren obligaciones de medio. Causales de exoneración. En relación con la cirugía estética debe establecerse cuál fue la obligación expresa que adquirió el médico.

ACCION RESOLUTORIA

Obligaciones de hacer.

Es presupuesto de esta acción que la obligación no se haya cumplido. Si el demandado cumplió con sus obligaciones aunque en forma deficiente o imperfecta, la acción indicada no es la resolutoria, sino la indemnizatoria por los perjuicios causados por el dolo o la culpa con que se ejecutó.

PRESUPUESTOS PROCESALES

Demanda en forma.

El desacierto en que se incurra al hacer la relación de los fundamentos de derecho que se invoquen, no configura inepta demanda.

*Corte Suprema de Justicia**Sala de Casación Civil*

Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

Bogotá, D. E., 26 de noviembre de 1986.

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 3 de julio de 1984, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario promovido por Mary Cielo Marín Penagos contra Alfredo Nicolás Chain Igha.

I. EL LITIGIO

1. Ante el Juzgado 23 Civil del Circuito de Bogotá, la citada demandante convocó a proceso ordinario de mayor cuantía a Alfredo Nicolás Chain Igha, para pedir que se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que el demandado quien, mediante un contrato de prestación de servicios profesionales, se obligó a practicarle una intervención quirúrgica en la cara denominada "Ridectomía" o "Ritidectomía", una "Rinoñastía" y corrección de las bolsas parpebrales superiores, "con el propósito de embellecerla y realizar un estiramiento facial para disminuir las flacideces de los tejidos", "cumplió parcialmente" dicho contrato, puesto que en cambio de mejorar su fisonomía le causó daños y perjuicios gravísimos en su salud física, psico-moral y estética.

b) Que éstos se debieron a la negligencia, imprudencia, culpa grave e irresponsabilidad con que obró el demandado, "que no se compaginan con la actividad profesional de un médico esteta".

c) Que, en consecuencia, debe indemnizar a la actora por los daños descritos en los hechos expuestos en la demanda, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que así lo ordene, y cuya cuantía determina así: "Un millón de pesos (\$ 1.000.000.00) por haber 'cumplido en forma parcial' el contrato pactado con ella y por haber causado los daños ya dichos. b) Un millón de pesos (\$ 1.000.000.00) por los daños causados en su salud estética y por la omisión de embellecerla. c) Doseientos mil pesos (\$ 200.000.00) por los daños morales y quinientos mil pesos (\$ 500.000.00) por los daños o perjuicios de carácter económico causados a la demandante o el valor que el señor Juez determine".

d) Que se condene en costas al demandado.

2. Los hechos en que se fundamenta el *petitum* en seguida se sintetizan:

a) El 20 de octubre de 1975 Mary Cielo Marín Penagos y Alfredo Nicolás Chain Igha celebraron un contrato de prestación de servicios profesionales, mediante el cual éste se obligó con aquélla a practicarle en el rostro la intervención quirúrgica antes referida.

b) En el lenguaje empírico o vulgar dicha intervención consistía en: “a) Suprimir las arrugas de las bolsas que aparecen debajo de los párpados, denominados ‘pategallinas’. b) Suprimir los pliegues que van de las alas de la nariz a los labios. c) Levantar las comisuras de los labios. d) Levantar la nariz. e) En general suprimir todas las arrugas faciales dando al rostro expresión de juventud y alegría”.

c) Los honorarios pactados por la intervención fueron de setenta mil pesos (\$ 70.000.00).

d) El demandado, que es, según su decir, especializado en cirugía plástica o estética intervino a la demandante el 18 de septiembre de 1975, con estos resultados nocivos: “cicatrices de consideración en la región preauricular, endurecimientos en la misma región preauricular y temporal, endurecimiento de todas las superficies de las mejillas; disminución de la sensibilidad de la hemicara izquierda, hipertrofia del coneto derecho, desvío y torcedura de los tabiques nasales y debajo del puente de los conetes”. Por lo tanto, “incumplió parcialmente” sus obligaciones pues en cambio de embellecer a su paciente la desmejoró.

e) En el interrogatorio de 20 de octubre de 1977 el demandado confesó algunos de los hechos afirmados y faltó a la verdad cuando manifestó que la actora en el preoperatorio “le había llevado los exámenes de cuadro hemático, coagulación y sangría, grupo sanguíneo y orina”.

f) El profesional actuó con negligencia y descuido, puesto que se abstuvo de preparar a la demandante antes de intervenirla quirúrgicamente, de levantar su historia clínica, de practicar u ordenar los exámenes mencionados, de estudiar sus tejidos para prever su cicatrización y de estudiar los aspectos estéticos de la misma. “Realizó la intervención... a la buena de Dios”. Tampoco se preocupó durante el período post-operatorio “y a duras penas se limitó a formularle calmantes”.

g) A las quejas de la actora por el mal resultado de la intervención, se limitó el demandado a darle buenos consejos y recomendarle paciencia, como en las cartas de 20 de noviembre de 1975 y 20 de febrero de 1976, y a recomendarle masajes y pomadas. Le prometió además una rectificación quirúrgica de las heridas en los dos años siguientes a la intervención, pero no lo hizo ni ha hecho lo posible por hacerlo después de corrido el término referido.

h) Hace aproximadamente un año y en vista de que los daños permanecían, acudió la demandante ante el profesional para pedirle que la librara de sus males, pero éste no la atendió.

i) Además de los perjuicios causados en la salud física, ha sufrido la misma, grave daño psico-moral, pues permanece en estado depresivo y angustioso, lo cual le ha generado una neurosis permanente. Por la misma razón, se le ha disminuido su capacidad de trabajo con el consiguiente perjuicio económico, aumentado por la necesidad de acudir a otros médicos y de regresar de los Estados Unidos luego de romper las relaciones laborales que le eran tan benéficas en ese país.

3. En su contestación al libelo el demandado se opuso a las pretensiones de la actora y en cuanto a los hechos negó la mayor parte, aclarando que la intervención quirúrgica no pretendía corregir “las pategallinas” o

arrugas que se forman detrás de los ojos a los lados de la cara, sino las bolsas parpebrales debajo de los párpados, agregando que “los pliegues que van de las alas de la nariz a los labios no pueden suprimirse con ninguna clase de cirugía estética y tan solo se pueden disminuir”, pues su supresión daría al rostro una dimensión monstruosa, con la rinoplastia —continúa diciendo—, no se pretende únicamente “levantar la nariz”, pues depende de la clase de defecto estético que padezca la paciente... “Por lo demás, no se pueden suprimir todas las arrugas con la cirugía, sino disminuirlas. Afirma, de otra parte, que en dicha intervención ‘no se tocan los cornetes ni se altera el tabique’, cuya operación se llama ‘Septoplastia’, luego las deficiencias que en ellos presente la demandante tienen otra causa”.

Respecto de los honorarios pactados, expresa que aquélla aún le adeuda la suma de \$ 50.000.00.

Propone como excepción de mérito la “carencia de acción”, con base en que no procede la resolución del contrato cuando ambos contratantes han faltado al cumplimiento de sus respectivas obligaciones, como es el caso de la demandante en relación con el pago de honorarios al demandado.

4. En virtud de que las excepciones previas de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales y de indebida acumulación de pretensiones, propuestas, por el demandado con base en que la actora no indicó si la indemnización de perjuicios que pretendía era consecuencia de la petición de cumplimiento del contrato incumplido o de su resolución, prosperaron, la demandante adicionó su demanda aclarando que la acción incoada no era la indemnizatoria fundada en el artículo 1546 *ibidem*, ya que se trataba de un contrato cumplido negligente e irresponsablemente, imposible de ser resuelto dada su naturaleza.

5. Mediante escrito de 28 de septiembre de 1979, Alfredo Nicolás Chain Igha presentó demanda de reconvencción, con el fin de que se declarase que él cumplió “el contrato de prestación de servicios profesionales” celebrado con la reconvenida el 18 de septiembre de 1979, al realizarle unas intervenciones quirúrgicas denominadas “Ritidectomía”, “Rinoplastia” y supresión de las bolsas parpebrales en su persona; que del precio acordado por sus servicios en setenta mil pesos (\$ 70.000.00) moneda corriente, sólo ha recibido veinte mil pesos (\$ 20.000.00) moneda corriente, hasta ahora de la demandada en reconvencción y que, por tanto, debe cubrirle el saldo dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia en que así se ordene, y finalmente que se le condene en costas.

Los hechos en que el demandante acude en reconvencción son los mismos del *petitum* de la demanda, agregando que en la demanda principal el apoderado de la parte actora Martín Penagos confesó la celebración del contrato en el hecho primero, el precio estipulado en el tercero y la ejecución del contrato de su parte en el quinto, confesión que es válida y obliga a la poderdante en virtud de lo dispuesto por el artículo 197 del Código de Procedimiento Civil. Agrega que la demandante principal sólo ha probado haber pagado al respectivo demandado, la suma de veinte mil pesos moneda corriente, con el recibo expedido por éste y acompañado a la demanda. En consecuencia, debe cancelarle el saldo de cincuenta mil pesos moneda corriente.

En su contestación, la demandada en reconvención acepta unos hechos y niega otros al manifestar que pagó toda la cantidad convenida al demandante y que no le debe los cincuenta mil pesos moneda corriente.

Propuso además como previas las excepciones de incompetencia y prescripción: fundamentó la primera en que las obligaciones que surjan de los “contratos de prestación de servicios” son de carácter laboral, y, por tanto, la reclamación sobre la suma de dinero que pueda deberle al demandante en reconvención por concepto de los servicios médicos recibidos, debe ser ventilada por la vía ordinaria de la jurisdicción laboral y no por la civil.

En cuanto a la prescripción se indica que los honorarios de los médicos, causados por servicios profesionales, prescriben en tres años en virtud de lo dispuesto por el artículo 2542 del Código Civil y que, en consecuencia, en el evento de deberle algo, tal obligación estaría prescrita ya que el contrato fue suscrito en septiembre de 1975 y la demanda de reconvención fue presentada el 28 de septiembre de 1979.

Como quiera que el *a quo* encontró fundadas las excepciones propuestas por la parte reconvénida, resolvió el incidente declarándolas probadas.

Tramitado el proceso en la primera instancia, con la práctica de las pruebas aducidas por las partes, el Juzgado del conocimiento le puso fin con sentencia de 14 de febrero de 1983, en que negó las súplicas de la demanda y condenó en costas a la parte actora.

