



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

Magistrado ponente

SC21828-2017

Radicación n.º 08001-31-03-009-2007-00052-01

(Aprobado en sesión de cinco de abril de dos mil diecisiete)

Bogotá, D. C., diecinueve de diciembre de dos mil diecisiete (2017).-

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por **ALFONSO ORTIZ LÓPEZ** frente a la sentencia del 25 de febrero de 2014, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Civil - Familia, en el proceso ordinario que él adelantó en contra de la **CLÍNICA OFTALMOLÓGICA DEL CARIBE LTDA.** y del doctor **CARLOS ESTEBAN VÉLEZ LONDOÑO.**

ANTECEDENTES

1. En la demanda, que obra en los folios 190 a 198 del cuaderno No. 2, se solicitó, en síntesis, declarar a los accionados civilmente responsables, *"por los daños causados*

en la humanidad” del actor y condenarlos a pagarle a éste los perjuicios *“materiales”, “fisiológicos o a la vida de relación”* y *“morales”*, derivados de las lesiones físicas que le fueron irrogadas.

2. En respaldo de dichas súplicas, se narraron los hechos que enseguida se compendian:

2.1. El 15 de junio de 2001, el gestor del proceso asistió a una cita de rutina con la optómetra Azucena Sánchez, a efecto de cambiar los lentes que venía utilizando; dicha profesional, al establecer que la visión en el ojo izquierdo era *“20/200”*, lo remitió a oftalmología para que fuera valorado.

2.2. La entidad que le prestaba el servicio de salud, asignó al actor la Clínica Oftalmológica del Caribe Ltda., donde fue atendido por el retinólogo Carlos Esteban Vélez Londoño, quien encontró que en el mencionado ojo tenía una *“perforación”* y determinó *“que debía operarse en forma inmediata para evitar complicaciones futuras, ya que de no realizarse la cirugía podría afectar más el ojo izquierdo y comprometerse el ojo derecho”*, pese a que el paciente no presentaba *“ninguna dificultad ni molestia”*, pues *“veía por ambos ojos”*.

2.3. La intervención diagnosticada se practicó el 24 de agosto de 2001, *“pero en lugar de cerrar la perforación supuestamente hallada, lo que ocurrió fue un desprendimiento de retina del ojo operado”*.

2.4. Debido a la referida complicación, el doctor Vélez le ordenó al señor Ortiz López *“un tratamiento con aplicación de un gas para tratar de pegarle la retina”*; como esa medida no funcionó, lo programó para una nueva cirugía, que se realizó el 2 de abril de 2004, ocasión en la que el citado profesional le manifestó al nombrado que *“aprovecharía para sacar una pequeña catarata y colocar un lente intraocular”*; como “[l]os resultados de esta operación tampoco fueron satisfactorios”, el galeno lo intervino quirúrgicamente por tercera vez el 13 de septiembre siguiente, para colocarle *“una banda en forma de anillo que, según palabras del retinólogo, era para ayudar a sostener la retina”*, procedimiento que igualmente no arrojó beneficios.

2.5. Agobiado por fuertes dolores y por la completa alteración de su vida, el demandante consultó con la médico de la empresa por cuenta de la que estaba pensionado, quien viendo la gravedad de su situación, lo remitió a la clínica UNILASER, donde fue atendido por el doctor Carlos Abdala Caballero, quien, previa realización de diversos exámenes, concluyó que la banda que le había sido colocada estaba muy apretada y, por consiguiente, ocasionaba el estrangulamiento del ojo.

2.6. Con esa evaluación, el demandante consultó nuevamente con el doctor Vélez Londoño, quien le realizó una cuarta operación para quitarle la referida banda y extraer el lente intraocular que le había colocado, luego de lo cual no volvió a tener visión por el ojo izquierdo.

2.7. Como consecuencia del notorio deterioro de su salud, en general, el paciente fue internado de urgencia en la clínica BAUTISTA. Estando allí, en razón de los fuertes dolores que tenía, debió ser atendido por el oftalmólogo Ramiro Arteta Guzmán, quien se *"percató que el ojo izquierdo estaba suelto"*, condición que informó inmediatamente al doctor Vélez Londoño. Éste solicitó la remisión del paciente y, de manera engañosa, informó a su esposa que debía realizársele una nueva operación, para *"hacerle un barrido en el ojo"*, la cual él no podía efectuar, porque se iba a ausentar de la ciudad.

2.8. El 19 de marzo de 2005, el señor Ortiz López fue nuevamente intervenido quirúrgicamente en la clínica UNILASER por el doctor Albis, ocasión en la le fue extraído su ojo izquierdo.

2.9. La deficiente atención que desde un principio y por más de cuatro años le brindó el doctor Vélez Londoño, ocasionó al accionante *"muchos trastornos en su salud"*, pues no solamente perdió su ojo izquierdo, sino que la visión del derecho se redujo, toda vez que hoy en día solamente *"ve bultos y sombras"*; presenta alteraciones en la retina; sufre de *"coroides, pérdida de equilibrio"*; y el cabello se le cayó y cuando le volvió a salir, fue en menor cantidad y completamente despigmentado.

2.10. Pese a que el demandante era y es *"pensionado de ECOPETROL"*, debido a que el estipendio que en tal condición recibe es bajo, *"le tocaba trabajar haciendo transportes y*

arreglando electrodomésticos para poder completar la manutención de los miembros de su hogar (esposa y dos nietos a su cargo)”.

2.11. La situación descrita, afectó igualmente a la cónyuge del actor, quien desde la enfermedad de él ha *“presentado descontrol en su presión arterial y en su sistema nervioso”.*

2.12. Por solicitud del demandante, ECOPETROL adelantó una investigación por las deficiencias en la prestación del servicio de salud que le fue brindado, cuyo resultado se aportó como prueba.

3. El Juzgado Noveno Civil del Circuito de Barranquilla, al que le correspondió por reparto el conocimiento del asunto, admitió el libelo introductorio con auto del 27 de febrero de 2007 (fl. 201, cd. 2), que notificó personalmente a los accionados, por intermedio del apoderado judicial que designaron, en diligencia verificada el 16 de mayo siguiente (fl. 201 vuelto, cd. 2).

4. Mediante escritos de idéntico contenido, tanto la persona natural, como la jurídica, convocadas al juicio, contestaron la demanda, en desarrollo de lo cual se opusieron a sus pretensiones y se refirieron a cada uno de los hechos en ella invocados (fls. 213 a 219 y 222 a 228, cd. 2).

5. Surtida la primera instancia, el juzgado del conocimiento le puso fin con sentencia del 24 de abril de

2013, en la que declaró la responsabilidad civil de los demandados, como fue solicitado, y los condenó a pagarles al accionante únicamente los perjuicios morales, en cantidad de \$20.000.000.00, y el daño a la vida de relación, en la suma de \$30.000.000.00, más las costas del proceso (fls. 495 a 506 vuelto, cd. 2).

6. Apelado dicho fallo por ambas partes, el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Civil - Familia, en el suyo, que data del 25 de febrero de 2014, optó por revocarlo y, en su lugar, negar la totalidad de las pretensiones incoadas en la demanda. Consecuencialmente, impuso las costas de las dos instancias, al promotor del litigio (fls. 27 a 41, cd. 3).

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Para arribar a las indicadas determinaciones, el *ad quem*, luego de disertar sobre la responsabilidad médica e identificar los elementos que la estructuran, expuso los razonamientos que a continuación se resumen:

1. El dictamen de medicina legal rendido en el proceso, consta de tres partes, así:

1.1. La primera, presentada el 6 de junio de 2008, que reprodujo parcialmente, la cual consiste en *“la información recopilada por [el] médico mediante preguntas específicas formuladas al propio paciente”*, como lo hizo notar el legista doctor Víctor Pacheco, fase en la que el citado instituto no contaba *“con la historia clínica (...), ni [con] otra fuente de*

información diferente a lo declarado por el mismo señor Alfonso Ortiz, por lo que su valor probatorio no es determinante”.

1.2. La segunda, que data del 26 de octubre de 2010, elaborada con base en la historia clínica, en la que se anunció que, *“siguiendo el protocolo interno del instituto, el resumen realizado a la historia clínica aportada será enviado a la escuela de medicina legal con sede en Bogotá para completar el análisis del caso”* y que una vez reciban la respuesta a los interrogantes así planteados, complementarán el informe del proceso (fls. 460 a 476, cd. 2).

1.3. Y la tercera, elaborada el 6 de marzo de 2012, que es la definitiva, militante en los folios 595 y 596 del cuaderno No. 2, que el juzgador de segundo grado transcribió, en lo que estimó pertinente.

2. Según el Tribunal, el *a quo* omitió valorar la última parte de la comentada experticia, pues no obstante que la relacionó como prueba, no hizo ningún análisis de ella, es decir, que para dicha autoridad, *“la totalidad del informe de Medicina Legal”* se redujo a los dos primeros reportes parciales que esa entidad emitió, ponderación que comporta *“un fraccionamiento”* que desconoce que *“los tres documentos remitidos por Medicina Legal a los que se ha hecho referencia constituyen una sola y única prueba”*, cuestión confirmada por esa misma entidad en el oficio del 27 de septiembre de 2011.

3. Dicha actitud del juzgado del conocimiento, añadió la citada Corporación, no se ajusta a las previsiones de los

artículos 174 y 187 del Código de Procedimiento Civil, ni a las reglas de la sana crítica, definidas por la jurisprudencia constitucional.

4. El sentenciador de primer grado, hizo en su fallo, *“un análisis y una interpretación propia de la historia clínica del demandante y del informe del 26 de octubre de 2010 de Medicina Legal”,* que lo llevó, de un lado, a aseverar *“que la atención médica no fue oportuna, que no se hizo un tratamiento inmediato, que la clínica fue negligente en su proceder, que no se proporcionó la descripción científica de la labor médica materializada en cada cirugía desarrollada por el galeno”* y, de otro, a concluir *“que se encuentra demostrada la culpabilidad y responsabilidad civil de la parte accionada”*.

5. Frente a ello, cabe *“reiterar que el informe de Medicina Legal tenido en cuenta por el A Quo se encontraba en el momento incompleto”* y destacar que *“las reglas de la sana crítica indican que los expertos”* de ese instituto, *“se encuentran mejor capacitados para conceptuar sobre el tema que el Juez Noveno Civil del Circuito”,* más cuando *“la pericia fue elaborada por profesionales de la medicina, y [l]os interrogantes plantead[o]s a la escuela de medicina legal de Bogotá fueron resuelt[o]s por un especialista en la materia, de manera que el criterio de éstos ha de imponerse sobre el del juez de primera instancia al hacer su propia interpretación y análisis de la historia clínica”*.

6. En tal orden de ideas, el Tribunal, en definitiva, coligió que el informe de medicina legal fechado el *“6 de marzo de 2012[,] es contundente al afirmar que la parte accionada no encuentra comprometida su actuación de ninguna manera, y que*

en todo momento del tratamiento al demandante ajustaron su actuar a la Lex Artis, y en consecuencia no existe culpabilidad alguna, no se configura el requisito del nexo causal necesario para declarar a la Clínica Oftalmológica del Caribe y al Dr. Carlos Esteban Vélez Londoño como civilmente responsables por el daño sufrido por el señor Alfonso Ortiz López”.

7. Añadió, para finalizar, que como habrá de revocarse la sentencia de primera instancia y negarse las pretensiones de la demanda, *“se hace innecesario entrar a analizar la solicitud de aumento de las condenas”*, que elevó el actor, al apelar ese proveído.

LA DEMANDA DE CASACIÓN CARGO ÚNICO

Pese a que la recurrente no precisó cuál de las causales del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil servía de fundamento a la acusación, señaló que eran aplicables al caso, entre otros, los artículos 4, 75, 86, 174, 187 y siguientes, 304, 307, 365 y 396 de la precitada obra; 2341, 2344, 2347, 2350 y 2355 del Código Civil; la Ley 100 de 1993 y las providencias de la Corte que especificó.