6. Para resolver la apelación impetrada por la demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante providencia de 3 de julio de 1984, revocó la decisión del inferior y en su lugar dispuso:

“2º DECLÁRESE que el demandado doctor Alfredo Chain Igha, mayor y vecino de esta ciudad, es civilmente responsable por incumplimiento parcial de sus obligaciones contractuales, en la intervención quirúrgica que realizó en la persona de la señorita demandante Mary Cielo Marín Penagos, al practicarle la cirugía plástica ‘Ridectomía o Ritidectomía’, el ocho (8) de septiembre de mil novecientos setenta y cinco (1975) en esta ciudad.

“3º CONDÉNASE en consecuencia, al mencionado demandado... a indemnizar *in genere*, los perjuicios de todo orden que le haya causado a la demandante... en la cuantía que se señale por el procedimiento del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, teniendo en cuenta las bases dadas para tal fin en la parte motiva de esta providencia; y cuyo pago le hará dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de la liquidación correspondiente.

“4º CONDÉNASE al demandado al pago de las costas generales del proceso. TÁSENSE.

“5º Sin costas el recurso, en virtud del éxito logrado...”.

II. MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. Con un extenso relato de los antecedentes del proceso, en el que incluye además del *petitum* y la *causa petendi* de la demanda, la motiva-

ción de la sentencia de primer grado y los alegatos de los contendientes en la apelación incoada por la demandante, inicia el Tribunal su fallo, para luego entrar al estudio del recurso en el que observa, primero, que se reunieron los presupuestos materiales o condiciones de la pretensión, previa consideración sobre las normas legales que regulan la responsabilidad civil contractual y extracontractual y la graduación de la culpa, según el beneficio que se derive del contrato para el acreedor y el deudor, afirma que en el caso *sub lite* la naturaleza y modalidades de la convención que debía cumplirse, a pesar de implicar ejercicios pre y post-operatorios, “relieva una obligación de resultado, realizada como tal con un solo acto médico-quirúrgico”.

2. Expresa a continuación, que dicha convención, aunque referente a la prestación de servicios profesionales, por su naturaleza no es una simple prestación de servicios que encaje en las normas de los capítulos VII y VII (sic) del Título 26 del libro 4º del Código Civil para la mera confección de obra, “dada la diferencia de ejecución de uno y otra; sino entre las resultantes de la coordinación literal y objetiva de los textos de los... artículos 63 y 1604, unidos a las demás reglas que constitucional y legalmente norman las relaciones patrimoniales de los asociados”.

3. Tal es la normativa que tutela sustancialmente los derechos de las partes en la precitada convención, dice el *ad quem*, ya que ésta asume los requisitos del artículo 1502 del Código Civil y el valor que el artículo 1602 reconoce al pacto legalmente celebrado por aquéllas, invalidable solamente por el mutuo consentimiento de los contratantes o por causas legales, como también se desprende del mismo precepto y del artículo 1625 *ibidem*.

4. Se refiere luego a las excepciones previas, cuya decisión sólo vinculó al Juzgado respecto de la declaración de incompetencia para el juzgamiento y solución de dos de sus pretensiones, “y, por lo mismo del pronunciamiento sobre la prescripción extintiva, porque, precisamente, el proferimiento favorable a la incompetencia, le hizo intocable la defensa dicha, como utilizable únicamente frente al ejercicio de la acción a la cual se opone, y en el evento postulable exclusivamente ante la justicia laboral. Y como ese incompetente pronunciamiento no puede prevalecer, debe dejarse a salvo el derecho agraviado, entre los ordenamientos de este fallo”.

5. Con la declaración extra proceso rendida ante el Juzgado 20 Civil Municipal de Bogotá el 21 de octubre de 1977 por el demandado, encuentra el Tribunal demostrado que el objeto del contrato era el de corregir las imperfecciones de la nariz que presentaba la demandante, de la boca, de las mejillas y de la parte anterior de las orejas, ya que los artículos 175, 194, 195, 208 y 294 del Código de Procedimiento Civil “confieren a una respuesta como la mencionada la calidad de plena prueba pues le dan el carácter de confesión judicial”. Sin embargo, el propósito de que la intervenida quedara con apariencias “de juventud y alegría” no pudo establecerse en la misma forma, por cuanto el interrogado no estuvo de acuerdo cuando con la pregunta se le imputó que en lugar de embellecerla le produjo fealdad y desagrado faciales.

6. La ejecución de la cirugía contratada está reconocida por la demandante, “como parcialmente cumplida por el demandado”, ya que éste

por su negligencia, imprudencia y descuido, tanto en el período pre-operatorio como en el posterior a la intervención, le causó grave daño. También con la historia clínica de la paciente se demostró dicha ejecución.

7. Respecto de la capacidad profesional del mismo demandado, manifiesta el juzgador, que al ser preguntado en el interrogatorio precitado sobre la causa de los nocivos resultados de la intervención, no indicó la entidad que lo graduó ni el número de su registro médico, ni tampoco su antigüedad, habiendo sido los peritos quienes informaron sobre su grado en la Argentina y su inscripción en el país, por haber encontrado los respectivos documentos en los archivos de aquél, los que por no haber sido aportados al proceso dejaron sin respaldo técnico y científico la intervención; sin embargo, “por tratarse de un facultativo ampliamente conocido, se aceptó”.

8. Aunque en el tiempo transcurrido entre la fecha de la primera consulta y concertación del acuerdo, 27 de agosto de 1975, y la de la intervención quirúrgica en la Clínica San Diego, el 8 de septiembre siguiente, ha debido prepararse la paciente con la práctica de los acostumbrados exámenes constitutivos del cuadro hemático, determinante de la factibilidad de dicha cirugía, y no se realizó dicha preparación, dice el *ad quem*, porque como puede observarse: 1) ni se trajo al proceso ni se procuró la prueba de inmediación que lo hubiera hallado en la referida clínica; 2) en la copia de la historia clínica, en que consta la intervención y la estadía de la demandante en los días 8 y 10 de septiembre de 1975, día de salida “con evolución satisfactoria del post-operatorio”, no aparece tal examen ni se da cuenta de su existencia, no obstante que el demandado dice que la paciente le llevó *por su cuenta* exámenes “de cuadro hemático, coagulación y sangre, grupo sanguíneo y orina”, pues él no los ordenó; 3) *aunque los peritos aluden a dichos exámenes y los toman como base de su concepto, no informan dónde los consultaron*; 4) no consta que el demandado hubiera advertido a la paciente de cómo iba a ser su salud después de la intervención, para que ella no se quejara ni se intranquilizara por la ocurrencia de las subsiguientes dolencias; sobre este aspecto sólo se tiene la afirmación del médico, dice el fallador; 5) tampoco le advirtió sobre el tiempo que debía durar el período post-operatorio, “con cuya conclusión alcanzara los propósitos de su contrato”; 6) no ubicó el doctor Chain a su paciente, señorita Marín Penagos en la sede de su ejercicio profesional, siendo trascendental en la clase de operación practicada; de *resultado prolongado*, la vigilancia de su evolución y el cuidado médico; no está demostrado que ella hubiera desatendido tal exigencia, pues dos meses después, el 11 de noviembre del año citado, ya se encontraba en Estados Unidos; 7) no aparece demostrado que el médico le hubiera dado instrucciones a la actora o las hubiera dejado consignadas en su historia clínica para que ella las conociera, ni que se las hubiera dado al salir del país, sobre el tratamiento a seguir después de la intervención. Incurrió, por tanto, el doctor Chain en culpa por negligencia y descuido, y en imprudencia al confiar que nada pasaría.

9. Si lo anterior, afirma el Tribunal, “podría conducir por sí solo a la imputación de una culpa leve, primordialmente por la imprudencia, pudiéndose agravar la culpa con las demás circunstancias post-operatorio-

rias...”, los hechos que a continuación se señalan permiten determinar la agravación de la culpa por los daños irrogados por el demandado a la demandante:

a) La doctora Ana Isabel Muñoz de Pinilla, médica auxiliar de la justicia, quien, presentó su registro profesional fuera de proceso, siendo esta calidad un indicio, suministra información importante sobre los hechos con la confirmación de un profesional de medicina interna, como ésta: que al examinar a la demandante le halló mediante palpación directa, “dolores en el cuero cabelludo del hemicráneo izquierdo; en la hemicara izquierda, más intensos desde el pómulo derecho a región auricular izquierdo, con limitaciones de rotación hacia la derecha de cabeza (sic); y en el hemicuello, más intenso hacia la región auricular izquierda y también por ligera desviación del tabique nasal hacia la derecha”.

b) El profesional Juan José Navia Velasco, cuya confirmación pidió la anterior, siendo ésta también un indicio para efectos probatorios, del reconocimiento personal que hizo a la demandante el 3 de octubre de 1977, dos años después de la mencionada cirugía, manifestó: “‘en la actualidad se queja de dolor en la hemicara izquierda en forma permanente y especialmente al tratar de voltear la cara y acompañado de sensación de tirantez’; que relata ‘epistaxis de la fosa nasal derecha... infecciones en el mismo lado’ y la halló lúcida, en buen estado nutricional; en la cara ‘no se aprecia desviación de ésta, sólo una cicatriz con presencia de queloides en regiones pre-hipertroauriculares... disminución muy ligera de la sensibilidad de hemicara izquierda, hipertrofia del cornete derecho y una pequeña erosión de mucosa nasal del mismo lado...’”.

c) Dirigió la intervenida el 11 de noviembre de 1975 desde Cambridge, Estados Unidos, una carta al demandado, para informarle que su estado de salud después de la cirugía no había mejorado: que la hinchazón de detrás de la oreja persistía; que los turupes de detrás de la oreja derecha estaban muy duros, lo que hacía pensar la necesidad de romperlos; que salieron vejigas de pus en la parte de arriba y como le punzaban tuvo que acudir donde un médico que se las trató con antibióticos, pero que como el turupe sigue mal y ha tomado un color morado, le pide que le diga si puede esperar a su regreso para que él mismo la atienda o si entonces sería muy tarde. Le pide también que le formule algo para disolverlo. Respecto del turupe de la otra oreja dice estar mejor, pero no la siente y también la mejilla “está muy dura y turupada” especialmente debajo del lóbulo. Por último, le pide que le diga lo que debe hacer y “‘que le perdone que le hubiera salido tan mala paciente, pues *ni ella misma sabía qué problemas se le iban a presentar*’, que está ‘muy triste’ de ver que ‘no se mejora’, que su estado la está ‘achicopaland’”.

d) Respondió el demandado la carta anterior con la suya del 20 de noviembre del mismo año, diciéndole que no se “achicopale”, “‘pues ‘desafortunadamente la reacción de su organismo no le ayudó’ para el buen post-operatorio que ‘esperaba’, pero que ninguno de los malestares que le cuenta son graves y desaparecerán con un poco de tiempo y su cooperación;...’”. Le recomienda tres masajes diarios y el uso de una pomada y le ruega que en dos meses le informe los resultados.

e) El 31 de enero de 1976 la paciente le escribe al médico, comunicándole que está mejor del lado derecho pero que el izquierdo sigue mal, pues

está hinchado aún, la mejilla tiene áreas duras y cuando se voltea a la derecha parece que la tiraran con cables hacia el otro lado y no se puede tocar la oreja pues cuando lo hace parece que le clavaran alfileres por toda la mejilla. Además le informa que el médico de Cambridge opina que son los nervios de ese lado; que el turupe de la izquierda había bajado más que el de la derecha; que las heridas cerraron y sólo quedan las cicatrices; que en junio vendrá para que le rebane los turupes mencionados, que acudió al médico de la familia “que en principio se asustó de su estado, pero que se habituó a vérselo”, que le diga qué debe seguir haciendo “y le perdone ‘se queje tanto’ teniendo que hacerlo ante el único que conoce su situación...”.

f) El 27 de febrero de 1976 dio respuesta al doctor Chain a la misiva anterior, expresando a la demandante que lo tranquilizaban los resultados de la aplicación de la crema Cordrian de 25 mgms; que continuara el tratamiento hasta que pudiera venir al país, “en cuya ocasión le solucionara” el problema quirúrgicamente, si es del caso, que las durezas... no son consecuencia de nada relacionado con los nervios faciales; que “como se le hizo luego de la intervención *un gran hematoma por un vaso sangrante*, éste no se absorbió rápidamente y acumulada la sangre debajo de la piel, ha formado esas durezas difíciles de desaparecer”. Anota el *ad quem* que el demandado reconoció la autenticidad de las cartas descritas.

g) La demandante, quien también reconoció la autenticidad de sus cartas, manifestó en su declaración de parte que Chain solamente le practicó la intervención del 8 de septiembre de 1975, pues hasta el año 1977 volvió donde él encubriendo sus hinchazones con pañueletas y que fue entonces cuando le dijo: “‘Mery, las cosas no salieron como queríamos que hubieran resultado; hay que intervenirla de nuevo y voy a buscar un médico para que la opere de nuevo’; pero no volvió a decirle nada y ella siguió ‘sufriendo con el tabique torcido... obstrucción nasal, y que ninguna preparación preoperatoria le practicó’”, hasta la fecha de este interrogatorio el 12 de noviembre de 1981.

10. De los documentos anteriores deduce el Tribunal “el incumplimiento parcial” del demandado de sus obligaciones contractuales, “ya que se limitó a la exclusiva cirugía determinada por una intervención momentánea más o menos restringida a la técnica, con abandono anterior de lo que debía preceder a la operación y descuido completo de lo que posteriormente le imponía la naturaleza de la intervención, extendiéndola a prolongados sufrimientos físicos de la operada, dedicándose a pedirle paciencia y aconsejándole la aplicación de una untura, y solamente por exigencia de la paciente y en momento alguno por iniciativa suya”.

11. Pasa luego el fallador a comentar apartes del peritazgo rendido por los doctores Jaime A. Fernández y Luis A. Angel, como resultado del reconocimiento que hicieron a la demandante los días 21 y 24 de agosto de 1981, del cual destaca las consecuencias siguientes de la intervención a que aquélla fue sometida:

a) Que las cicatrices localizadas en las regiones preauriculares, “en realidad no son llamativas ni tienen características hipertróficas y menos aún quelidianas, las cuales harían muy notorias’ sin serlo actualmente”, aunque sí existen.

b) Que el endurecimiento de la región preauricular y temporal es consecuencia inevitable en sitios donde la cicatrización ha sido prolongada y difícil.

c) Que no es cierto que toda la superficie de las mejillas se halle endurecida “y sólo es posible encontrar el examen cuidadoso dos *pequeñas formaciones fibronodulares móviles*, no dolorosas en la región media entre el mentón y la rama ascendente del maxilar inferior, una a cada lado de 0.5 cms. de diámetro, que no son visibles aunque sí palpables”.

d) Que no existe alteración en la sensibilidad de la cara al examen practicado por ellos.

e) Que “la *hipertrofia leve* del cornete inferior derecho y la *desviación mínima* del tabique no pueden ser debidos a la intervención, ... por cuanto estas estructuras están en la técnica existente para la Rinoplastia y la Ritidectomía” y que su hallazgo sólo puede atribuirse a un examen intencionado en el post-operatorio, entendiéndose por tal el examen físico con énfasis en ciertas características, órganos y regiones corporales.

f) Que “la *presencia de erociones en la mucosa nasal* no corresponden (sic) ... al hallazgo actual...; son usualmente de origen traumático y/o inflamación secundaria (rinitis), ya sea de mecanismo alérgico o de invasión por microorganismos... y que la presencia de recidivas no tiene relación de causa a efecto con la intervención quirúrgica practicada”.

Finalmente, que “tampoco es posible demostrar actualmente ningún signo de rinitis ni de obstrucción nasal ni mucho menos que obligue a la paciente a mantener respiración bucal, como afirma”.

12. En la continuación del análisis del experticio, dice el Tribunal, que en el punto 7º los peritos manifiestan la imposibilidad de determinar si las imperfecciones actuales de la paciente no existían antes de la intervención, ya que no se tomaron fotografías, aunque no eran necesarias; en el 8º que los cargos de negligencia y descuido que la demandante le hace al médico demandado, los desmiente “‘la habilidad, pericia e idoneidad profesional’ que se advierte en la cirugía empleada en la operación de las bolsas parpebrales, porque en cuanto a ‘la complicación que presentó la paciente en el post-operatorio inmediato, es parte de los riesgos que conlleva cualquier procedimiento quirúrgico’ y puede presentarse aún con pacientes preparados con todas las pruebas de coagulación”; “y que según el demandado y la paciente, a ésta le estuvo practicando aquél, diariamente y durante veinte días ‘las debidas curaciones y drenaje del hematoma... hasta que él mismo consideró necesario’”. En el punto 9º dicen que las cicatrices en las regiones preauriculares, “no son suficientes a exteriorizar ‘la fealdad’ que dice la demandante haberle quedado”; en el punto 11 que no existen exámenes preoperatorios de un laboratorio, ni en la Clínica San Diego, ni donde el doctor Chain, “pues según la paciente fueron retirados para llevárselos a una enfermera pariente suya, aunque, además esos exámenes de rutina han sido dejados desde hace varios años, a punto de ser más perjudiciales que necesarios por su costo”; en el punto 12 que no se puede afirmar que la intervención fue realizada por el demandado “a la buena de Dios”, como se le imputa, “porque le hallaron una tarjeta con anotaciones sobre la consulta y exigencia de exámenes previos...”, y porque la paciente no necesitaba de “‘lo que es indispensable en quienes tienen

antecedentes quirúrgicos de mala coagulación o predisposición' a mala cicatrización con formación de queloides o cicatrices hipertróficas, o infecciones por ingestión de ciertas drogas, de lo cual no estaba aquejada la demandante"; en el 13, que por lo dicho en el numeral 8º, "la actora no podía quejarse de desatención post-operatoria; en el 14 que "el operado con cirugía estética no puede recuperarse sino pasado un año, que es el de la cicatrización; en los puntos 15 y 16 que la demandante les dijo que el doctor Chain le había ofrecido practicarle una nueva intervención, pero que ella no aceptó, ni tampoco que lo hiciera otro médico, "por haberle perdido la confianza al doctor Chain y a la cirugía plástica"; en el 17 que las cicatrices preauriculares y las dos nudosidades "no son secuelas de la intervención, ya sean 'permanentes o decadentes' "; en el punto 18 dicen los peritos que las cicatrices que menciona la paciente "no son tan profundas como dice y por lo demás, no existe ninguna técnica que elimine la producción de cicatrices una vez que se haya producido una solución de continuidad, ya sea con fines terapéuticos, estéticos u otros"; en el 20 afirman que no es cierto que la demandante haya perdido su capacidad de trabajo, por cuanto regresó a los Estados Unidos una vez que se recuperó y entonces allí estuvo trabajando; y que esa capacidad está fundada en que "sus daños 'no son secuelas de la intervención sino las manifestaciones de una personalidad neurótica', resumiendo finalmente que 'los perjuicios en la salud física, de carácter estético, daño o trauma síquico moral y de carácter económico, no corresponden a la realidad' ".

13. Completado así el conocimiento fáctico de la relación procesal, no encuentra el Tribunal en la conclusión a que de la misma llegó el *a quo* para exculpar al demandado de todo cargo, nada diferente de la intervención quirúrgica practicada por aquél el 8 de septiembre de 1975, a la demandante, y de las consecuencias descritas sufridas por ésta, sin que los motivos de riesgo de tal intervención, los conceptos sobre la personalidad del doctor Chain y la preexistencia de exámenes preliminares y cuidados post-operatorios tengan los fundamentos exigidos por el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil, puesto que sobre dichos aspectos se contradicen las partes, como se vio en la correspondencia cruzada entre ellas, donde la actora expone su situación y el demandado la acepta; "así sea porque las cosas no salieron como las pensaba...". Por tanto, dice el *ad quem*, "se mantiene el concepto de culpa a cargo del demandado, con consecuencias indemnizatorias, al menos en una gran parte del largo interrogno entre la operación y el postrero examen médico-pericial".

A tal conclusión llega el Tribunal, luego de disenter de la jurisprudencia expuesta por la Corte en 1938 y seguida por el *a quo* ante la escasa literatura jurídica sobre la responsabilidad médica, en cuanto aquélla, basada en la doctrina francesa, "encontró decisiones y doctrinas que superan el concepto de la mera responsabilidad profesional teniéndola por insusceptible de culpa, para aceptar la culpa del médico dentro de la preceptiva general de la *responsabilidad civil contractual*".