En desarrollo de la censura, expuso:

1. Que la tesis que proponía y defendía en sustento del cargo, era que el dictamen pericial rendido por el Instituto de Medicina Legal en el curso del proceso, *“NO CONSTITUYE PRUEBA ABSOLUTA”*.

2. Luego de memorar que el *ad quem*, para revocar la sentencia estimatoria dictada en primera instancia, le reprochó al juzgado del conocimiento la indebida ponderación del dictamen pericial, la impugnante señaló que fue esta última autoridad la que apreció correctamente dicha probanza, toda vez que desestimó el valor de sus conclusiones, en particular, la de que *“el protocolo médico fue cumplido”*, habida cuenta que ellas se apoyaron en el resumen de la historia clínica del paciente, el cual fue remitido por la persona jurídica demandada de forma incompleta, en tanto que carece de *“varios informes de cirugía”* y sólo se refirió a los tratamientos *“pre y pos quirúrgico[s]”*.

3. Trajo a colación buena parte de las apreciaciones que el juzgado del conocimiento consignó en su fallo, remembranza con la que destacó la falta de una verdadera y adecuada fundamentación de la experticia médico legal, en tanto que en el resumen de la historia que remitió la clínica demandada, no se relacionaron los procedimientos específicos que en cada cirugía el médico demandado realizó, vació que, por ende, impedía al Instituto de Medicina Legal aseverar, como impropriamente lo hizo, que no existió compromiso de los accionados, en la atención que brindaron al señor Ortiz López.

4. Añadió que el Tribunal no valoró las restantes pruebas del proceso, en concreto, el compendió de la historia clínica que sirvió de fundamento al dictamen pericial, por lo que no constató si él *“tenía convergencia con los datos de dicha*

historia clínica"; y los testimonios e interrogatorios oídos en el curso de lo actuado, lo que lo condujo a tener *"la pericia como prueba absoluta"*.

5. Fincada en diversos fallos de esta Corporación, puso de presente que en los casos de responsabilidad médica, es aplicable la teoría de la *"carga dinámica de la prueba"* y que, por ende, era deber de los integrantes del extremo pasivo, demostrar que el diagnóstico y tratamiento dado al aquí demandante fueron acertados, lo que no hicieron, pues omitieron especificar, en la historia clínica, en qué consistieron las cirugías practicadas al paciente, por lo que, debido a ese vacío, no hay cómo afirmar que ellas fueron realizadas conforme a la *lex artis*.

Al respecto señaló que *"[e]s claro, entonces, que si la historia clínica es incompleta se evidencia la falla médica y por ello la carga demostrativa de tales presupuestos no incumbe al demandante, sino a la clínica (...) quien debe probar que la praxis médica por parte de los galenos fue realizada en debida forma"*.

6. Reiteró que *"las conclusiones de la pericia practicada por medicina legal desatinaron a la realidad"*, sin que para arribar a tal deducción, se requiriera *"que el Juez [fuera] un experto en la materia"*, bastándole *"la racionalidad, la lógica [y] la experiencia"*.

7. Adujo que no se necesita *"mayor esfuerzo mental para entender que en un caso donde se cuestiona la falla médica y el error en la praxis médica y [donde] la historia clínica enviada por*

la demandada para someterla al análisis se encuentra incompleta[,] con la ausencia de la mayoría de las cirugías”, “no se puede llegar a firmes conclusiones o por lo menos a una seria conclusión que pueda acercar a la realidad”.

8. Finalmente, con ayuda de la jurisprudencia nacional, pasó al tema de los daños a la vida de relación y a la cuantificación de este específico perjuicio.

CONSIDERACIONES

1. El Tribunal revocó la sentencia estimatoria dictada en primera instancia y negó la totalidad de las pretensiones elevadas en la demanda, básicamente, porque en el informe final rendido el 6 de marzo de 2012 por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se concluyó *“que la parte accionada no encuentra comprometida su actuación de ninguna manera, y que en todo momento del tratamiento al demandante[,] ajustaron su actuar a la Lex Artis”,* inferencia que le permitió a esa autoridad aseverar que *“no existe culpabilidad alguna”* y que, por ende, *“no se configura el requisito del nexo causal”.*

2. Significa lo anterior, que el fallo del *ad quem* se asentó, de forma exclusiva, en la ponderación que hizo de la experticia médico legal, valoración que, a su turno, fue el blanco de ataque del cuestionamiento formulado en casación, en el cual, en síntesis, se reprochó a dicho juzgador, haber pasado por alto que el resumen de la historia clínica que remitió la institución demandada y que

corresponde al fundamento esencial del dictamen, no describió, ni detalló, los actos realizados en desarrollo de las cirugías que le fueron practicadas al señor Ortiz López, por lo que no había cómo juzgar y, mucho menos colegir, que la atención brindada a dicho paciente se ajustó a la *lex artis*.

Aunque en la presentación del cargo, la parte recurrente no hizo alusión al tipo de error que encontraba en la sentencia atacada en casación, sí se puede colegir de los hechos expuestos, que se está doliendo de la apreciación que el *ad quem* hizo de las pruebas, lo que obliga a la sala a interpretar la demanda para la protección del derecho conculcado con la decisión, y como garantía de uno de los fines de este recurso extraordinario. Esa comprensión del cargo permite, a la vez, entender que mediante él se denunció la comisión de un error de hecho por parte del *ad quem*, en relación con la estimación que efectuó de la pericia, toda vez que la cercenó, al tomar de ella solamente sus conclusiones y dejar de lado la carencia de fundamento de las mismas, por estar soportada en un resumen incompleto de la historia clínica, yerro que se ubica en la vía indirecta de que trata la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, debiéndose tener así por superadas las falencias que, en principio, pudieran avizorarse en la acusación.

Al respecto debe recordarse que “[s]i la calificación acerca de la suficiencia del dictamen y la determinación de si, como prueba, está o no fundamentado es aspecto reservado al juzgador, que él cumple posteriormente a la etapa de su aducción al proceso, el error que adviene de su aceptación, por considerarlo

bien sustentado, no puede ser otro que el de hecho, pues tal juicio, de ser contrario a la realidad, en el fondo lo que contendría es una modificación de su contenido objetivo" (CSJ, SC del 14 de agosto de 2003, Rad. n.º 6899; se subraya).

Con ese entendimiento de la censura, se pasa a su estudio de fondo.

3. El informe final presentado por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses a que hizo referencia el Tribunal, es del siguiente contenido:

Se complementa reconocimiento médico anterior oficio No. 2010C-020101122845 del 26 de octubre del 2010, con las preguntas y respuestas tramitadas a través de la escuela de medicina legal y ciencias forenses.

1. Cu[á]l es el tratamiento indicado y oportuno para el agujero macular en el caso que nos ocupa?

El tratamiento indicado para el agujero macular es la cirugía consistente en vitrectomía posterior m[á]s pelaje de membranas m[á]s endogas.

2. Es lo mismo decir agujero macular que desprendimiento de retina?

No es lo mismo.

3. Qu[é] complicaciones a corto y largo plazo tiene una cirugía para la corrección de agujero macular?

La técnica quirúrgica más comúnmente usada para la corrección de agujero macular es realizar una vitrectomía posterior vía pars plana. En caso que la haya, retirar la membrana epiretiniana de la m[á]cula, realizar un intercambio entre l[í]quido y aire, posteriormente dejar la cavidad vítrea con un gas de taponamiento. Esto puede variar según el caso, puede acompañarse de cirugía de catarata en caso de que ésta esté presente, además se puede optar por

retirar la membrana limitante interna, todo esto según el criterio del cirujano.

4. *Cuál es la técnica quirúrgica paso por paso para la corrección de agujero macular?*

Las complicaciones más frecuentes de la cirugía de agujero macular pueden ser desgarros retinianos, desprendimiento de retina, elevación de la presión intraocular, desarrollo de catarata, y menos frecuentes, edema macular y endoftalmitis.

5. *El seguimiento y tratamiento médico posquirúrgico de agujero macular a través de los meses posteriores a la cirugía fue el correcto en el caso del señor ALFONSO ORTIZ LOPEZ?*

De acuerdo a la transcripción de la historia clínica, el cuidado postoperatorio fue realizando controles y con manejo anti inflamatorio y antibiótico tópico del ojo operado, el cual es adecuado.

6. *¿Cuál fue la causa del desprendimiento de retina más perforación escleral ojo izquierdo anotado por el posquirúrgico del 12 de febrero de 2005, si se tiene en cuenta que ya había sido operado pro (sic) agujero macular en fecha 23 de julio de 2001?*

El 07 de junio de 2004 está documentado en la transcripción de la historia clínica, el desprendimiento de retina y fue manejado con múltiples procedimientos para controlarlo como fue láser, endogas, retinopexia con banda. La perforación escleral está descrita como un diagnóstico postoperatorio después de retiro de material implantado (banda), así es que el desprendimiento de retina se debió a un desgarro de la retina y fue manejado de manera adecuada, sin embargo el redespndimiento de retina es frecuente después de un desprendimiento inicial. Según los datos de historia clínica disponibles, la perforación escleral fue encontrada en la cirugía de retiro de banda del 25 de febrero de 2005. Cabe anotar que una banda de silicona, con el tiempo adelgaza mucho la esclera y al realizar un retiro de banda existe el riesgo de causar la perforación escleral.

7. *Tuvo algún compromiso en su accionar el médico que practicó la cirugía de agujero macular ojo izquierdo o en su defecto el tratamiento médico, teniendo en cuenta que este*

paciente evolucionó hasta la enucleación del ojo izquierdo, sin recuperación de la sanidad de su ojo? No.

8. Tiene algún compromiso en su accionar el médico que practicó la cirugía de catarata posterior a la cirugía de agujero macular en el ojo izquierdo? No.

9. Durante los diferentes procedimientos quirúrgicos y sus tratamientos médicos, practicados al señor ALFONSO ORTIZ LOPEZ se cumplió con lo que se debió hacer y en el momento en que se debió hacer, para cumplir con la Lex Artis? Sí].

Teniendo en cuenta las respuestas planteadas ante la escuela de medicina legal y ciencias forenses, y trasladadas al departamento de oftalmología de la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DE CIENCIAS DE LA SALUD FACULTAD DE MEDICINA HOSPITAL DE SAN JOSÉ, DOCTOR JOSÉ FERNANDO ARANGO, CIRUJANO Vítreo y Retina; podemos concluir que no hubo mal procedimiento en las cirugías practicadas al señor ALFONSO ORTIZ LOPEZ y por lo tanto se ajustaron a la LEX ARTIS, de tal forma que el desprendimiento de retina se debió a un desgarro previo de retina que se determina como una complicación. [L]a perforación escleral fue encontrada en cirugía de retiro de banda del 25 de febrero del 2005, teniendo en cuenta que una banda de silicona, con el tiempo adelgaza mucho la esclera y al realizar un retiro de banda existe el riesgo de causar una perforación escleral, lo anterior se considera como otra complicación.

Atentamente,

*VICTOR PACHECO
MEDICO FORENSE
CODIGO:200-21
(Hay firma ilegible).*

4. Puesto ese dictamen en el contexto que le pertenece, hay que precisar que él estuvo precedido de tres conceptos previos, así:

4.1. El inicial (fls. 302 y 303, cd. 2), que data del 6 de junio de 2008, en el que se registró tanto la información que el propio demandante le suministró al médico forense sobre los problemas que se presentaron y que condujeron, en definitiva, a la pérdida de su ojo izquierdo; como el resultado del “EXAMEN FÍSICO” que se le practicó en esa fecha.