Al efecto transcribe apartes de la jurisprudencia sentada en el fallo de 5 de marzo de 1940, previa aceptación de que la intervención quirúrgica de *correcciones estéticas es de resultado*, para concretar luego que, según aquélla, esta Corporación entendió que cuando la divergencia entre el médico y su paciente se refiere a una cuestión "científicamente discutible",

no podría deducirse culpa alguna; y para que otra lo fuera tendría que derivarse de la intervención descuidada y negligente del médico, “sin sacarla del concepto de gravedad”. 14. Continúa el Tribunal su análisis de los conceptos sobre la responsabilidad médica en que apoya su decisión, citando a los hermanos Henry y León Mazeaud para quienes resulta inaceptable la tesis diferencial de los autores que sostienen que el profesional médico es sólo responsable de la culpa lata, puesto que el mismo está subordinado al derecho común y, en consecuencia, dicen: “En todo caso la Corte de Casación no ha admitido *nunca* la posibilidad de absolver a un médico autor de la *culpa leve*;...” en cuyo caso la sanción procede “simplemente, por un deber en pugna con las ‘reglas generales de buen sentido y prudencia a las cuales hay que ajustarse *ante todo* en el ejercicio de toda profesión’”. Es decir, que según los tratadistas en mención la responsabilidad de los médicos obedece a las reglas generales, por manera que si el juez encuentra probada una culpa cometida por aquellos profesionales, “‘sea cual sea la naturaleza de la culpa; profesional o no; *sea cual fuere su gravedad, leve o lata*, debe obligarle al autor de esa culpa, a reparar las consecuencias de la misma...’”.

Más adelante, para reforzar su desacuerdo acerca de la gravedad de la intervención médica, como única, el *ad quem* se refiere a la jurisprudencia de la Corte para plantear que ésta, desde antes del citado fallo de 1940, “había generalizado e indiscriminado la culpa contractual, eminentemente de las obligaciones de resultado...”, como aparece en el fallo de 7 de junio de 1951, basado en doctrinas precedentes.

Luego de citar otra jurisprudencia de 1983 y la opinión del doctor Alfredo Cardona Hernández en su tesis “La Responsabilidad Médica ante la Ley”, concreta el Tribunal su criterio sobre la indistinción y preceptiva de la responsabilidad de cualquier grado en la intervención médico-quirúrgica, en especial cuando la obligación es de resultado, “háyase pactado no como tal”, para sostener que “ante la obligatoria e indeclinable observancia para el profesional, de las normas contenidas en los artículos 1602, 1603 y 1618 del Código Civil, conducentes a tener como integrantes de la operación de corrección estética los respectivos preoperatorios y post-operatorios, el doctor... Chain Igha incurrió en culpa civil indemnizable al practicarle incompletamente a... Mary Cielo Marín... la corrección de los defectos faciales a que se comprometió, sin que haga falta el agravante no comprobado sobre resultados de mayores defectos y fealdad, que se le imputaron”.

15. Agrega finalmente el juzgador, que en virtud de no haberse demostrado la cuantía de los perjuicios, se impone la condena *in genere* (artículo 307 del C. de P. C.), con indicación de los factores que deberán tenerse en cuenta, para determinar el monto de la indemnización, sin exceder, desde luego, la cuantía que se fijó en la demanda.

III. EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Once cargos se formulan contra la sentencia: Uno por la causal quinta, uno por la tercera, dos por la segunda y los restantes por la primera, los cuales serán estudiados y resueltos en el orden en que fueron propuestos.

Cargo primero.

1. Con apoyo en la causal 5ª del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil se acusa la sentencia por haberse incurrido en las nulidades consagradas en los numerales 1º y 4º del artículo 152 *ibidem*, en virtud de haberse adelantado el proceso ante una jurisdicción que no era la indicada y mediante un procedimiento distinto al que le era pertinente.

2. En desenvolvimiento de la censura, con base en los artículos 1º del Decreto 456 de 1956 y 2º del Decreto 931 de 1956 en consecuencia del precepto establecido en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, que asigna a la jurisdicción civil los asuntos no atribuidos a otra diferente, sostiene el recurrente que para el conocimiento de esta controversia la competente no es aquella sino la laboral, por cuanto ella se originó en un contrato de servicios profesionales privado celebrado entre las partes, como lo indica la actora en su demanda al reclamar indemnización de perjuicios y el demandante de reconvenición cuando pide se condene a su reconvenida al pago del saldo insoluto de los honorarios pactados por la intervención quirúrgica que le practicó.

3. Dicha situación, dice el censor, hace que sea la justicia laboral la llamada a resolver las pretensiones de las partes, especialmente por cuanto el demandante en reconvenición ejercitó su acción sobre reconocimiento de honorarios con base en el citado artículo 1º del Decreto 456 de 1956, la cual debe tramitarse por el procedimiento ordinario laboral ante el Juez del Trabajo, en virtud de la prórroga consagrada en el artículo 2º del Decreto 931 del mismo año, para la demanda de reconvenición que proponga el demandado en los procesos de que trata el referido artículo 1º, *cuando la acción o acciones que en ella se ejercitan provengan de una misma causa que las de la demanda principal*.

4. Luego de citar algunas jurisprudencias de la Corte y de reiterar sus afirmaciones anteriores, pide el censor se case el fallo y se decrete la nulidad de lo actuado, por no ser saneables ni el vicio a que se refiere la causal 1ª del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, por expresa disposición del artículo 156 *ibidem*, ni el de la causal 4ª, que consagra el principio constitucional del debido proceso.

SE CONSIDERA

1. Lo primero que se observa en este cargo es que el casacionista plantea una situación ya resuelta por el juzgado del conocimiento, al encontrar probada la excepción previa de "falta de competencia" propuesta por la demandada en reconvenición contra las pretensiones aducidas por el reconveniente, para reclamar el pago de honorarios que aquella presuntamente le debía por sus servicios profesionales.

En efecto, consideró la excepcionante que la materia presentada en la demanda de reconvenición no era propia de la jurisdicción civil sino de la laboral, por tratarse de una obligación originada en un contrato de prestación de servicios, alegación que al prosperar mediante auto que decidió el incidente y que no fue apelado, dejó en firme la exclusión del conoci-

miento de las prestaciones del demandante reconveniente, a las cuales el recurrente intenta ahora aplicar las disposiciones de los Decretos 456 y 931 de 1956, relativas a la competencia y al procedimiento cuando se trate de obtener el reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios de carácter privado.

2. De otra parte, cabe anotar que la demanda que dio lugar a este proceso corresponde a la acción indemnizatoria por los perjuicios que alega la demandante, para cuyo conocimiento es competente la jurisdicción civil y para cuyo trámite está indicado el procedimiento ordinario; ya que el artículo 1º del citado Decreto 456 establece la jurisdicción especial del trabajo para conocer “de los juicios sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios de carácter privado cualquiera que sea la relación jurídica o motivo que les haya dado origen...”, y el artículo 2º del Decreto 931 memorado se aplica a la demanda de reconvencción que proponga el demandado en los procesos ordinarios de que trata el referido artículo 1º, “cuando la acción o acciones que en ella se ejercitan provengan de una misma causa que las de la demanda principal”.

3. Ciertamente, en el sub lite, se trata de un asunto que cabe dentro de la competencia de la justicia ordinaria, porque no se está en presencia, como cuestión principal de una disputa sobre reconocimiento de honorarios médicos por la prestación de servicios profesionales, sino de una acción indemnizatoria derivada del modo como éstos se presentaron, según la demandante, en la ejecución de un contrato en que el demandado no obtuvo con su intervención el resultado que aquélla esperaba con la intervención quirúrgica de éste para mejorarla estéticamente en su fisonomía.

4. A propósito ha reiterado la Sala Laboral de la Corte, en varios pasajes jurisprudenciales:

“Basta leer el artículo 1º del Decreto 456 de 1956 para adquirir el convencimiento de que los servicios personales de carácter privado a que se refiere la norma pueden tener cualquiera causa jurídica, menos el contrato de trabajo. Los servicios personales que éste contempla son dependientes, los cuales tienen legislación propia tanto de derecho material como procesal, mientras que los del Decreto son servicios personales independientes o autónomos. Por consiguiente, no quedaron éstos sometidos a las leyes sustantivas del trabajo dependiente sino a las que le sean propias según la naturaleza de relación jurídica de que provengan”. (G. J. XCIII, 338).

“Puesto que el artículo 1º del Decreto 456 de 1956 regula lo atinente a la relación procesal en los juicios por servicios profesionales independientes, la relación jurídico-sustancial conforme a la cual debe decidirse el litigio, será la que en cada caso se establezca como causa de tal servicio. Así existen casos en que queda bajo las normas del Código Civil” (G. J. XCIV, 813).

“Acerca de la competencia de los jueces laborales para el reconocimiento y pago de honorarios y de otras retribuciones de servicios personales independientes, ella se predica, conforme a la letra de los Decretos 456 y 931 de 1956 y al espíritu que determinó esa regulación procesal, para los

servicios personales y únicamente para ellos, y no para precios ni bienes distintos; cuando en una determinada contratación concurren unos y otros, la justicia laboral sólo puede resolver sobre la materia que específicamente le ha sido atribuida, compitiéndole a la jurisdicción civil todo lo que sea extraño para aquélla, conforme a sus reglas sustanciales, procesales y jurisdiccionales". (G. J. CXLVIII).

Segundo cargo.

Con estribo en la causal 3ª del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, se impugna la sentencia por contener en su parte resolutive disposiciones contradictorias.

Para demostrar la acusación el censor se remite al numeral 2º de las decisiones del fallo recurrido, en que el Tribunal declara civilmente responsable al demandado "por incumplimiento parcial de sus obligaciones contractuales", admitiendo, por tanto, que cumplió unas y dejó de cumplir otras; pero luego, en el numeral 3º, lo condena para que indemnice a la demandante de los perjuicios de todo orden, "sin distinguir si dentro de esa condena se incluyen o no los denominados perjuicios indirectos, los cuales, como es sabido, no son indemnizables".

No puede sostenerse, agrega el recurrente, que las bases dadas en la parte motiva de la sentencia sean suficientes para determinar tales aspectos sobre las obligaciones y perjuicios, de donde concluye que las citadas declaraciones son contradictorias, imposibles de cumplir, ya que el juez que debe regular el *quantum* de la condena carece de competencia para resolver esos aspectos.

SE CONSIDERA

1. Ante todo, importa entender, según el desenvolvimiento de las consideraciones que en conjunto formula el sentenciador de segunda instancia que lo dicho por él no es propiamente que hubo "incumplimiento parcial" de las obligaciones por parte del demandado, sino que éste no prestó la debida atención profesional a la demandante en los períodos pre-operatorio y post-operatorio.

2. En lo que toca con la censura, es decir, que se configura la causal 3ª cuando la parte resolutive de la sentencia contiene resoluciones contradictorias, circunstancia que no se da en el *sub lite* pues la condena *in genere* que el Tribunal hizo es justamente la forma de dar a las partes la oportunidad para que su cuantía sea determinada cuando no fue demostrada dentro del proceso. Para el efecto establece el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil un procedimiento en que intervienen tanto la parte favorecida como la vencida, quienes tienen derecho de solicitar las pruebas en que se fundamenta la liquidación presentada por la primera y la aceptación o las objeciones que aduzca la segunda, para que el Juez apruebe de plano dicha liquidación o someta su decisión a lo que resulte de las pruebas en mención.

En consecuencia, el referido trámite servirá para fijar el monto de los perjuicios que el demandado haya causado a la demandante con su

intervención quirúrgica, teniendo en cuenta las bases dadas por el Tribunal en la parte motiva de la sentencia, como las pruebas que se aduzcan para que el juez tenga elementos de juicio para decidir. Será entonces cuando se evaluarán los perjuicios de todo orden a que se refiere el recurrente, considerando, como lo resolvió el Tribunal, que aquéllos resultaron de la defectuosa ejecución del contrato por parte del demandado, en virtud de su negligencia en la preparación de la demandante para la intervención quirúrgica que le practicó y en el tratamiento post-operatorio.

2. Conclúyese de lo anterior que el cargo es infundado, tanto porque en la parte motiva de la sentencia quedó establecida esa conducta desidiosa contractual del demandado, como porque la condena *in genere* abre la posibilidad de demostrar la cuantía de los perjuicios los cuales serán determinados con las bases que señaló el fallador.

3. Por último, es de notar que en el ataque se adentró el censor en la motivación de la sentencia y entonces la acusación debía haberse enfocado por la causal 1ª. Como así no se hizo, se incurrió en falla de técnica, por cuanto únicamente debía haberse examinado, en busca del éxito acusatorio, la parte resolutive.

Por lo tanto, el cargo es impróspero.

Tercer cargo.

En el ámbito de la causal segunda se formula este cargo, porque el Tribunal omitió decidir las pretensiones aducidas por el demandado en su demanda de reconvencción (Arts. 304 y 305 del Código de Procedimiento Civil), incurriendo por tanto en *minima petita*.

Fundamenta su aseveración en que nada se resolvió en el fallo impugnado sobre la petición de que se declarase la suma que la reconvenida adeudaba al demandado de los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios, celebrado entre ellos y reconocidos por confesión de la actora, tanto en la parte petitoria como en los hechos de la demanda. El Tribunal, dice el recurrente, ha debido pronunciarse en cuanto a la existencia de la deuda, "porque del hecho de que la justicia civil no sea la competente para conocer de litigios originados en contratos sobre prestación de servicios profesionales no se sigue que no se pueda reconocer la existencia de una deuda que tuvo ese origen...". Esto resulta más evidente si se tiene en cuenta que en la parte motiva del fallo recurrido, se sostuvo la incompetencia del *a quo* para declarar prescrita dicha obligación, de lo cual se sigue que tal determinación no vinculó al Juez ni a las partes, y, por tanto, ha debido reconocerse la existencia de la deuda y su parte insoluta.

Cuarto cargo.

De incongruente por *minima petita* se acusa la sentencia (causal 2ª del Art. 368 del C. de P. C.).

A intento de demostrar su reparo, transcribe el numeral 5º de la demanda principal en que la actora señala entre las indemnizaciones que

pretende obtener, “c) Doscientos mil pesos (\$ 200.000.00) por los daños morales y quinientos mil pesos (\$ 500.000.00) por los daños o perjuicios de carácter económico... o el valor que el señor juez determine”.

El Tribunal, a su vez, condenó al demandado a indemnizar *in genere*, los perjuicios de todo orden causados a la demandante en la cuantía que se fije por el procedimiento indicado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, teniendo en cuenta las bases dadas en la parte considerativa de la sentencia, sin exceder el monto señalado en la demanda.

En virtud de que los perjuicios morales subjetivos, no susceptibles de comprobación, deben ser estimados por el juez según su *arbitrium judicis*, afirma el censor, el *ad quem* ha debido resolver en concreto su monto o al menos señalar las bases para su liquidación; no haberlo hecho así implica una incongruencia en su fallo por *minima petita*. De admitir la forma como éste se redactó, habría que concluir que dichos perjuicios pueden regularse hasta la cantidad de \$ 200.000.00, suma que sobrepasa la que la Corte ha fijado para los casos más graves.

En cuanto a los perjuicios materiales, estimados por la demandante en \$ 500.000.00, ha debido el juzgador determinar la cantidad correspondiente al lucro cesante y al daño emergente, indicando al fallador que posteriormente fije la cuantía de la condena las bases para el efecto. De igual manera, ha debido limitar las cantidades hasta donde podía estimar los demás perjuicios por el incumplimiento parcial del contrato y por los daños estéticos causados a la demandante a que se refieren los literales a) y b) del *petitum* de la demanda, por cuya omisión el fallo es incongruente también.

Desde otro punto de vista, si lo dicho en la sentencia fue que no se excediese la suma de las cantidades pedidas en la demanda, la incongruencia sería por *ultra petita*, “porque habría condenado a más de lo pedido, habida cuenta que el actor limitó los ‘perjuicios de carácter económico’ a la suma de \$ 500.000.00, o ‘al valor que el señor Juez determine, entendido, claro está que hasta esa cuantía’”.

SE CONSIDERA

1. De acuerdo con la preceptiva legal contenida en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia debe estar en consonancia con las peticiones de la demanda y las que formulen las partes en las demás oportunidades procesales, y con las excepciones que se hayan propuesto y probado, por manera que cuando se deja de resolver alguno o algunos de esos dos extremos, se incurre en incongruencia.

Tal incongruencia, como se desprende de la misma disposición citada y como lo han sostenido la jurisprudencia de la Corte y la doctrina nacional, puede darse en tres formas: a) *ultrapetita*; b) *extrapetita* y c) *minima petita*.

Esta última que es una de las invocadas en el presente caso, tiene lugar cuando el juez omite decidir sobre alguna de las peticiones o excepciones

aducidas por las partes, y la primera de dichas formas, señalada también por el censor, se da cuando el fallo concede más de lo pedido.

2. En el tercero de los cargos, el recurrente hace consistir la incongruencia en que el *ad quem* no se pronunció sobre las pretensiones del demandante en reconvención respecto de los honorarios pactados con la reconvvenida y del saldo adeudado por esta misma, punto que por haber quedado resuelto en la primera instancia cuando el juez encontró probada la excepción de falta de competencia para conocer de él, ciertamente no tenía por qué decidir sobre la cuestión que no formaba parte de la *litis*, puesto que al decidirse sobre la excepción de competencia quedó por fuera de discusión.

3. En cuanto al cuarto cargo, en que el casacionista impugna la sentencia como incongruente, en virtud de no haberse fijado en ella el monto de los perjuicios morales, ni haber definido dentro de los materiales la parte correspondiente al lucro cesante y el daño emergente, se advierte que el Tribunal no condenó a suma determinada, sino en abstracto, quedando con la limitante indicada en la demanda, sin que eso signifique, de consiguiente, que la condena *in genere* tenga que coincidir con la suma reclamada por la actora, puesto que puede resultar inferior según la liquidación del incidente. (Art. 308 del C. de P. C.).

Por lo tanto, ninguno de los dos cargos que se despachan en conjunto está llamado a prosperar.

Quinto cargo.

1. En el ámbito de la causal primera se impugna la sentencia de violación directa de la ley sustancial, por falta de aplicación de los artículos 1546 y 1610 del Código Civil, 8º de la ley 153 de 1887 y 26 de la Constitución Política, y por indebida aplicación de los artículos 1604, 1619, 1613, 1614, 1615, 1616, 2341, 2356, 2144, 2155, 2187 y 2193 del Código Civil.

2. En desenvolvimiento de la censura, expresa el recurrente que el incumplimiento de obligaciones contractuales del demandado, en virtud del cual se le declaró civilmente responsable, hace necesario que se decrete la resolución del contrato o su terminación para que sea viable la condena a indemnizar los perjuicios, “pues ésta viene a sustituir el objeto del pago”. No se concibe, dice, que si se produce dicha condena, el deudor continúe legado al acreedor respecto de sus obligaciones, razón en que se apoya el artículo 1546 del Código Civil al consagrar las acciones alternativas para obtener el cumplimiento o la resolución del contrato, a favor de la parte cumplida.

3. Manifiesta el censor, en seguida, que por tratarse de que las obligaciones del demandado son de hacer, estima así mismo quebrantado el artículo 1610 *ibidem*, al cual, no obstante consagrar únicamente la mora del deudor para poder pedir la indemnización de perjuicios, en virtud de lo dispuesto por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, le son también aplicables las acciones de cumplimiento o resolución de los contratos a que se hizo referencia. El quebranto del artículo 26 de la Carta, dice luego, se

debe a que la garantía que establece se desconoció por cuanto los citados artículos del Código Civil tienen carácter de sustanciales.

Se refiere a continuación el casacionista a los casos en que según el artículo 1608 del Código Civil, el deudor está en mora, para afirmar que aun en estos eventos la indemnización de perjuicios sólo es viable cuando se ha declarado resuelto o terminado el contrato, pues de lo contrario subsistirían las obligaciones principales a pesar de la condena al pago de dichos perjuicios, más aún cuando ésta “se produce por los ‘de todo orden’, lo cual indica que comprende tantos los compensatorios como los moratorios. Y los primeros sustituyen el objeto mismo de la obligación”.

Para concluir su acusación, pide el recurrente se case la sentencia recurrida confirmando la del *a quo* y, en consecuencia, se absuelva al demandado.

SE CONSIDERA

1. Como se desprende de los hechos de la demanda, el objeto a cargo del demandado era la cirugía estética que el demandado practicó a la actora, en virtud del contrato de servicios profesionales pactado entre ellos, de donde se sigue que la obligación principal fue cumplida por aquél, no obstante la inconformidad de la intervenida por la defectuosa ejecución.

La indemnización de perjuicios a que el fallo del Tribunal condenó por haber encontrado civilmente responsable al médico, se derivó por la forma negligente o culposa, como se ejecutó el contrato, por lo cual el artículo 1546 del Código Civil no era aplicable para decretar la resolución o la terminación del mismo, ni tampoco el 1610 ibidem, consagrado para cuando la obligación es de hacer y el deudor se constituye en mora, confiriéndole al acreedor la facultad de exigir y asegurar el cumplimiento de aquélla.