Al cierre, reza lo siguiente:

SE LE INFORMA A LA AUTORIDAD QUE SEGÚN LO NARRADO POR EL PACIENTE Y POR SU SEÑORA ESPOSA SE VISLUMBRA UN CASO DONDE SE ENCUENTRA COMPROMETIDO EL ACCIONAR DE UN PROFESIONAL DE LA MEDICINA. POR LO ANTERIOR SE HACE FUINDAMENTAL QUE NOS APORTE COPIA DEL EXPEDIENTE QUE CONTENGA COPIA DE LA HISTORIA CLÍNICA COMPLETA, DECLARACIONES DE LOS MÉDICO[S] Y PERSONAL IVOLUCRADOS, VALORACIÓN ACTUALIZADA DE MÉDICO OFTALMÓLOGO E INTERROGATORIO PLANTEADO POR SU DESPACHO, LO ANTERIOR PARA PODER DAR CURSO A SU PETITORIO.

4.2. El segundo concepto corresponde al calendado el 8 de julio de 2008 (fl. 416, cd. 2), en el que se indicó:

(...) se le informa a la autoridad que una vez revisada la historia clínica aportada por su despacho a nombre de ALFONSO ORTIZ LÓPEZ, hemos encontrado que esta es totalmente ilegible en su escritura en su gran parte, acompañada de incontables números de siglas y abreviaturas que no son entendibles.

Una historia clínica manuscrita como esta es imposible hacer un resumen y un análisis de ella que nos permita hacernos

una idea de lo acaecido durante un diagnóstico, tratamiento o procedimiento médico.

La historia clínica debe tener un valor científico en el estudio y en la investigación, en la apreciación de los casos en las conductas profesionales y en la orientación para intervenciones médicas, ya que la historia clínica tiene un papel protagónico y fundamental y en ocasiones definitiva en los procesos de responsabilidad médica.

A continuación se enumera[n] los inconvenientes a tener en cuenta:

- 1.- Escritura ilegible.*
- 2.- Innumerables siglas y abreviaturas indescifrables.*
- 3.- El informe quirúrgico de 02 de abril de 2004, es ilegible y al parecer incompleto.*
- 4.- El informe quirúrgico en la descripción de hallazgos del 13 de septiembre de 2004, es ilegible y al parecer incompleto.*
- 5.- El informe quirúrgico del 25 de febrero de 2005, es ilegible y al parecer incompleto.*
- 6.- El informe quirúrgico del 24 de agosto de 2001 no est[á] descrito en la historia clínica.*

Además de todo lo anterior no fue[ron] presentada[s] las entrevistas realizadas a los profesionales de la medicina involucrados en el caso. Como tampoco fue aportada la valoración actualizada de oftalmólogo solicitada por medicina legal a fecha 06 de junio de 2008.

Por todo lo anterior, Señores del JUZGADO NOVENO CIVIL DEL CIRCUITO, se hace dificultoso el resumen de (...) la historia clínica y el análisis del caso.

Muy respetuosamente se le sugiere solicitar a la Clínica Oftalmológica [d]el Caribe un resumen de historia clínica que contenga diagnóstico, tratamiento y evolución de la patología del señor ALFONSO ORTIZ LÓPEZ, incluyendo descripción de todos los procedimientos quirúrgicos que en total fueron cuatro.

Además debe anexarnos copia de las entrevistas realizadas a las personas involucradas en el proceso y la valoración actualizada del oftalmólogo solicitada por médico forense.

Lo anterior para cumplir con los requisitos mínimo[s] que se debe[n] tener en cuenta para realizar el estudio y análisis de un caso donde se encuentr[a] involucrado el proceder de un médico y de esta forma poder dar curso a su petitorio.

(...)

4.3. Obra en autos un tercer concepto emitido el 26 de octubre de 2010 (fls. 460 a 476, cd. 2) en el que, luego de consignarse los datos del paciente y el *"MOTIVO DE LA PERITACIÓN"*, se precisó que la *"INFORMACIÓN DISPONIBLE PARA EL ESTUDIO"* corresponde *"a la Historia clínica de la clínica Oftalmológica del Caribe transcrita a computador y manuscrito. Relatos de los hechos a dos folios (25 y 26). Reconocimiento médico legal No. 2008C-02010106213 del 06-06-2008. Valoración actualizada de oftalmólogo de 08 de junio de 2010 y del 18 de junio de 2010"*.

Enseguida, se desarrollaron varias temáticas así:

a) *"REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA PANUVEITIS"*, que consistió en la transcripción a espacio de distintos artículos de literatura médica relacionados con el caso, bajados de la internet.

b) *"RESUMEN DEL CASO"*, segmento en el que se reprodujo, en buena medida, el contenido del documento anexo al informe, titulado *"TRANSCRIPCIÓN DE HISTORIA CLÍNICA"*, suscrito por los médicos oftalmólogos Luis José

Escaf, Carlos Esteban Vélez y Luz Marina Melo Sanmiguel
(fls. 452 a 459, cd. 2).

c) *“VALORACIÓN ACTUALIZADA DE OFTALMÓLOGO DEL 08 DE JUNIO DE 2010”* y *“VALORACIÓN ACTUALIZADA DE OTRO OFTALMÓLOGO DEL 18 DE JUNIO DE 2010”*, capítulo en el que se reprodujeron tales conceptos médicos.

d) *“EXAMEN CLÍNICO FORENSE ACTUAL”*, donde se remitió al primer informe del 6 de junio de 2008.

e) *“DESCRIPCIÓN DEL MANEJO ESPERADO PARA EL CASO SEGÚN LAS CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO, MODO Y LUGAR”*, aparte donde se describieron la *“[t]écnicas quirúrgicas”* que debieron haberse utilizado en el caso del señor Ortiz López.

f) *“ANÁLISIS Y DISCUSIÓN”*, sector en el que se trajeron nuevamente a colación los datos del resumen de la historia clínica del paciente anexado al informe, pero de forma más concreta.

A continuación, el concepto de que ahora se trata expresó:

- 9) *CONCLUSIÓN: Una vez se tenga respuesta del interrogante planteado por el perito y enviad[o] a la escuela de medicina del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.*
10) *RESPUESTAS A INTERROGANTES ESPECÍFICOS: No hay interrogantes específicos planteados por parte de la autoridad.* 11) *COMENTARIOS: Se le informa a la autoridad que siguiendo el protocolo interno del instituto, el resumen realizado a la historia clínica aportad[o] será enviado a la*

escuela de medicina legal con sede en Bogotá para completar el análisis del caso. Una vez nos envíen respuesta de la escuela se adicionará la respuesta en posterior informe médico legal. Este informe parcial está dado por un razonamiento objetivo basado en la documentación ofrecida por su despacho que incluye el análisis de la actuación médica asistencial ofrecida al señor ALFONSO ORTIZ LÓPEZ, al igual que consultas de literatura médica bajada por Internet. Los médicos que realizamos las pericias Médico-Legales en todas las sedes del Instituto de Medicina Legal en el país tenemos la formación médica, que nos capacita para realizar correlaciones clínico-patológicas y para analizar el manejo de los casos conforme a los lineamientos de la Lex Artis, con el fin de que dichos análisis y correlaciones puedan aportar elementos de juicio que resulten de utilidad en los casos que investiga la autoridad. INTERROGANTES PLANTEADOS POR EL PERITO Y ENVIADO(S) A LA ESCUELA DE MEDICINA LEGAL SEDE BOGOTÁ. 1- ¿Cuál es el tratamiento indicado y oportuno para el agujero macular en el caso que nos ocupa? 2- ¿Es lo mismo decir agujero macular que desprendimiento de retina? 3- ¿Qué complicaciones a corto y largo plazo tiene una cirugía para corrección de agujero macular? 4- ¿Cuál es la técnica quirúrgica paso por paso para la corrección del agujero macular? 5- ¿El seguimiento y tratamiento médico postquirúrgico de agujero macular a través de los meses posteriores a la cirugía fue el correcto en el caso del señor ALFONSO ORTIZ LÓPEZ? 6- ¿Cuál fue la causa del desprendimiento de retina más perforación escleral ojo izquierdo anotado en el postquirúrgico del 12 de febrero de 2005, si se tiene en cuenta que ya había sido operado por agujero macular en fecha 23 de julio del 2001? 7- Tuvo algún compromiso en su accionar el médico que practicó la cirugía del agujero macular ojo izquierdo o en su defecto el tratamiento médico, teniendo en cuenta que este paciente evolucionó hasta la enucleación del ojo izquierdo, sin recuperación de la sanidad de su ojo? 8- ¿Tiene algún compromiso en su accionar el médico que practicó la cirugía de catarata posterior a la cirugía de agujero macular en ojo izquierdo? 9- Durante los diferentes procedimientos quirúrgicos y sus tratamientos médicos, practicados al señor ALFONSO ORTIZ LÓPEZ se cumplió con lo que se debió hacer y en el momento en que se debió hacer, para cumplir con la

Lex Artis?. Nota: Se concluirá una vez se tenga la respuesta de los interrogantes realizados por el perito a la Escuela de Medicina Legal, en el Nivel Central de Bogotá.

Att.

VICTOR PACHECO
MEDICO FORENSE
CODIGO: 200-21
(Hay firma ilegible).

5. Se hace igualmente necesario destacar, que en razón de las deficiencias advertidas por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses en el ya relacionado informe del 8 de julio de 2008 respecto de la historia clínica del paciente, el juzgado del conocimiento, de oficio, ordenó a la Clínica Oftalmológica del Caribe S.A. remitir *“un resumen legible y entendible de la historia clínica que contenga diagnóstico, tratamiento y evolución de la patología del señor ALFONSO ORTIZ LÓPEZ, (...), incluyendo la descripción de los cuatro procedimientos quirúrgicos, acompañado de la historia clínica completa, a fin de facilitar el informe pericial de Medicina Legal”* (auto del 23 de abril de 2010; fls. 426 y 427, cd. 2).

La nombrada demandada, con memorial que milita en el folio 452 del cuaderno No. 2, aportó el resumen de la historia clínica, documento que denominó *“TRANSCRIPCIÓN DE LA HISTORIA CLÍNICA”*, el cual aparece suscrito por los médicos oftalmólogos Luis José Escaf, Luz Marina Melo Sanmiguel y el demandado Carlos Esteban Vélez (fls. 453 a 459, cd. 2).

Revisado su contenido, se encuentra que en dicho compendio se relacionaron las citas y controles médicos practicados al señor ALFONSO ORTIZ LÓPEZ desde el 22 de junio de 2001 y hasta el 15 de marzo de 2005, con anotación, en cada registro, de la fecha, la valoración que se realizó y la “conducta” a seguir.

A modo de ejemplo, se transcriben las glosas tocantes con la cita del 23 de julio y el control del 25 de agosto de 2001:

23 de Julio de 2001

Reporte de optometría.

Remitido por agujero macular OI (ojo izquierdo)

Esclerosis nuclear AO (ambos ojos)

Fondo de ojo:

OD: Cambios pigmentarios maculares

OI: Agujero macular II

C/ (conducta):

Vt (vitrectomía) + pelamiento + gas OI (ojo izquierdo)

Se explica pronóstico y acepta.

Agosto 25 de 2001

Primer día operado, Vt (vitrectomía) + Mt (membranectomía) + gas OI (ojo izquierdo)

Asintomático

Tratamiento: Blefamida cada 3, Ibuprofeno 400 cada 8

Segmento anterior OK

Gas 90%

Retina OK

PIO (presión intraocular) 12

c/: Reposo boca abajo, iniciar tratamiento

Revisión próximo jueves

La precedente reproducción, además de ilustrar el contenido del resumen de la historia clínica que se comenta,

demuestra que en él no aparece relacionada y, mucho menos descrita, la cirugía practicada al paciente el día 24 de agosto de 2001, pues aparte de la alusión que a ella se hizo en el control posoperatorio del día siguiente, no hay ninguna otra mención de ese procedimiento.

Igual acontece con las otras intervenciones quirúrgicas realizadas al señor Ortiz López. Las anotaciones del resumen, se limitan a referir su ordenación y el manejo dado después de su práctica, como se constata a continuación:

ENERO 14 DE 2004

Datos de optometría

Post qx agujero macular OI

DS estable, no dolor

Tto: Refresh cada 8

Al Ef

Catarata igual AO

PIO: 14-14

Fdo

OD: OK

OI: Agujero, borde elevado

c/ vitrectomía posterior + faco + lio + láser OI

(Realizar pelamiento de LM (membrana limitante) + gas)

Abril 03 de 2004

Primer control POP (post operatorio) OI

Tto: Pred-F cada 3, cloranfenicol cada 3, atropina cada 8, ibuprofeno tabletas cada 8

DS no dolor

Al Ef

Córnea clara, LIO OK, sangre en endotelio

PIO: digital OK

Fdo: OK

c/ tratamiento, cita miércoles

(...)

Junio 07 de 2004

Datos de optometría

Paciente refiere que no está viendo bien. Sombra inferior. No ve burbuja de gas

FO: Retina superior desprendida, se colocó bloqueo, intercambio gaseoso con C_3F_8 vía pars plana temporal inferior.

Plan= observación, láser OI, consulta mañana, pred-F cada 6

Paciente a quien se le realizó intercambio gaseoso ayer (C_3F_8) refiere que observa burbuja de aire, no ve sombra

LIO OK, algo de pigmento

TON (tonometría) 10 mmHg

Se realizó láser, consulta el jueves

Julio 07 de 2004

Post intercambio gaseoso OI

Post láser OI

FO= Retina aplicada OI, gas 40%

Se pasa para realizar láser.

Plan= Voltaren cada 8, consulta 1 semana

Julio 07 de 2004

P= (poder) 190 mw (milivatios)

T= (tiempo) 015 s / segundos)

#= (número) 432

Ø= (diámetro) 200

Burbuja nasal sup (superior)

Cabeza inclinada hacia la izq (izquierda) levemente.

(...)

Julio 14 de 2004

Intercambio OI

Láser OI

Tto: Voltaren cada 8

DS no dolor, mejor agudeza visual-hipotónico

Fdo

Desgarro nasal superior parcialmente cubierto

C/ previa asepsia (retrobulbar-anestesia)

C_3F_8 4 milímetros pars plana

Reposo, cita mañana

Julio 15 de 2004

Láser

Esquema de láser

c/ Posición, valoración, cita 5 días

Julio 21 de 2004

Post qx OI

Intercambio gaseoso C_3F_8 14%, cita mañana

Julio 22 de 2004

Post I gaseoso

DS bien

Mala reacción de láser

c/ Cita 2 días

Julio 29 de 2004

Post qx OI

Láser buena reacción, aplicado 100%

c/ cita próximo martes

(...)

Septiembre 09 de 2004

Persistencia inferior de desprendimiento de retina

C/ Retinopexia

Septiembre 11 de 2004

Continúa área inferior elevada

C/ Indentación escleral + láser

Valorar Vit (vitrectomía) residual inf (inferior)

Septiembre 14 de 2004

Primer control operado OI. Leve dolor

Tto: Pred-F cada 3, Atropina cada 8, Cloramfenicol cada 3,
Ibuprofeno cada 8

DS no dolor

Al Ef

No edema corneal, gas 100%

PIO – dig (digital) OK

Fdo- aplicado

C/ reposo
Tto: cita 5 días

(...)

Febrero 12 de 2005

Papilitis OACR

Se realizan pulso de Metilprednisolona, siente que mejoró

Se intenta recuperar algo de AV OI retiro de banda + láser
(valorar silicón)

Febrero 26 de 2005

Primer(...) control operado OI

Tto: Pred-F cada 3, Bextra cada 24, Atropina cada 8,
Cloramfenicol cada 3 OI. Trusopt cada 12 OD

DS, no dolor

Al Ef

BIO, OI: Edema corneal, CA formada

Fdo: aplicado

c/ Tto: cita 1 semana

(...)

Marzo 10 de 2005

Post qx OI

OACR OD

Tto: Pred-F cada 3, Atropina cada 24, Genteal cada 8

DS- estable

Winadine F cada 6

Esquema que reporta membrana en ojo izquierdo con
secreción.

Plan: Zymarán cada 2 x 2 días y luego cada 6, Pred-F cada 3,
Atropina cada 24, Genteal cada 4, valoración por medicina
interna y gastroenterólogo por uso crónico de analgésicos

Marzo 12 de 2005

Dolor intenso.

Winadine F, no mejora

C/ Se sugiere evisceración OI

Tramal amp 50 mg

Tramal long cada 12

Evisceración + implante intraocular + eversión escleral OI.

Se explica (Se comenta Dra. Melo).

Marzo 14/05

Pendiente procedimiento. No asiste a consulta, doctor CARLOS ESTEBAN VELEZ.

Enterada del caso sugiero AV NPL (no percepción de luz) OI Evisceración + eversión escleral + implante intra-orbitario OI, BAG (bajo anestesia general), doctora LUZ MARINA MELO.

Marzo 15/05

Llaman por urgencia de Clínica Bautista. Se habla con paciente y se explica evisceración, muerte. Doctor CARLOS ESTEBAN VELEZ.

Paciente hoy ha estado sin dolor, la familia decide no operarlo y desea esperar, doctora LUZ MARINA MELO.

(No hay más anotaciones).

6. Inocultables son las imprecisiones de ese compendio de la historia clínica, particularmente, en lo tocante con las intervenciones quirúrgicas a que fue sometido el actor, pues no las identificó, ni hizo referencia expresa a ellas, ni describió su práctica, ni dejó constancia de los hallazgos encontrados o de los resultados obtenidos, ni contiene ningún comentario sobre las explicaciones dadas al paciente y/o a sus familiares y, mucho menos, se refiere a las prescripciones ordenadas para el cuidado posoperatorio.

Puede decirse que es total el vacío o la omisión que, respecto de las cirugías practicadas al aquí demandante, presenta el resumen de la historia clínica elaborado por la Clínica Oftalmológica del Caribe Ltda.

7. La constatación precedente permite arribar a dos conclusiones específicas, marcadamente incidentes en la ponderación del dictamen médico legal, que como ya se consignó, constituye el fundamento exclusivo de la sentencia absolutoria del *ad quem*:

7.1. En primer lugar, que si el referido resumen fue el único elemento que, respecto del diagnóstico y tratamiento dado al señor Alfonso Ortiz López, fue remitido a la Escuela de Medicina Legal del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses para la absolución del cuestionario que le formuló el doctor Víctor Pacheco, médico forense encargado de rendir el dictamen ordenado en este proceso, según él mismo lo precisó, las respuestas dadas por la citada escuela o, en su defecto, por el Departamento de Oftalmología de la Fundación Universitaria de Ciencias de la Salud, Facultad de Medicina, Hospital de San José, doctor José Fernando Arango, Cirujano Vítreo y Retina, carecen de sustento científico.

Es que si, como ya se estableció, en el referido resumen no aparecen siquiera indicadas las cirugías practicadas y, menos aún, los datos específicos de su realización, no se entiende cómo pudo contestarse que el *“desprendimiento de retina”*, *“fue manejado de forma adecuada”*, cuando la mayoría de tales procedimientos fueron los mecanismos utilizados por el médico tratante para contrarrestar esa complicación; o que el galeno que efectuó las intervenciones *“del agujero macular ojo izquierdo”* y de *“catarata”*, “[n]o” tuvo ningún *“compromiso en su accionar”*, respuesta que carece de toda explicación o

sustento; o que *“no hubo mal procedimiento en las cirugías practicadas al señor ALFONSO ORTIZ LÓPEZ y por lo tanto se ajustaron a la LEX ARTIS”*; o que *“[d]urante los diferentes procedimientos quirúrgicos y sus tratamientos médicos, practicados al señor ALFONSO ORTIZ LÓPEZ”, “se cumplió con lo que se debió hacer y en el momento en que se debió hacer, para cumplir con la Lex Artis”*, afirmación que igualmente no fue sustentada en forma alguna.

7.2. Y, en segundo término, que como consecuencia de lo anterior, las conclusiones del perito, según las cuales, de un lado, *“no hubo mal procedimiento en las cirugías practicadas al señor ALFONSO ORTIZ LÓPEZ y por lo tanto se ajustaron a la LEX ARTIS”* y, de otro, tanto el desprendimiento de retina como la perforación escleral que sufrió el citado paciente, fueron *“complicaciones”* propias del tratamiento que se le brindó, carecen igualmente de fundamento, toda vez que el médico forense las sustentó en *“las respuestas”* dadas al cuestionario que previamente le había formulado a la Escuela de Medicina Legal y Ciencias Forenses, el cual fue trasladado y, en definitiva, absuelto por la Fundación Universitaria de Ciencias de la Salud, Facultad de Medicina, Hospital San José, doctor José Fernando Arango, cirujano de vítreo y retina.

8. De suyo, que la correcta valoración del dictamen pericial de que se trata, exigía del juzgador establecer si las conclusiones del mismo tenían suficiente sustento científico, sin que, por ende, le fuera viable tomar únicamente las deducciones finales del experto, en tanto que ello implicaba

cercenar la experticia, pues conducía a desconocer su fundamentación, cuyo análisis debe ser siempre crítico.

Pese a su distinta naturaleza, son aplicables aquí las apreciaciones con las que la Corte casó la sentencia dictada en un proceso de rescisión por lesión enorme, debido al error de hecho en que incurrió el Tribunal al apreciar el dictamen pericial elaborado para determinar el valor comercial del inmueble implicado en dicho litigio, en tanto que ellas, como se verá, versaron sobre la carencia de fundamentos de la experticia. Dijo en tal ocasión la Sala:

En suma, si la firmeza y calidad del dictamen, la otorgan la fuerza expositiva de los razonamientos, la ilación lógica de las explicaciones y conclusiones, así como la calidad de las comprobaciones y métodos utilizados por el experto, quedaría en una mera opinión personal de éste, el trabajo que, cual se aprecia en los que se dejaron resumidos, sólo se sustenta en una simple descripción física del predio (para lo cual no se requiere de especiales conocimientos) y en conclusiones subjetivas que no tienen apoyo en basamento alguno, que resulte comprobable respecto de las conclusiones o resultados que plantea -a partir de la información y la metodología que detalla- de cara al estado del arte o ciencia de que se trate, y suficientemente consistente en sus conclusiones desde la perspectiva de la lógica formal; soporte que, se repite, siempre debe explicitarse en el dictamen, a efectos de que, sin dejar de ser -a fin de cuentas- una opinión del perito, se sostenga ella en reglas, métodos, procedimientos técnicos, científicos o artísticos que la tornen lo más objetiva posible, y, por ese camino, que le brinden al trabajo realizado por el experto, la fuerza persuasiva necesaria para su acogimiento, en tanto es un juicio racional emitido con base en el conocimiento especializado acerca de un hecho cuya valoración es necesaria en el proceso y no pertenece a la órbita del

derecho ni cae en el ámbito de la información media o común.

*Ahora bien, no se trata de que en sede de casación la Sala no siga reconociendo la autonomía de que goza el sentenciador de instancia para calificar y apreciar la firmeza, precisión y calidad de los fundamentos del dictamen pericial. Lo que se quiere resaltar, como por demás se ha hecho en ocasiones anteriores (Cas. Civ. del 11 de julio de 2005, Exp. 73001-3103-001-1995-1977-01 y del 6 de junio de 2006, Exp. 11001-31-03-010-1998-17323-01) es que cuando la Corte constata, de acuerdo con lo que el censor le propone y sólo en esa medida, que dichos fundamentos son **meramente formales o de apariencia**, resultan atendibles los reparos que por la **indebida apreciación de la fuerza probatoria de una pericia** le achaca el impugnante al fallo del Tribunal, direccionando el embate por la **vía indirecta** en la forma de **error de hecho**, aduciendo la falta de idoneidad de sus fundamentos (CSJ, SC 7720 del 16 de junio de 2014, Rad. n.º 2008-00374-01; subrayas y negrillas fuera del texto).*

9. Así las cosas, es ostensible el error de hecho en que incurrió el Tribunal al apreciar la experticia médico legal, como quiera que tomó sólo sus conclusiones y, de esta manera, la desfiguró, pues soslayó que esas deducciones carecían de fundamento científico real, en la medida que estuvieron soportadas en el concepto emitido por el médico consultado, doctor Arango, quien para responder el cuestionario que se le propuso, únicamente contó con el resumen de la historia clínica del paciente, en el cual no se relacionaron las cirugías que le fueron practicadas al paciente, ni se hizo la descripción de tales intervenciones, limitándose a señalar el manejo posoperatorio.