Es presupuesto de la acción resolutoria de un contrato que éste no se haya cumplido y, por tanto, que estén vigentes las obligaciones a cargo del contratante demandado, pero si éste ya hubiere atendido el contrato, aunque imperfectamente, la acción indicada no puede ser la de resolución o terminación, efecto que opera por tal ocurrencia, sino la de indemnización por los perjuicios causados al demandante por el dolo o la culpa con que aquél lo ejecutó.

2. En el caso de que se trata, en que el demandado prestó el servicio de la intervención quirúrgica que le practicó a la demandante, no era procedente decretar la resolución o la terminación del contrato de prestación de servicios médicos a que se comprometió con aquélla, bien para suspender su ejecución en el estado en que se encontrara o bien para volver las cosas al estado pre-contractual, puesto que ya ejecutado, es el resultado de su cumplimiento imperfecto el que da lugar a la indemnización de perjuicios, que para el presente caso está constituido por las consecuencias nocivas que se dice dejó a la intervenida la cirugía plástica.

Si bien es cierto que el sentenciador condenó por “incumplimiento parcial de las obligaciones contractuales del deudor”, dada la naturaleza del contrato debe entenderse que ello se debe al resultado negativo de la

intervención y no a que hayan quedado obligaciones insatisfechas, respecto de las cuales debía decretarse la resolución judicial que echa de menos el recurrente. Así la condena a pagar los perjuicios "de todo orden", en manera alguna implica el rescancamiento de obligaciones principales que se dejaron de cumplir, ni mucho menos la indemnización moratoria, materia ajena a este debate, por cuanto no se trata de perjuicios ocasionados por la mora de lo debido, sino que, como atrás se dijo, fue la compensación por la ejecución defectuosa del contrato.

3. 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 4º del Código Civil, 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, de que hablan las disposiciones contenidas en el título XXXIV de los mismos libro y obra, algunos de los cuales estima el censor indebidamente aplicados en este cargo. Sin embargo, su apreciación no es ajustada a la realidad, pues si bien que en su parte motiva se hizo alusión a preceptos reguladores de esa clase de responsabilidad, no fueron los que sirvieron de fundamento para desatar la controversia, ya que como expresamente se dice, la normativa "que tutela sustancialmente los derechos de las partes en la convención traída a este debate judicial...", porque "asume los requisitos del artículo 1502 y las características de la ley que el pacto legalmente celebrado le atribuye el artículo 1602...", es la que resulta "de la coordinación literal y objetiva de los textos de los citados artículos 63 y 1604, unidos a las demás reglas que constitucional y legalmente norman las relaciones patrimoniales de los asociados".

No acierta tampoco el recurrente cuando ataca el fallo del Tribunal de haber quebrantado, por indebida aplicación, las normas que regulan la responsabilidad extracontractual en cuanto a la gradación de la culpa y la indemnización de perjuicios, puesto que como reiteradamente se ha expresado, este proceso se originó en el presunto defectuoso incumplimiento de un contrato por la conducta negligente del deudor al ejecutarlo.

4. Importa agregar a lo que se deja expuesto que el ataque no cabía ser enfilado por la vía directa, como lo hizo el censor, por cuanto ésta hace suponer que no existe objeción frente a los reparos que en el ámbito de la cuestión fáctica hubiera dado por establecida el fallador como consecuencia de la contemplación objetiva de los medios de convicción.

Así lo ha reiterado la Corte para concluir: "Corolario obligado de lo anterior es el de que, en la demostración de un cargo por violación directa, el recurrente no puede separarse de las conclusiones a que en la tarea del examen de los hechos haya llegado el Tribunal. En tal evento, la actividad dialéctica del impugnador tiene que realizarse necesaria y exclusivamente en torno a los textos legales sustanciales que considere no aplicados, o aplicados indebidamente, o erróneamente interpretados; pero en todo caso con absoluta prescindencia de cualquiera consideración que implique discrepancia con el juicio que el sentenciador haya hecho en relación con las pruebas". (CXLVI, 60 y 61). Además sentencias inéditas, entre las cuales, las del 11 de octubre de 1977 y 27 de febrero de 1978.

5. De otro lado entre las normas atacadas no trae a cuenta la censura, ninguna de aquéllas que reglan la prestación de servicios inmateriales reglados por el Código Civil. Entonces, fuera del yerro de técnica indicado en el punto anterior, se incurrió en el consistente en la falta de proposición jurídica completa. "Es que, como ha sostenido invariablemente la Corte, cuando la sentencia del Tribunal *ad quem* decide sobre una situación dependiente no de una sola norma, sino de varias que se combinan entre sí, la censura en casación para ser cabal, tiene que investir la forma de lo que la técnica llama 'proposición jurídica completa'. Lo cual se traduce en que si el recurrente no plantea tal proposición, señalando como violados todos los textos que su estructura exige, sino que se limita a hacer una indicación parcial de ellos, el ataque es vano". (Casación Civil del 16 de noviembre de 1967 y muchas otras). Por lo tanto el cargo es impróspero.

Sexto cargo.

Mediante éste se acusa la sentencia de violación indirecta de la ley sustancial, por indebida aplicación de los artículos 1546, 1604, 1609, 1610, 1613, 1614, 1615, 1616, 3441, 2356, 2155, 2187, 2193 y 26 de la Constitución Política, "acusable por estar incorporado en el Código Civil en virtud de lo dispuesto por el artículo 7º de la Ley 153 de 1887, y también el artículo 8º de la misma ley".

En desenvolvimiento de la censura, luego de recordar que el artículo 75, numeral 7º del Código de Procedimiento Civil, exige que la demanda contenga los fundamentos de derecho que se invoquen, dice el casacionista que el demandante en su libelo citó como tales los artículos 63 y concordantes del Código Civil y el 1496 *ibidem*, y el 2341 en la adición de la demanda, disposiciones que no corresponden al título XII del libro 4º de la obra citada referente a la responsabilidad contractual impetrada, razón por la cual el presupuesto procesal de demanda en forma no quedó satisfecho en el proceso y, por tanto, no era procedente dictar sentencia de mérito sino inhibitoria.

El haber ignorado tal omisión, condujo al Tribunal a incurrir en error de derecho en la interpretación de la demanda y, por ende, en la violación media del artículo 75-7 memorado, la que, a su vez, causó el quebranto indirecto de las normas sustanciales enunciadas en el encabezamiento de esta acusación.

Séptimo cargo.

Se dice que es indirectamente la sentencia violatoria de la ley sustancial, por indebida aplicación de los artículos 1515, 1516, 1602, 1604, 1609, 1610, 1613, 1614, 1615, 1616, 2341, 2356, 2155, 2187 y 2193 del Código Civil; 26 de la Constitución Política, en virtud de lo dispuesto por el artículo 7º de la Ley 153 de 1887 y también el 8º de esta misma ley, a consecuencia del error de hecho en que incurrió el Tribunal al interpretar la demanda y su adición.

Después de plantear los mismos argumentos esgrimidos en el cargo anterior respecto del quebranto del artículo 75-7, del Código de Procedi-

miento Civil, manifiesta el recurrente que de las disposiciones en que la actora fundamenta su demanda, ni el artículo 63 ni el 1496 del Código Civil, son normas sustanciales en cuanto contienen definiciones y que el 2341 *ibidem* es aplicable a las dos clases de responsabilidad, contractual y extracontractual, por lo cual no se invocaron debidamente los preceptos jurídicos correspondientes a la acción impetrada. Tampoco puede invocarse el citado artículo 2341 “y decir que la demanda se apoya en las demás disposiciones que con ella sean concordantes y aplicables...”, puesto que entonces el juez no puede saber a qué clase de responsabilidad se refiere el demandante. Y esto con mayor razón, porque en la demanda inicial se pide la condena del demandado por incumplimiento parcial del contrato y en la adición se dice que aquél sí lo había cumplido, pero con culpa e irresponsabilidad, hipótesis cuyas consecuencias son diferentes, ya que si se dejaron de cumplir obligaciones para la prosperidad de la acción es necesario que el deudor se constituya en mora, lo cual no ocurre en el segundo caso.

De otra parte, es evidente que en la adición a la demanda la actora sustituyó las peticiones del libelo introductorio del proceso, aspectos que tienen asidero en normas diferentes de responsabilidad contractual. “Si ninguna de ellas se citó, mal puede el *ad quem* elegir entre una y otra pretensión...”, pues entonces “su facultad no llega hasta el extremo de interpretar el *petitum* y la *causa petendi* cuando esta última se apoya en normas que contemplan supuestos de hecho diferentes, con efectos también diferentes, y que ninguna de ellas ha sido indicada...” en el libelo original ni en la adición, dice el casacionista, para luego concluir en que el Tribunal incurrió en error de hecho por no haber advertido que el presupuesto procesal de demanda en forma no se había cumplido.

SE CONSIDERA

1. Dentro de los presupuestos procesales necesarios para la debida constitución de la relación jurídico-procesal está la demanda en forma, como lo ha sostenido la Corte desde cuando, hace mucho tiempo, acogió la doctrina expuesta por el procesalista alemán Bülow, requisito fundamental para que el juzgador pueda pronunciar sentencia de mérito en las controversias que se le someten.

El artículo 75 del Código de Procedimiento Civil establece los requisitos que debe reunir la demanda para que se cumpla dicho presupuesto y el 85 *ibidem* consagra los motivos que dan lugar a su inadmisión o a su rechazo in limine. En el numeral 1º dice que es inadmisibile la que no reúne los requisitos legales, entre los cuales están los fundamentos de derecho en que el demandante apoya su pretensión y que estima aplicables a los hechos que aduce como base de aquélla. Pero como es el juez quien debe interpretar el *petitum* de la demanda y su *causa petendi* para resolver el litigio a la luz del derecho, cuando el actor se ha equivocado al indicar dichos fundamentos o ha omitido citar algunos, no habrá lugar a rechazar la pretensión si ésta además de ser precisa y clara, en los términos del numeral 5º del precitado artículo 75, tiene asidero en las pruebas presentadas para demostrar los hechos. El que demanda no es entonces quien decide cuáles son las

normas aplicables al caso debatido, sino el juez en virtud del poder jurisdiccional que le asiste.

En efecto, ha dicho la Corte que, “Es muy posible que el actor haya establecido en su libelo fundamentos de derecho errados para servir de soporte jurídico a la acción incoada, y que haya igualmente citado en apoyo de su derecho litigioso preceptos legales que no lo consagran con la debida claridad, o que no son los que directa y señaladamente consagran. También puede aceptarse que las razones o causas jurídicas fundamentales de la acción no se hayan aducido por el demandante, pero tales errores de apreciación, aun dándose por demostrados, no alcanzan a modificar en su integridad y en su sustancia la naturaleza del medio judicial coercitivo presentado, y tiene en esos casos el juzgador, atribución suficiente para reconocerlo y consagrarlo, siempre que haya en el derecho positivo normas legales que le presten apoyo y fundamento”.