10. Ahora, como el único soporte del fallo combatido en casación, según ya se puntualizó, fue el dictamen pericial y, más exactamente, las conclusiones del mismo, consignadas en el informe rendido el 6 de marzo de 2012, informe que como viene de decirse carece de fundamento, el desatino detectado luce trascendente, como quiera que provocó la revocatoria de la sentencia estimatoria dictada en primera instancia y que, en defecto de ella, el Tribunal hubiese optado por denegar la totalidad de las pretensiones elevadas en el escrito con el que se dio inicio al litigio.

11. El cargo, por consiguiente, prospera y, en tal virtud, habrá de casarse el proveído objeto de la censura.

SENTENCIA SUSTITUTIVA

1. Como fundamentos de la decisión estimatoria que el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Barranquilla adoptó en su sentencia del 24 de abril de 2013, se destacan los siguientes:

1.1. Interpretada la demanda de conformidad con el principio consagrado en el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil, se establece que el caso propuesto debe dilucidarse a la luz de la responsabilidad que surge de la obligación de la demandada de prestar los servicios médicos dentro del esquema de la seguridad social, lo que supone la preexistencia de la relación jurídica que, en los términos de

la Ley 100 de 1993, surge de la afiliación de una persona a una E.P.S. o mediante el respectivo contrato.

1.2. Fruto de la evolución jurisprudencial que en Colombia ha tenido la responsabilidad médica, desde hace algún tiempo se venía aplicando la *"teoría de la carga dinámica de la prueba"*, en virtud de la cual debe identificarse si *"es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos"* o si, por el contrario, esa facilidad la tiene la parte opuesta, tanto en lo que refiere a la *"falla del servicio"* como a la *"relación de causalidad"*, planteamiento que el *a quo* sustentó con transcripción de un fallo de esta Corporación, y cuya aplicación reclama la parte actora en la apelación para aducir que era a la demandada a quien correspondía aportar en forma completa la historia clínica que debía dar cuenta de todo el tratamiento y las intervenciones de que fue objeto el paciente cuya indemnización se reclama, señalando como pudo apreciarse que aquella se allegó incompleta, con ausencia de la mayoría de las cirugías practicadas, impidiendo llegar a firmes conclusiones sobre su calificación.

Hoy se viene criticando, tanto desde el punto de vista de la teoría jurídica, que se hable de la existencia de una carga de la prueba en cabeza de una de las partes y de la misma forma que se pretenda trasladar esa carga a quien no busca obtener los efectos de la decisión que reclama tal demostración, para sostener que lo que se presenta dentro del proceso es que la prueba se hace necesaria para la decisión (principio de la necesidad de la prueba) lo que conlleva al deber de aportación de las pruebas que cada

parte está en la posibilidad de aportar, lo cual calificará el juez en su momento.

1.2. Los elementos estructurales de la responsabilidad son: 1. la *"existencia de un vínculo obligacional, que puede ser un contrato, o la vinculación a una entidad prestadora del servicio de salud"*, *"el daño"* y el *"nexo causal"*, debiéndose tener por acreditado el primero de ellos, con la documentación allegada, pero también con la contestación de la demanda en la cual no discutieron el hecho de la vinculación así como tampoco el contrato que dicha entidad celebró con la clínica demandada.

1.3. En cuanto hace al último, se tiene, de un lado, el citado documento, en relación con el cual el sentenciador de primera instancia reprodujo la transcripción que de él hizo la clínica demandada y que aparece en los folios 533 a 546 del cuaderno No. 2; y, de otro, el dictamen pericial, que igualmente reprodujo a espacio, elementos de juicio de los que ese juzgador extractó:

a) De la intervención practicada el 24 de agosto de 2001 *"no se indicaron los detalles de la cirugía de vítreo de forma cronológica, disciplinada y narrativa de las técnicas utilizadas (...), para poder determinar si se aplicaron o no las técnicas quirúrgicas tal como las describió medicina legal en la pericia (...), lo que se aprecia como un indicio grave en contra de la entidad demandada (se observa además que se realizó dicha cirugía un mes después del diagnóstico)"*, puesto que tal carga demostrativa, según *"las sub reglas de valoración en los casos*

de responsabilidad médica[,] correspond[ia] a la clínica dentro de los marcos del dinamismo de la prueba”.

b) Desde el control verificado el 14 de mayo de 2002 *“la clínica[,] a través del médico oftalmólogo retinólogo CARLOS ESTEBAN VELEZ, al examinar el paciente[,] encontró catarata cortico – nuclear ambos ojos II (...) y solamente hasta el 14 de enero de 2004, es decir, 20 meses después[,] es que se decid[ió] ordenar nueva cirugía”* para, entre otros objetivos, tratar esa deformación, pero solo en el ojo izquierdo, intervención que se realizó el 2 de abril del precitado año, comportamiento que denota la falta de *“inmediatez o diligencia”* en la atención brindada al paciente, a lo que se añade que dicho procedimiento tampoco fue incluido en la historia clínica, por lo que se carece de elementos demostrativos que acrediten *“las técnicas utilizadas por el cirujano”* y, menos aún, *“la efectividad científica de su labor e implementación adecuada”*.

c) Como consecuencia de las complicaciones desarrolladas por el enfermo, detalladas como aparecen en el resumen de la historia clínica aportado por la persona jurídica demandada, se establece que en *“febrero 9 de 2005 (...) el ojo izquierdo presentó (...) área de banda expuesta, secreción abundante y el ojo derecho presentó edema de papila, [r]etina [p]álida y en febrero 12 de 2005 papilitis OACR (oclusión de arteria central de la retina) y se intentó recuperar algo AV [o]jo izquierdo con retiro de banda + láser (valorar silicón), es decir, se ordenó una nueva cirugía de la cual no reposa en la historia aportada por la clínica un detalle de la misma”*.

d) Es evidente, entonces, “que [al] ojo izquierdo del paciente no se le dio una atención adecuada por parte del médico tratante y por la clínica, puesto que aunque presentó catarata conocida como uno de los riesgos de la cirugía de vítreo[,] no se tomaron las medidas inmediatas para tratarl[a] cuando fue detectada en fecha 14 de mayo de 2002, no solamente en el ojo izquierdo, sino en el ojo derecho al cual no se le hizo el tratamiento inmediato, además que en fecha 27 de mayo de 2003 en el ojo derecho el paciente presentó desprendimiento de vítreo posterior (...) y es claro que la falta de tratamiento oportuno del desprendimiento de vítreo puede tener consecuencias fatales para el paciente, al respecto afirma el legista frente a este punto del interrogante (si la visión mejorará?) (...): ‘cuan[t]o más severo el desprendimiento de retina o mayor tiempo de desprendimiento, menor la probabilidad de mejora visual’ y por ello la clínica fue negligente en su proceder o se determina la falta médica, pruebas que saltan a la vista y determinan la culpabilidad del médico tratante y la falta del servicio de la clínica, puesto que aunque no solamente [no] se describi[eron] las distintas cirugías realizadas en el ojo izquierdo (...) que al final se sugirió la evisceración del mismo, sino que tampoco se trató oportunamente o con inmediatez el ojo derecho que también fue puesto en riesgo, (...), por ello, la[s] falta[s] del médico y de la clínica fueron evidentemente determinantes en la pérdida de la vista del actor (...), es decir, primero del ojo izquierdo (que terminó con evisceración) y luego el ojo derecho (afección visual); quedando el paciente desvalido por la ausencia de la visualización”, conclusión que igualmente encuentra respaldo en la declaración rendida por la doctora Mireya Benavides Vásquez.

Intercaladas con las anteriores apreciaciones fácticas, el sentenciador de primera instancia consignó otras de linaje jurídico, así:

a) Por aplicación del criterio jurisprudencial aludido, es claro que la *“carga de la prueba científica se traslada a la demandada en los matices de la responsabilidad médica, (...), y ante el evento que una historia clínica carezca de tales informes detallados no puede un médico legista, por muy experto que sea en la materia pericial[,] afirmar que un procedimiento o maniobra médica estuvo bien realizada[,] como en efecto sucede en el sub lite, [cuando] no reposa en la historia clínica la descripción detallada o pormenorizada (**descrita de forma ordenada, disciplinada o secuencialmente narrada describiendo hallazgos e inconvenientes, etc.**) de lo que hizo el cirujano en cada cirugía o en cada intervención quirúrgica, (...), por ello el legista[,] (...) al observar la historia clínica con la ausencia de tales factores[,] desatin[ó] en sus conclusiones[,] lo que considera el despacho, porque [fue] apresurado afirmar por medicina legal que no existe responsabilidad por el médico tratante, puesto que (...) afirmar que el procedimiento o las técnicas se cumplieron por el cirujano sin analizar la descripción del desarrollo de las cirugías realizadas[,] es una falacia”.*

b) En la hipótesis de que los médicos no registren en debida forma, al interior de las historias clínicas, las intervenciones que practiquen, se colocan en situación de no poder atender la carga probatoria que les corresponde, de *“demostrar que su procedimiento fue el correcto”*, siendo ellos los que pueden cumplir con ese deber probatorio, sin que su *“descuido”*, de *“no detallar la descripción de su labor en el*

quirófano”, pueda producir efectos *“en contra del interés del afectado”*, lo que explica que no baste una mención general de las cirugías, sino que la referencia que a ellas se haga debe contener, con un alto grado de precisión, todo el procedimiento realizado, a efecto de poder establecer que el mismo *“fue correcto”*, porque de lo contrario, es decir, si el relato no es completo, *“no se puede simplemente presumir o inferir”* que ello fue así.

1.4. El dictamen pericial advirtió sobre los riesgos quirúrgicos, entre otros, el de adquirir una infección, y que la ocurrencia de este supuesto es consecuencia de *“la falta de cuidado del médico”*, como ocurrió en el presente caso, en el *“que se le diagnosticó endoftalmitis (infección del ojo izquierdo del paciente, desde el 9 de febrero de 2005, se oper[ó] el 25 de febrero de 2005 y después de la cirugía persistió con la infección (...))”*, situación *“que no dejó otra alternativa que al final recomendar la evisceración del miembro (ojo izquierdo)”*, como en efecto se hizo.

1.6. En definitiva, el juzgado observó:

(...) No se le proporcionó al juicio la descripción científica de la labor médica materializada en cada cirugía desarrollada por el galeno, por esta ausencia de información, no demuestra la parte demandada que en cada cirugía aplicó debidamente las técnicas de cada caso, toda vez que: al afirmar el cirujano que realizó la vitrectomía, y aplicó los líquidos y el gas, etc., [n]o es suficiente sino que se requiere una descripción narrada o descrita de forma secuencial de cada paso aplicado o que debió dejarse de aplicar por eventualidades, y las eventualidades presentadas y el tipo de inconvenientes, hallazgos y cómo se trataron los mismos en el quirófano[,] porque de lo contrario se desconoce realmente lo que el

cirujano hizo, siendo ésta la información esencial que se requiere para saber que el profesional de la salud obr[ó] bien u obr[ó] mal, pues tal información no fue acreditada por la parte demandada y por ende no cumplió con la carga demostrativa que se le impone a la accionada para eximirse de su responsabilidad, además, dada la complicación del paciente no fue dejado internado por ordenes del médico tratante, sino que era entregado a los familiares exponiéndolo a mayores afecciones, y que en efecto sucedió, el ojo izquierdo después de varias cirugías, fue infectado, aspecto éste que lo llevó a la evisceración del mismo (ver folio 544 del C. Princ. del exp.) (...). Cabe resaltar que al ojo derecho se le detect[ó] por el médico el desprendimiento de retina desde el 27 de mayo de 2003 y el 12 de marzo de 2005 es que se viene a recomendar el manejo médico[,] lo que vislumbra la falla médica (ver folio 546 del exp.), y **la ilustración del legista dice:** ‘Cuan[t]o más severo el desprendimiento de retina o mayor el tiempo de desprendimiento, menor la probabilidad de mejora visual’, **lo que da mayor grado de probabilidad de la pérdida de la mejora visual del paciente en el ojo derecho.**

1.7. Con tal base coligió, por una parte, que se demostró el “nexo causal”, “la culpabilidad” y la “responsabilidad civil” de la accionada; y, por otra, “que el hecho que produjo las lesiones en el actor (...), fue la práctica del procedimiento clínico realizado por el personal médico de la CLÍNICA OFTALMOLÓGICA DEL CARIBE S.A. y por la imprevisión médica del médico tratante Doctor CARLOS ESTEBAN VELEZ LONDOÑO”.

1.8. Se refirió luego, con apoyo en la jurisprudencia nacional, a la responsabilidad directa de las personas jurídicas, derivada de las actuaciones que realice cualquiera de sus agentes, en desarrollo de las actividades asignadas por la organización misma.

1.9. Por último se ocupó de la cuantificación del perjuicio, temática en relación con la cual acotó:

a) El demandante *“solicitó en sus pretensiones que se condenara por perjuicios materiales por la suma de CUARENTA MILLONES DE PESOS M/L (\$40.000.000), pero no especificó ni [el] lucro cesante ni [el] daño emergente, y mucho menos aportó pruebas que demostraran el daño patrimonial que alega haber sufrido, en este sentido[,] no encontrándose prueba que sustente esta pretensión[,] el despacho no concederá indemnización por perjuicios materiales”*.

b) Tras referirse en abstracto al daño moral y a la vida de relación e invocar distintos pronunciamientos de esta Corte al respecto, el juzgado estimó *“como valor a indemnizar por los daños morales causados al demandante el valor de VEINTE MILLONES DE PESOS (\$20.000.000), y por el daño a la vida de relación la suma de TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30.000.000), teniendo en cuenta su edad y el sufrimiento por la desesperanza de no volver a ver por el ojo perdido y por estar sometido a la lidia y cuidado especial personal durante el resto de su vida al tener que caminar con ayuda de bastón, ... con pobre respuesta a la luz del ojo derecho (...)”*.

2. Ambas partes apelaron la sentencia de primer grado.

2.1. El demandante, en desarrollo de dicho recurso, solicitó *“tener en cuenta la prueba testimonial para ta[s]ar los perjuicios materiales”* e incrementar las condenas impuestas por concepto del perjuicio moral y del daño a la vida de

relación, al máximo reconocido por la jurisprudencia nacional, en casos similares.

En sustento de su queja, memoró el desenvolvimiento de los hechos que condujeron, en definitiva, a la enucleación de su ojo izquierdo y a la notoria reducción de la visión por el derecho; la situación económica que tenía para entonces y en la que quedó posteriormente; las actividades que desplegaba para conseguir recursos adicionales a su pensión; y el estado de la jurisprudencia en relación con los rubros atrás mencionados (fls. 9 a 12, cd. 3).

2.2. Los accionados, por su parte, pidieron que “se *revoque la sentencia apelada*” y que, “*en su lugar[,] se [les] exonere (...) de todos los cargos de la demanda*”.

En tal virtud, le reprocharon al juzgado del conocimiento haber desconocido “*las conclusiones emitidas por medicina legal en el informe técnico (...) de fecha 6 de [m]arzo de 2012*”, en el que, con base en las respuestas que “*el Departamento de Oftalmología de la Fundación Universitaria de Ciencias de la Salud Facultad de Medicina Hospital de San José a través del Doctor **JOSÉ FERNANDO ARANGO**[,] Cirujano de V[í]treo y Retina*”, dio a los interrogantes que se le formularon sobre la atención brindada al señor Ortiz López, se conceptuó el cumplimiento “*a cabalidad con los procedimientos médicos indicados para el caso que nos ocupa*”.

Al respecto, la apelante destacó que de las tres partes que integran el dictamen médico legal, la última, surtida en

la fecha atrás indicada, fue la *“definitiva”* y que en ella se eximió *“de la responsabilidad alegada por el demandante a los demandados”* y se estableció *“que el proceder médico y el tratamiento aplicado se ajustó a la Lex Artis y por lo tanto no hubo mal procedimiento en el caso de estudio”*.

Tras advertir la coincidencia de esa experticia con la declaración de parte que rindió el doctor Vélez Londoño, la impugnante puso de presente, en primer lugar, que los jueces *“debe[n] tener en cuenta los informes técnicos y darle[s] la valoración adecuada[,] pues los mismos son emitidos por especialistas en cada caso con el conocimiento y la experiencia debid[a]”*; y, en segundo término, que si el funcionario que conoció de este asunto en primera instancia, hubiese apreciado *“el dictamen final de fecha 6 de [m]arzo del 2012[,] la sentencia [h]abría desestimado las pretensiones del actor, más cuando toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”* (fls. 5 a 7, cd. 3).

3. Como la alzada de los accionados propende por la infirmación total del fallo del *a quo*, la Corte iniciará con el estudio de dicho recurso.

3.1. No obstante la falta de claridad que se avizora en la sentencia cuestionada, de ella se infiere:

a) El punto del que partió el *a quo* para acoger las pretensiones de la demanda, fue que la transcripción de historia clínica aportada por la parte demandada, carecía de

la descripción detallada de las diferentes cirugías que se le practicaron al actor.

b) De esa circunstancia infirió, en primer lugar, la aplicación de la *“teoría de la carga dinámica de la prueba”*, pues tal omisión, atribuible sólo a los accionados, no podía repercutir negativamente en la aspiración del accionante y, por ende, implicaba para aquéllos el deber de probar que los procedimientos terapéuticos que le realizaron al señor Ortiz López, especialmente, las diversas intervenciones quirúrgicas que efectuaron en su ojo izquierdo, se sujetaron en un todo a la *lex artis*, obligación procesal que no atendieron satisfactoriamente.

c) Y, en segundo lugar, que el dictamen pericial rendido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Sede Barranquilla, así como el concepto emitido por el especialista consultado por el médico legista, eran inatendibles, por carecer de bases científicas sólidas, en tanto que uno y otro se fundamentaron, precisamente, en el resumen de la historia clínica que aportó la persona jurídica demandada, compendió que, como acaba de registrarse, no contiene la descripción de las diversas operaciones practicadas al nombrado paciente.

3.2. Ningún reproche cabe hacerle, ni fue planteado por los accionados en la apelación, a la utilización que en el caso *sub lite* el *a quo* hizo de la tesis relacionada con el dinamismo de la carga probatoria, aunque, como adelante se señaló, hoy se hace necesario hablar del deber de aportación

de la prueba, que el juez puede exigir a cualquiera de las partes dependiendo de la posibilidad que tenga de aportarla.

3.2.1. Si bien es verdad que tratándose de la responsabilidad médica, ya sea la contractual, ora la extracontractual, es regla de principio, que corresponde a quien la reclame comprobar los elementos que la estructuran para obtener el derecho a ser indemnizado, entre ellos, la culpa del accionado y el nexo de causalidad, también lo es que para no hacer nugatorio el derecho de las víctimas, quienes no siempre están en situación real de cumplir con ese deber, la jurisprudencia y la doctrina, soportadas en el mandato de los artículos 177 del Código de Procedimiento Civil y 1604 del Código Civil, han admitido que en aquellos casos en los que no sea factible a su promotor, proveer la prueba de los advertidos requisitos axiológicos, opera la flexibilización de tal principio, de modo que los hechos que interesan para la correcta definición de tales asuntos litigiosos, los acredite la parte que esté en posibilidad de hacerlo, particularmente, el de la diligencia y cuidado, que según el inciso 3º del segundo precepto atrás invocado, *“incumbe al que ha debido emplearlo”*.

Al respecto, la Sala, tras advertir que *“los presupuestos de la responsabilidad civil del médico no son extraños al régimen general de la responsabilidad”*, puso de presente que es *“en torno a ese panorama axiológico”* que opera *“el principio de la carga de la prueba (artículo 177 del Código de Procedimiento Civil)”*, pero *“visto con un sentido socializante y moralizador, esto es, distribuyéndola entre las partes para demandar de cada una*

la prueba de los hechos que están en posibilidad de demostrar y constituyen fundamento de sus alegaciones, pues éste es el principio implícito en la norma cuando exonera de prueba las afirmaciones o negaciones indefinidas, precisamente por la dificultad de concretarlas en el tiempo o en el espacio, y por ende de probarlas, (...)”.

Enseguida concluyó, que como “lo nuclear del problema está en la relación de causalidad adecuada entre el comportamiento activo o pasivo del deudor y el daño padecido por el acreedor, pues es aquí donde entran en juego los deberes jurídicos de atención y cuidado que en el caso concreto hubo de asumir el médico y el fenómeno de la imputabilidad, es decir, la atribución subjetiva, a título de dolo o culpa”, es “precisamente en este sector del comportamiento en relación con las prestaciones debidas, donde no es posible sentar reglas probatorias absolutas con independencia del caso concreto, pues los habrá donde el onus probandi permanezca inmodificable, o donde sea dable hacer actuar presunciones judiciales, como aquellas que en ocasiones referenciadas ha tenido en cuenta la Corte.... () ...Todo, se reitera, teniendo en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica, complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como el tiempo y el lugar del ejercicio, pues no de otra manera, con justicia y equidad, se pudiera determinar la corrección del acto médico (lex artix)” (CSJ, SC del 30 de enero de 2001, Rad. n.º 5507; se subraya).

En una segunda aproximación al tema, la Sala, en relación con el deber demostrativo que en los procesos

judiciales compete a cada una de las partes, estimó que dicha obligación “no se opone que el juez, atendiendo los mandatos de la sana crítica y mediante diversos procedimientos racionales que flexibilizan el rigor de las reglas de la carga de la prueba, asiente determinadas inferencias lógicas enderezadas a deducir la culpabilidad médica en el caso concreto. En efecto, como quiera que es posible que una rigurosa aplicación de la disposición contenida en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil puede aparejar en este ámbito el fracaso de la finalidad reparadora del régimen de la responsabilidad civil, particularmente, por las dificultades probatorias en las que se puede encontrar la víctima, no es insensible la Corte ante esa situación, motivo por el cual asienta que, teniendo en consideración las particularidades de cada caso en concreto, lo que repele indebidos intentos de generalización o de alteración de los principios y mandatos legales, y en la medida que sea posible, puede el juez acudir a diversos instrumentos que atenúan o ‘dulcifican’ (como lo denominan la doctrina y la jurisprudencia españolas) el rigor del reseñado precepto” (CSJ, SC de 22 de julio de 2010, Rad. n.º 2000 00042 01; se subraya).

En ese mismo fallo explicó que, “dependiendo de las circunstancias del asunto, se insiste una vez más, es posible que el juez, con sujeción a las normas jurídicas y de la mano de las reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica, deduzca ciertas presunciones (simples o de hombre) relativas a la culpa galénica; o que lo haga a partir de indicios endoprocesales derivados de la conducta de las partes (artículo 249 *Ibíd.*); o que acuda a razonamientos lógicos como el principio res ipsa loquitur (como cuando se olvida una gasa o material quirúrgico en la zona intervenida, o se amputa el miembro equivocado, etc.); o teniendo en consideración la manifiesta anormalidad de las

consecuencias del acto médico deduzca una ‘culpa virtual’ o un ‘resultado desproporcionado’, todo lo anterior, se reitera aún a riesgo de fastidiar, sin que sea admisible la aplicación de criterios generales que sistemática e invariablemente quebranten las reglas de distribución de la carga de la prueba previstos en el ordenamiento” (ibídem; se subraya).