2. En consecuencia de lo expuesto, el Tribunal no incurrió en los errores de hecho que le endilga el recurrente en el cargo séptimo de que se trata, por no haber advertido que los fundamentos de derecho señalados en la demanda y su adición no correspondían a las disposiciones reguladoras de la responsabilidad contractual y por haber dictado sentencia de mérito y no inhibitoria, puesto que tanto las pretensiones de la parte actora como los hechos aducidos por ésta, indican claramente al juzgador que la acción incoada se originó en el cumplimiento defectuoso del contrato de prestación de servicios profesionales.

3. Tampoco incurrió en yerro de derecho que le enrostra el censor en el cargo sexto, no solamente por lo que se deja dicho, sino que además, al menos en el *sub lite* no es de recibo la acusación por ese aspecto sino exclusivamente por errores de hecho, precisión que se desprende del propio entendimiento conceptual del yerro de derecho que se presenta, según lo ha sentado la jurisprudencia de la Corte, “en los casos en que la tarea valorativa de las pruebas allegadas al proceso, el sentenciador infringe las normas legales que regulan su producción o eficacia”. (Casación Civil del 14 de junio de 1975). Supuesto éste a que ciertamente ni siquiera se alude en la impugnación y que difícilmente cabe en la interpretación de la demanda.

4. Ha dicho la Corte: “El error en la interpretación y apreciación de la demanda, cuando ocurre, es claro que será de hecho, y éste, en su caso, ha de ser manifiesto. Y es claro que las dudas o vacilaciones sobre la inteligencia de una demanda, están indicando de suyo que la prevalencia de una cualquiera de sus aceptables interpretaciones, no puede lógicamente estimarse como algo manifiestamente erróneo”. (Sentencia del 1º de abril de 1975).

No prosperan los cargos sexto y séptimo.

Octavo cargo.

En el ámbito de la causal primera se acusa la sentencia por la vía indirecta, de ser violatoria de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 1609 del Código Civil y por aplicación indebida de los artículos

1515, 1516, 1602, 1604, 1610, 1613, 1614, 1615, 1416, 2341, 2356, 2155, 2187 y 2193 del Código Civil, 304 del Código de Procedimiento Civil y la Ley 67 de 1935, como consecuencia de error de hecho en la apreciación de la demanda, de su contestación, y de la demanda de reconvención.

Para fundamentar su acusación, el recurrente, luego de entrar probado el contrato de prestación de servicios profesionales celebrado entre las partes, manifiesta que el Tribunal no se pronunció sobre el saldo del precio adeudado por la demandante al demandado, a pesar de que éste en su contestación al libelo y en su demanda de reconvención afirmó que aquella sólo le había pagado \$ 20.000.00 de los \$ 70.000.00 que habían convenido.

Por tal razón, dice en seguida, el fallador no tuvo en cuenta la *exceptio non adimpleti contractus*, que se deducía del hecho del incumplimiento de la actora, “ni que su propia providencia afirma no ser procedente la declaración de prescripción de dicha obligación hecha por el *a quo*...” pues para que produzca efecto, tiene que ser declarada por juez competente.

Incurrió así el *ad quem* en el error de hecho que se desprende de la parte resolutive del fallo, al declarar que el demandado incumplió sus obligaciones y guardó silencio respecto de las que tenía la demandante, dejando, por lo tanto, de aplicar el artículo 1609 del Código Civil y aplicando indebidamente las enunciadas en el inciso del cargo. De no haber incurrido en tal error se habría absuelto el demandado, dice el censor.

SE CONSIDERA

1. Como la petición del demandante en reconvención para que se le reconociera el saldo insoluto del precio que cobró por la intervención quirúrgica, fue objeto de la excepción previa propuesta por la demandada reconvénida, de “falta de competencia” en virtud de que las obligaciones originadas en el contrato de prestación de servicios son materia asignada a la justicia laboral, se resolvió positivamente por el *a quo* sin que el reconvéniente hubiera objetado tal decisión, que quedó en firme en lo referente a dicha petición, la cual, en consecuencia, fue excluida del debate desde el auto que declaró probada la excepción.

Y aunque el Tribunal determinara que el pronunciamiento sobre la excepción de prescripción, también propuesta como previa por la demandada en reconvención, no podía resolverse por el juez del conocimiento sino por la justicia laboral, ello no quiere decir que el *ad quem* hubiera errado al interpretar la contestación al libelo y la demanda de reconvención, como sostiene el casacionista, puesto que por tratarse de una excepción relativa a la reclamación de honorarios, de competencia de la justicia laboral, como quedó resuelto con el auto que encontró probada la excepción de “falta de competencia” a que se hizo mención, ningún efecto podía tener sobre el negocio que dio lugar a este litigio.

2. De lo dicho se concluye que el Tribunal no tenía base alguna para declarar la excepción de “contrato cumplido”, de que trata el artículo 1609 del Código Civil, por cuanto una vez definidas las peticiones de la demanda de reconvención, mediante la decisión favorable a las excepciones previas propuestas por la reconvénida, el negocio quedó limitado a las pretensiones

de la demanda principal y, en consecuencia, carece de fundamento el error de hecho que el recurrente le endilga al juzgador.

3. Además, cabe agregar, el recurrente no ataca ninguna de las normas que rigen la prestación de servicios profesionales, incurriendo así, como en el despacho de otros cargos se dijo, en falla técnica por no estructurar la acusación la llamada "proposición jurídica completa".

Así que el cargo es impróspero.

Noveno cargo.

En éste se acusa la sentencia del Tribunal de haber quebrantado indirectamente la ley sustancial, por aplicación indebida de los artículos 1515, 1516, 1602, 1604, 1609, 1610, 1613, 1615, 1616, 2341, 2356, 2155, 2187 y 2193 del Código Civil, 305 del Código de Procedimiento Civil y 1º de la Ley 67 de 1935, y por falta de aplicación del artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, como consecuencia del error de derecho en la apreciación de determinada prueba.

En desenvolvimiento de la censura, manifiesta el impugnante que el Tribunal dio por probados los hechos de que el demandado era médico y podía ejercer en Colombia, con medios ineficaces legalmente, como son el informe de los peritos Jaime A. Fernández y Luis Alberto Angel, el interrogatorio de parte absuelto por aquél extra-procesos ante el Juez 20 Civil del Circuito de Bogotá y un hecho notorio, "por tratarse de 'un facultativo ampliamente conocido'", por cuanto la única prueba idónea es "la certificación de haber refrendado el médico su título ante el Ministerio de Educación, la de haberlo registrado ante el Secretario de Salud, y la de haber cumplido los demás requisitos que al efecto establece el artículo 46 de la Ley 23 de 1981 y el artículo 1º del Decreto 1328 de 1984".

Por ser ineficaces, inconducentes e impertinentes dichas pruebas para demostrar las calidades profesionales del demandado, el Tribunal al apreciarlas indebidamente, "les otorgó un valor del cual carecen...", incurriendo así en manifiesto error de derecho, pues "no eran las que podía tener en cuenta conforme al mandato del artículo 178 del Código de Procedimiento Civil y que con base en ellas no podía fundar su decisión, según lo predica el artículo 174 de la misma obra, en concordancia con el 177 *ibidem*".

Si el Tribunal no hubiera incurrido en tal error, "habría tenido que absolver al demandado por no haber sido demostrada esa calidad de medio de prueba idónea".

SE CONSIDERA

1. Para que el error de derecho en la apreciación de las pruebas dé lugar a la casación de un fallo, necesario es que influya de tal forma en la resolución de la controversia que si no se hubiera incurrido en él, aquélla habría sido contraria a la proferida por el juzgador.

De otra parte, precisa anotar que el ataque a la sentencia en el recurso extraordinario por la vía indirecta, no puede hacerse contra “una determinada prueba” cuando ella está apoyada en varios medios probatorios, porque entonces los que no fueron referidos en el cargo continuarán dándole soporte a la decisión impugnada. En efecto, ha dicho la Corte, que “no es procedimiento correcto en este recurso extraordinario el ataque aislado de los medios de prueba, porque aun en el evento de hacerlo victoriosamente, subsistirían las razones que en torno a las demás expuso, y que por ser suficientes para fundar la decisión impugnada hacen inevitablemente impróspera la acusación”. (G. J. CXLII, Pág. 146).

Por último, cabe anotar que el recurrente debe tener un interés legítimo en la acusación que hace contra el fallo para que ella sea procedente, pues de lo contrario se impone su rechazo.

2. En la especie de esta litis, el demandado se declaró civilmente responsable y se condenó a los respectivos perjuicios, con base en su declaración extra-proceso ante el Juzgado 20 Civil del Circuito de Bogotá, en la ausencia de pruebas respecto del tratamiento pre y post-operatorio que debía aplicar a la paciente, en el dictamen pericial de la doctora Ana Isabel Pinilla, apoyado por el doctor Navia Velasco, en la correspondencia cruzada entre las partes y en el dictamen rendido por los peritos Jaime Fernández y Luis A. Angel, sin que para el efecto hubiera tenido en cuenta el reconocimiento legal del título del galeno ni su licencia para ejercer la medicina, pues, por el contrario aceptó sus calidades profesionales por su notoriedad como experto en cirugía plástica. De tal manera que aunque la prueba respectiva no fuera la idónea, en nada influyó en la decisión, quedando, por lo demás, indemnes las pruebas precitadas que no atacó en el cargo.

3. Y si bien es cierto que el Tribunal aceptó las calidades del demandado mediante notoriedad, este hecho en cambio de perjudicar su posición en el proceso lo favorece, pues, de lo contrario, su culpa habría sido más grave al intervenir a la demandante sin tener capacidad profesional para ello. No se ve entonces cuál sea el interés del recurrente al denunciar el error de derecho que propone en esta acusación.

No prospera el cargo.

Décimo cargo.

Con apoyo en la causal primera se acusa la sentencia de segundo grado por ser indirectamente violatoria, por aplicación indebida de los artículos 1515, 1516, 1546, 1602, 1604, 1609, 1610, 1613, 1614, 1615, 1616, 2341, 2356, 2155, 2187 y 2193 del Código Civil, 305 del Código de Procedimiento Civil, 1º de la Ley 67 de 1935 y 8º de la Ley 153 de 1887, y por falta de aplicación del artículo 26 de la Constitución Política y de los artículos 388, inciso final y 174 del Código de Procedimiento Civil, como consecuencia del error de derecho cometido en la apreciación de determinadas pruebas.