En tiempo reciente, la Corte, retomando esas enseñanzas, ha puntualizado que “ante el requerimiento de definir la responsabilidad de un profesional de la medicina o del establecimiento hospitalario, la carga probatoria tendiente a acreditar los elementos de la misma queda subsumida, en línea de principio, en las reglas generales previstas en los artículos 1604 del C.C. y 177 del C. de P.C., en otros términos, debe ser asumida por parte del actor. No obstante, como lo ha venido señalando la jurisprudencia, a quien, en últimas, le corresponde acometer ese compromiso es aquel litigante que esté en mejores condiciones para la acreditación del hecho a probar. (CSJ, SC 12947 del 15 de septiembre de 2016, Rad. n.º 2001 00339 01; se subraya). Aunque esta sentencia que se cita se refiere concretamente a la carga dinámica, es necesario advertir que en muchos casos también le es aplicable el nuevo concepto del “Deber-obligación de todas las partes de aportación de las pruebas.”

No porque sea aplicable al caso en estudio, conviene señalar que hoy en día, el inciso 2º del artículo 167 del Código General del Proceso, en relación con el deber procesal de que se trata, prevé que “según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar pruebas, durante su práctica

o en cualquier momento de proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de la prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentra la contraparte, entre otras circunstancias similares”.

Se positivizó, pues, lo que hasta ahora era sólo una postura jurisprudencial y doctrinaria.

3.2.2. Así las cosas y si, como en sede de casación, ya se estableció, son “[i]nocultables las imprecisiones de ese compendio de la historia clínica, particularmente, en lo tocante con las intervenciones quirúrgicas a que fue sometido el actor, pues no las identificó, ni hizo referencia expresa a ellas, ni describió su práctica, ni dejó constancia de los hallazgos encontrados o de los resultados obtenidos, ni contiene ningún comentario sobre las explicaciones dadas al paciente y/o a sus familiares y, mucho menos, refiere las prescripciones ordenadas para el cuidado posoperatorio”, resulta claro que esa circunstancia específica del presente caso, permitía inferir en la forma como el *a quo* lo hizo, por la gravedad de la referida omisión de los demandados, que dicha falencia probatoria constituye un indicio grave en contra de la parte demandada a quien correspondía la elaboración de una historia clínica completa y que informara todo lo acontecido en el tratamiento dado al actor, indicio que permite colegir en su contra y no al

contrario, que al no cumplir esa obligación profesional, no demostró cuál fue su comportamiento y dejó de probar que hubiera actuado de acuerdo con la *lex artis* como se pretende excepcionar para evadir la responsabilidad.

Es que no hacer el registro de tales procedimientos en la transcripción de la historia clínica que aportaron al proceso, es cuestión que dejó al actor en una posición muy desventajosa para cumplir con el deber de acreditar la totalidad de los elementos de la responsabilidad reclamada, pues es claro que él, aparte de ese documento, no contaba con otro medio de convicción que le sirviera para demostrar que las referidas intervenciones fueron defectuosas y que, como consecuencia de su realización, perdió el ojo izquierdo.

De suyo, entonces, frente a la comentada peculiaridad del caso, aplicar estrictamente la carga de la prueba, tal y como aparece concebida en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, conducía a desconocer que los demandados con su actuar, por una parte, colocaron al actor en imposibilidad de demostrar los desaciertos del acto médico y, por otra, obtendrían un indebido beneficio, como sería el fracaso de la acción.

En procura de corregir el desequilibrio provocado por los accionados, era factible, como lo resolvió el sentenciador de primer grado, alterar la regla base de la carga probatoria, a efecto de exigirle a aquéllos la demostración de que las cirugías realizadas por el doctor Vélez Londoño en el ojo izquierdo del paciente, se sujetaron en un todo a la *lex artis*,

determinación que como ya se anunció, ni fue controvertida por los apelantes, ni se avizora equivocada.

3.2.3. La única prueba invocada por los convocados para acreditar que la actividad que desplegaron en el caso del señor Ortiz López fue la que correspondía y que la realizaron de conformidad con el estado de la ciencia médica al momento de su práctica, fue el dictamen rendido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Seccional Barranquilla, en concreto, el concepto final emitido en el informe presentado el 6 de marzo de 2012 (fls. 595 y 596, cd. 2), que reza:

Teniendo en cuenta las respuestas planteadas ante la escuela de medicina legal y ciencias forenses, y trasladadas al departamento de oftalmología de la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DE CIENCIAS DE LA SALUD FACULTAD DE MEDICINA HOSPITAL SAN JOSÉ, DOCTOR JOSÉ FERNANDO ARANGO, CIRUJANO Vítreo y Retina; podemos concluir que no hubo mal procedimiento en las cirugías practicadas al señor ALFONSO ORTIZ LÓPEZ y por lo tanto se ajustaron a la LEX ARTIS, de tal forma que el desprendimiento de retina se debió a desgarro previo de retina que se determina como una complicación. [L]a perforación esclera[1] fue encontrada en la cirugía de retiro de banda del 25 de febrero del 2005, teniendo en cuenta que una banda de silicona, con el tiempo adelgaza mucho la esclera y al realizar un retiro de banda existe el riesgo de causar una perforación esclera[1], lo anterior se considera como otra complicación.

En relación con tales conclusiones, debe repetirse aquí el análisis que de ellas efectuó la Corte al desatar el único cargo propuesto en casación, esto es, que “carecen igualmente de fundamento, toda vez que el médico forense las sustentó en ‘las

respuestas' dadas al cuestionario que previamente le había formulado a la Escuela de Medicina Legal y Ciencias Forenses, el cual fue trasladado y, en definitiva, absuelto por la Fundación Universitaria de Ciencias de la Salud, Facultad de Medicina, Hospital San José, doctor José Fernando Arango, cirujano de vítreo y retina", las cuales, a su turno, evidencian falta de "sustento científico", en tanto que se soportaron en el resumen de la historia clínica que aportó al proceso la persona jurídica demandada, compendió que como ya se consignó, no mencionó, ni describió las cirugías practicadas al nombrado paciente.

Traduce lo anterior, que ante tal carencia de fundamento científico, el comentado dictamen era, y es, inatendible, pues como bien lo dijo el *a quo*, por más versado que pueda ser el médico forense, *"afirmar que el procedimiento o las técnicas se cumplieron por el cirujano sin analizar la descripción del desarrollo de las cirugías realizadas[,] es una falacia"*.

3.2.4. Fincada la apelación de los demandados únicamente en las advertidas conclusiones del forense, es rotundo el fracaso de su alzada en tanto que, como se analizó al desatarse el único cargo propuesto en casación y viene de reiterarse, dicho concepto pericial está desprovisto de mérito demostrativo, por carecer de fundamento científico.

3.3. Pasa la Corte al estudio de la apelación planteada por el actor.

3.3.1. En la demanda con la que se dio inicio al proceso, se solicitó la condena *“al pago de perjuicios materiales ya que el señor ALFONSO a pesar de estar pensionado segula trabajando de manera independiente como: transportista [y] arreglando electrodomésticos[,] para poder cuadrar ingresos y así mantenerse [é]l y su familia, recibiendo ingresos mensuales por un valor de cada transporte que hacía a cincuenta mil (\$50.000) pesos y arreglando electrodomésticos tenía un promedio diario de treinta mil (\$30.000) (...).”*

Se extracta de allí, que la reclamación del actor estuvo referida al lucro cesante, esto es, a los ingresos que dejó de percibir por razón de los daños físicos que le provocaron los demandados, derivados de su actividad como transportista y técnico en el arreglo de electrodomésticos.

3.3.2. Como el daño patrimonial indemnizable es solamente el cierto, su reconocimiento exige la plena comprobación de su causación y de su extensión económica (*quantum*), incluso, tratándose del lucro cesante futuro.

De los elementos de juicio aquí recaudados, solamente la declaración de la señora Sandra María Castañez Tovar (fls. 298 a 301, cd. 2) se refirió a las actividades en las que el demandante soportó la reclamación de perjuicios materiales.

No obstante lo anterior, se encuentra que el acta en la que se recogió dicho testimonio, carece de la firma de la juez que lo recibió, por lo que esa versión juramentada no es apreciable como prueba, toda vez que incumple la formalidad

establecida en el numeral 11 del artículo 228 del Código de Procedimiento Civil, que remite al 109 de la misma obra.

3.3.3. Así las cosas, forzoso resulta colegir que el accionante no acreditó el perjuicio patrimonial al que aspiró y que, por ende, en ningún desacierto incurrió el juzgador de primer grado, cuando denegó el reconocimiento del mismo, precisamente, por falta de demostración.

3.3.4. Respecto de la indemnización del perjuicio moral y del daño a la vida de relación, que el apelante solicitó se incrementara al máximo admitido por la jurisprudencia patria en casos similares, es del caso recordar que:

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

Por consiguiente, la Corte itera que la reparación del daño causado y todo el daño causado, cualquiera sea su naturaleza, patrimonial o no patrimonial, es un derecho legítimo de la víctima y en asuntos civiles, la determinación del monto del daño moral como un valor correspondiente a su entidad o magnitud, es cuestión deferida al prudente arbitrio del juzgador según las circunstancias propias del caso concreto y los elementos de convicción.

Al respecto, [d]entro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales' (artículo 16 de la Ley 446 de 1998; cas. civ. sentencias de 3 de septiembre de 1991, 5 de noviembre de 1998 y 1º de abril de 2003), es decir, se consagra el resarcimiento de todos los daños causados, sean patrimoniales, ora extrapatrimoniales, aplicando la equidad que no equivale a arbitrariedad ni permite 'valoraciones manifiestamente exorbitantes o, al contrario inicuas y desproporcionadas en relación con los perjuicios sufridos' (Flavio Peccenini, *La liquidazione del danno morale*, in Monateri, Bona, Oliva, Peccenini, Tullini, *Il danno alla persona*, Torino, 2000, Tomo I, 108 ss) (CSJ, SC del 18 de septiembre de 2009, Rad. n.º 2005-00406-01; se subraya).

Y que:

En lo que toca con la cuantía del perjuicio a la vida de relación, cuya existencia ha sido acreditada, debe reiterarse que el hecho de que los bienes, intereses o derechos afectados tengan naturaleza intangible e inconmensurable, características estas que, por esta misma razón, en ciertas ocasiones tornan extremadamente difícil un justiprecio exacto, no es óbice para que el juzgador, haciendo uso del llamado arbitrium iudicis, establezca en la forma más aproximada posible el quantum de tal afectación, en orden a lo cual debe consultar las condiciones de la lesión y los efectos que ella haya producido en los ámbitos personal, familiar y social de la víctima, entre otros, desde luego, no como si se tratara estrictamente de una reparación económica absoluta, sino, más bien, como un mecanismo de satisfacción, por virtud del cual se procure al perjudicado, hasta donde sea factible, cierto grado de alivio, sosiego y bienestar que le permita hacer más llevadera su existencia (CSJ, SC del 13 de mayo de 2008, Rad. n.º 1997-09327-01; se subraya).

Como se ve, pese a que para la cuantificación de uno y otro perjuicio, es decir, del moral y del concerniente con la vida de relación, los jueces deben proceder conforme su prudente juicio, la determinación que adopten al respecto no puede carecer de fundamentos objetivos y, mucho menos, ser caprichosa o arbitraria, sino que, por el contrario, debe estar siempre fincada en las precisas circunstancias fácticas del caso sometido a su conocimiento.

Con otras palabras, cabe señalar, en apretada síntesis, que la fijación del *quantum* de la respectiva indemnización depende de la intensidad de dolor sufrido por la víctima, en el caso del daño puramente moral, o por la magnitud de la afectación que ella experimenta en sus relaciones interpersonales y/o en su vida cotidiana, en el caso de la segunda clase de perjuicio de que aquí se trata.