En desarrollo de la censura, manifiesta el impugnante que el Tribunal examinó indebidamente los dictámenes periciales rendidos extra-proceso por la doctora Isabel Muñoz de Pinilla, con la colaboración del médico internista José María Navia Velasco, y de los médicos Jaime Fernández y Luis

Alberto Angel y de Tito Tulio Roa, y Rafael Gómez Díaz, puesto que al no aparecer acreditado en los autos el pago de los respectivos honorarios en la forma prevista por la ley, no podía apreciarlos, como lo dispone el artículo 388 del Código de Procedimiento Civil *in fine*.

Si el fallador se hubiera abstenido de considerar dichos dictámenes, continúa diciendo el recurrente, no habría podido sustentar su sentencia en las demás pruebas que obran en el expediente, pues con ninguna de ellas se puede establecer con certeza que el supuesto daño se originó en la intervención del demandado, ni el perjuicio, ni tampoco deducirse que el proceso de cicatrización de la demandante fuera consecuencia directa o inmediata de dicha intervención, ni sostenerse que el cirujano incurrió en culpa en el período pre-operatorio y en el post-operatorio, ya que los documentos demuestran, de una parte, que los supuestos daños sufridos por la intervención se debieron a la cicatrización defectuosa que presentó, imposible de prever y, de otra parte, que el demandado atendió debidamente a la actora después de la operación que le practicó.

Como conclusión del cargo, afirma el censor que si el Tribunal no hubiera incurrido en el error de derecho que le endilga, habría tenido que absolver al demandado.

Undécimo cargo.

1. Con base en la causal primera se acusa la sentencia de haber quebrantado la ley sustancial por aplicación indebida y falta de aplicación de las mismas disposiciones señaladas en el cargo anterior, en virtud del error de hecho en que incurrió el fallador en la apreciación de los dictámenes periciales, también indicados en la acusación precedente, de toda la correspondencia cruzada entre la demandante y el demandado, del interrogatorio de parte rendido extra-proceso como prueba anticipada el 21 de octubre de 1977 y la historia clínica de la actora de la Clínica San Diego.

2. En cuanto a los referidos dictámenes, dice el recurrente que el *ad quem* no podía apreciarlos por no haberse acreditado en los autos el pago de los correspondientes honorarios, por manera que al haberlos tenido en cuenta para resolver el caso, incurrió en error de hecho al dar por existente en el proceso el depósito de que habla el artículo 388, inciso final del Código de Procedimiento Civil.

3. Además, dice en seguida el impugnante, el Tribunal también incurrió en error de hecho en la apreciación del dictamen pericial rendido por la doctora Isabel Muñoz de Pinilla, en cuanto no analizó su contenido sino se limitó a la descripción de las situaciones encontradas y relatadas por la demandante en el examen físico que aquélla, con la colaboración del doctor Navia Velasco, le practicó. Y es así como respecto de las secuelas cicatriciales llamadas "queloides", "la perito en ninguna parte dice que... se deban directamente a la operación practicada...". Porque es de público conocimiento que su formación "obedece a particulares características de cicatrización, imposibles de controlar". Sin embargo, en la sentencia se lee que tales queloides son, por lo menos en parte, consecuencias de la intervención. Y esto mismo se dice respecto de la hipertrofia del cornete derecho

y de una mucosidad nasal del mismo lado, cuando los peritazgos indican que no puede ser resultado de dicha intervención. Y también que a pesar de no haberse demostrado el dolor de que se quejaba la actora ante los peritos Muñoz de Pinilla y Navia, el sentenciador lo tuvo como efecto de la cirugía, incurriendo así en otro error de hecho manifiesto.

4. No vio el Tribunal, expresa el casacionista, que los peritos Fernández y Angel concluyeron su dictamen diciendo que, "exceptuando tan solo las cicatrices preauriculares y las nudosidades palpables mas no visibles en las regiones mandibulares, los demás daños o no los presenta o no tienen relación alguna de causa a efecto con la intervención quirúrgica". Y respecto a lo primero que "no existe aún técnica que elimine la producción de cicatriz una vez que haya producido una solución de continuidad ya sea con fines terapéuticos, estéticos u otros", y en relación con las nudosidades, "que son consecuencias de la complicación quirúrgica que presentó la paciente".

5. Más adelante dice el censor que el *ad quem* no sólo desconoció la trascendencia de dicha prueba, en la cual únicamente encontró demostrada la ejecución de la cirugía, sino que también la tergiversó pues los peritos no dijeron que las cicatrices se debieran al "prolongado proceso de cicatrización", ni que toda la región estuviera afectada con las fibronodulares móviles. Por consiguiente, incurrió en error de hecho evidente ya que le otorgó al dictamen en comentario "un contenido objetivo del cual carece".

6. Se refiere luego al peritazgo de los cirujanos plásticos Roa y Gómez, respecto del cual dice que el fallador cometió también error de hecho por no haberlo apreciado, pues de lo contrario habría observado que la causa de las cicatrices estaba en el proceso evolutivo de cicatrización de la paciente y que para la fecha en que le practicaron el respectivo examen, el 30 de noviembre de 1981, no presentaba en la cara las consecuencias dañosas referidas. Así mismo, que la mínima desviación del tabique nasal no se debía a la rinoplastia y que no se visualizaron escoraciones en la mucosa nasal. Por lo tanto, si se hubieran tenido en cuenta estos resultados del citado dictamen, se imponía la absolució del demandado.

7. Comenta en seguida el recurrente que el Tribunal curiosamente dio por probados el título profesional del demandado y su inscripción como médico en el país, con las conclusiones del dictamen pericial de los doctores Fernández y Angel, sin ser el medio idóneo para el efecto, y que, en cambio, no las consideró para demostrar que el mismo demandado le había prometido a la actora intervenirla nuevamente o conseguirle otro médico para que lo hiciera, pero que ella se había negado por haberle perdido confianza a él y a la cirugía plástica, con lo cual incurrió en el error de hecho evidente que lo condujo a desconocer la renuencia de la demandante y su culpa derivada de la negligencia de no dejarse intervenir de nuevo para corregir sus defectos.

8. En cuanto a los exámenes previos a la operación, que el Tribunal echa de menos por no haberse acompañado su prueba al proceso y no encontrarse en la historia clínica de la demandante en la Clínica San Diego, manifiesta el impugnante en primer lugar, que no se demostró en parte alguna del negocio que tales exámenes fueran "determinantes de la factibili-

dad de la intervención quirúrgica'', y en segundo lugar, que no es en la historia clínica de los pacientes donde debe estar, sino en la historia del cirujano que es quien los ordena.

9. Luego dice, que las presuntas consecuencias post-operatorias de la actora nada tuvieron que ver con los citados exámenes, pues con éstos o sin éstos, aquéllas no podían preverse ni evitarse. Y además, se dice que en el dictamen memorado, que tales exámenes "son actualmente carentes de utilidad 'debido a la ausencia de datos positivos en ninguno de ellos' ". Como el sentenciador ignoró dicha conclusión de los peritos, dedujo erróneamente los daños sufridos por la demandante de la ausencia de los exámenes en mención.

10. Manifiesta a continuación que el Tribunal en forma inadmisiblemente encuentre culpable al demandado porque no consta que hubiera advertido a la paciente respecto de las circunstancias de salud subsiguientes a la operación, el tiempo del post-operatorio, el hecho de no haberle ubicado en la sede de su ejercicio profesional y el de no haberle recomendado un médico exterior.

11. Para rematar el cargo, el recurrente afirma que si el Tribunal no hubiera incurrido en los errores de hecho en la apreciación de las pruebas descritas, habría absuelto al demandado y negado las súplicas de la demanda.

SE CONSIDERA

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 su mejoría, así que cuando por su negligencia, descuido u omisión causa perjuicios en la salud de aquéllos, incurre en una conducta ilícita, 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 con su paciente 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 el 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 causante 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 en 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.

4. En la especie de esta *litis* encontró el Tribunal culpable al demandado, por no haber preparado debidamente a la actora antes de la cirugía estética que le practicó, ni haberla tratado después en el período post-operatorio, incumpliendo así su obligación contractual, con base en el interrogatorio de parte rendido extra-proceso por el mismo demandado, los peritazgos practicados antes y dentro del proceso, la correspondencia cruzada entre las partes y la ausencia de pruebas sobre la conducta diligente que debía asumir el médico antes y después de la cirugía que realizó en la persona de la actora.

El recurrente, por su parte, impugna el fallo del *ad quem* por error de derecho en el primero de los cargos de que se trata y de hecho en el segundo en la apreciación de los dictámenes periciales de la doctora Ana Isabel Muñoz de Pinilla, llevado a cabo antes del proceso con la colaboración del facultativo internista Juan José Navia Velasco, y de los presentados por los doctores Jaime A. Fernández y Luis A. Angel, en virtud de que no podía tenerlos en cuenta por no haberse acreditado en los autos el pago de los respectivos honorarios en la forma prevista por la ley, como lo exige el artículo 388 *in fine* del Código de Procedimiento Civil.

5. Al respecto se impone, además, resaltar que el décimo cargo, que lo hace consistir el censor en error de derecho por la circunstancia de haber examinado indebidamente los dictámenes periciales, por razón de no haber satisfecho la carga procesal prevista en el artículo 388 del Código de Procedimiento Civil (*in fine*), es incompleto por cuanto se orientó exclusivamente contra la prueba técnica en mención; sin desvirtuar con la debida precisión la indicación de los demás elementos de convicción que tuvo en cuenta el juzgador y que por sí solos sirven para dar punto de apoyo a la decisión que se combate. Son consideraciones libres de ataque, sustentadoras de la sentencia.

6. Y en lo que toca con el cargo undécimo, no se escapa que el recurrente incurre también en falla de técnica, por cuanto ataca la sentencia del Tribunal por error de hecho en la apreciación de los mencionados peritazgos, tratándose a toda luz de un error de derecho por no haberse cumplido el requisito indicado en el inciso 4º del artículo 388 del Código de Procedimiento Civil. Además, no enjuicia todas las pruebas sobre las cuales apoya el Tribunal la decisión.

No prosperan los cargos décimo y undécimo.

DECISIÓN

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Co-

lombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso de Mary Cielo Marín Penagos contra Alfredo Nicolás Chain Igha.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

José Alejandro Bonivento Fernández, Eduardo García Sarmiento, Héctor Gómez Uribe, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

Inés Galvis de Benavides.
Secretaria.