Se desprende de lo expuesto, que en tratándose de esa clase de perjuicios, moral y de vida de relación, no existen máximos o mínimos, ni baremos preestablecidos, lo que descarta la petición del apelante de que se aplique el mayor valor reconocido por la jurisprudencia nacional.

No obstante lo anterior, infiere la Corte que la indemnización fijada por *el quo* respecto del daño moral, no guarda cabal conformidad con los parámetros elucidados, pues no tuvo en cuenta la magnitud del sufrimiento que le fue irrogado por los accionados. La enucleación de uno de los ojos es una intervención que, en todos los casos se desdobra

en dos afectaciones: la pérdida del órgano como tal, que va en detrimento del rostro; y la disminución de la función de ver, que en el caso del aquí demandante resultó mayormente comprometida por la acentuada reducción de la visión del ojo que aún conserva (derecho), fruto también de las deficiencias en la atención médica que le fue brindada.

En este orden de ideas y en acatamiento de la integralidad de la indemnización que impone el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, la Corte accederá a la apelación del actor en este punto de los perjuicios morales, cuyo resarcimiento incrementará a la suma total de cuarenta millones de pesos (\$40.000.000.00).

Añádese que como el juzgado del conocimiento estableció *“el daño a la vida de relación [en] la suma de TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30.000.000), teniendo en cuenta su edad y el sufrimiento por la desesperanza de no volver a ver por el ojo perdido y por estar sometido a la lidia y cuidado especial durante el resto de su vida al tener que caminar con ayuda de bastón” y “con pobre respuesta a la luz del ojo derecho”* (se subraya), no hay lugar a estimar infundada tal determinación, la que, por ende, habrá de mantenerse sin cambios.

3.3.4. En suma, la apelación de demandante prospera sólo parcialmente.

4. Se concluye, en definitiva, que habrá de confirmarse la sentencia apelada, salvo en lo tocante con el

monto de la indemnización del perjuicio moral, que se aumentará a la cantidad atrás indicada.

5. El éxito reducido de la alzada propuesta por el demandante, conlleva a la imposición de las costas en segunda instancia a cargo de los accionados, pero sólo en un 30%.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia del 25 de febrero de 2014, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Civil - Familia, en el proceso que se dejó plenamente identificado en los comienzos de este proveído y, actuando en sede de segunda instancia, **RESUELVE**:


Primero: Confirmar la sentencia dictada en este mismo asunto por el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Barranquilla, fechada el 24 de abril de 2013, salvo en lo que atañe con el punto **"SEGUNDO"** de su parte dispositiva, que se **MODIFICA** en cuanto hace a la indemnización del **"DAÑO MORAL"**, que se fija en la suma de CUARENTA MILLONES DE PESOS (\$40.000.000.00) MDA. CTE.

Segundo: Costas en segunda instancia a cargo de los demandados, pero sólo en un 30%. Como agencias en

derecho se fija la suma de \$3.500.000.00. La Secretaría del Tribunal, elabore la correspondiente liquidación.

Tercero: Sin costas en casación, por la prosperidad del recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y, en oportunidad, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.


LUIS ALONSO RICO PUERTA
Presidente de Sala


MARGARITA CABELLO BLANCO
A favor voto


ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO


AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO
Aclaración de voto

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ
Con declaración de voto.

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Salvo voto.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

SALVAMENTO DE VOTO
MAGISTRADA MARGARITA CABELLO BLANCO

Radicación n° 08001-31-03-009-2007-00052-01

Con el debido respeto, consigno las razones por las cuales no acompaño la decisión de la mayoría:

1. Al margen de la laxitud con que se examina y califica el cargo planteado por el recurrente, pues no precisa la causal de casación ni el tipo de yerro probatorio cometido, quedando la duda de si hubo entremezclamiento de estos pues en ciertos apartes resalta la necesidad de entrelazar¹ las pruebas (yerro de derecho por no apreciarlas en conjunto) o del deber de aplicar el juzgador de instancia la denominada carga dinámica de las pruebas (otro yerro de derecho por violación del artículo 187 del Código de Procedimiento Civil en la intelección que a esta norma le ha imprimido esta Sala), o de tener como “prueba absoluta” el dictamen (uno más de derecho), pero en otros apartes lo reaccrimina por su indebida apreciación (yerro de facto), con prescindencia de estos aspectos técnicos de suyo graves, se dice, la mayoría parece

¹ Convergencia es la palabra que aplica el impugnante

sentar un precedente inédito en materia de responsabilidad civil médica haciéndola que se aproxime a una especie de responsabilidad objetiva², al inferir la culpa galénica y por ende el nexo causal entre esa conducta culposa y el daño reclamado a partir del incumplimiento de la obligación profesional a cargo de la parte demandada -débito ciertamente de resultado- consistente en llevar una historia clínica clara, completa, legible que, como es sabido, es elemento de gran valía, pero no el único, para poder establecer la verdad de los hechos que el juez, historiador, debe conocer con suficiencia para deducir si en el caso sometido a su decisión la *lex artis* se aplicó.

Es cierto que ya la Sala se ha aproximado, cada vez con más vigor, a exaltar la importancia de la historia clínica, y por ello, a tono además con la regulación administrativa de la materia, exige de ella que sea diligenciada en forma completa, clara, legible, sin tachones, enmendaduras, intercalaciones sin dejar espacios en blanco y sin utilizar siglas (Res. 1995 de 1999 del Minsalud). De modo que en orden a demostrar la culpa profesional del médico, que la Corte exige por tratarse de una responsabilidad subjetiva, y advirtiendo la dificultad que enfrenta la víctima que pretende acreditarla, ha adoptado una interpretación del principio de la carga de la prueba en sentido dinámico, como lo resalta el fallo del que disiento.

² Tal vez un antecedente más o menos similar pudiera ser el que se registra en sentencia del 14 de octubre de 1959 (G.J. 2217, pág. 759) en donde la Corte consideró que la medicina era una actividad peligrosa, prontamente recogido.

Por ese camino, de la historia clínica afirmó esta Sala, en fecha por lo demás muy reciente, que

“si ese registro complejo, que proviene de una de las partes -la eventual responsable-, no se cumple en absoluto, la gravedad de tal omisión conduciría a predicar no sólo similares resultados, en cuanto a la inversión de la carga probatoria, sino fundamentalmente a deducir una mala praxis médica. Pero, en tratándose de una deficiente o inexacta inscripción de datos referidos al paciente en cuestión, la demostración de tal falencia podrá servir de indicio para la formación del convencimiento acerca de la investigada responsabilidad, sin que en principio pueda concluirse, en sede de casación, que la adecuada demostración de un error probatorio como el que se le atribuye al Tribunal en este caso, pueda conducir, sin más, a deducir la obligación de resarcir los perjuicios reclamados” (SC2506-2016 del 2 de marzo de 2016, Radicación n.º 05001-31-03-003-2000-01116-01)

2. En este caso, si bien es cierto que la notoria deficiencia, por decir lo menos, del contenido de la historia clínica no podía servir de puntal para que la pericia concluyese que no hubo mal procedimiento de las cirugías y que se aplicaron las reglas avaladas por la ciencia para el caso, esa sola prueba, esto es, el indicio grave deducido de la falta de conocimiento acerca de lo que en realidad ocurrió por ausencia de una historia clínica cabalmente diligenciada, no puede significar sin más que la pasiva sea responsable de los daños. En mi parecer, luce razonable que la Corte case la sentencia del Tribunal, pero ya en la de reemplazo, en sede de instancia, debía antes de proferirla dar aplicación a una

actividad oficiosa en materia probatoria, con miras a establecer mediante otras pruebas técnicas si en efecto los procedimientos descritos y aplicados al paciente fueron los correctos según la complejidad del caso, si la exploración, diagnóstico, pronóstico y tratamiento, así como los riesgos inherentes a este fueron los que se presentaron o, por el contrario, correspondieron a situaciones anómalas que sólo podían tener como explicación una mala praxis constitutiva de culpa virtual causante del perjuicio.

Es que la decisión de la que me separo prácticamente condena al médico y la institución con base en un indicio que si bien es grave -en cuanto a que con lógica puede inferirse que así como ese descuido se evidencia en el diligenciamiento de la historia clínica pudo también haber acontecido en la atención al paciente, y, además, puede significar ocultamiento de apartes comprometedores cuando no es completa-, en manera alguna, en este caso, es indicio necesario de que el descuido en la elaboración de la historia fue la causa de daño.



MARGARITA CABELLO BLANCO

Magistrada



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

SALVAMENTO DE VOTO

Radicación: 08001-31-03-009-2007-00052-01

1. Con el acostumbrado respeto por la posición mayoritaria de la Sala, en el caso, disiento de la solución casacional, por cuanto si bien el Tribunal se equivocó al apreciar el dictamen pericial, único medio sobre el cual fundamentó el fallo absolutorio, el error resultaba intrascendente, de ahí que ni siquiera había lugar a situarse la Corte en sede de instancia.

2. En esa dirección, conviene, ante todo, memorar el contexto dentro del cual se originó y desarrolló el litigio, conforme aparece en el compendio efectuado.

2.1. El demandante, Alfonso Ortiz López, fue intervenido en la Clínica Oftalmológica del Caribe Limitada, por el retinólogo Carlos Esteban Vélez Londoño, aquella y éste interpelados, con el fin de corregir una “*perforación*” detectada en el ojo izquierdo.

Inicialmente, el 24 de agosto de 2001, donde, en lugar de recibir bienestar, se presentó el desprendimiento de la retina. Luego, el 2 de abril de 2004, sin resultados positivos, una vez practicados procedimientos infructuosos

con el fin de *“tratar de pegar la retina”* y *“sacar una pequeña catarata y colocar un lente intraocular”*. Igualmente, el 13 de septiembre de 2004, a efecto de ubicar *“una banda en forma de anillo (...) para ayudar a sostener la retina”*, también sin mejoría. Por último, lo pertinente para extraer la banda y el lente intraocular.

Después de lo anterior, el pretensor no volvió a ver por el ojo intervenido, lo cual conllevó a su extirpación el 19 de marzo de 2005, en otra institución hospitalaria. Como secuela, se originaron trastornos en la salud, disminución de la visión en el ojo derecho, alteraciones en la retina *idem*, coroides, pérdida de equilibrio y caída del cabello.

2.2. La primera instancia declaró la responsabilidad demandada ante la falta de atención médica inmediata, adecuada y diligente. No obstante, limitó la condena al valor de los perjuicios morales y al daño a la vida relación, puesto que fuera de no especificarse el daño emergente y el lucro cesante, nada sobre el particular fue acreditado.

2.3. Apelada la anterior decisión por ambas partes, el Tribunal la revocó y negó las pretensiones.

En su sentir, el dictamen de medicina legal era *“contundente al afirmar que la parte accionada no encuentra comprometida su actuación de ninguna manera, y que en todo momento del tratamiento al demandante ajustaron su actuar a la Lex Artis, y en consecuencia no existe culpabilidad alguna, no se configura el requisito del nexo*

causal necesario para declarar a la Clínica Oftalmológica del Caribe y al Dr. Carlos Esteban Vélez Londoño como civilmente responsable por el daño sufrido por el señor Alfonso Ortiz López”.

2.4. En el único cargo formulado en casación contra lo así resuelto, el recurrente, demandante en el proceso, acusa ante la Corte al juzgador de segundo grado de violar la ley sustancial, como secuela de errores de hecho al apreciar distintos elementos de juicio.

En concreto, el dictamen pericial, al no ser *“prueba absoluta”*, pues el medio que lo fundamentaba, la historia clínica, aparecía incompleta, respecto de los *“informes de cirugía”*, en tanto, solo aludía a lo ocurrido *“pre y pos quirúrgicos”*. Igualmente, al preterir, precisamente, la historia clínica, amén de los testimonios e interrogatorios.

Según la censura, la experticia no demostraba, por sí, que el *“protocolo médico fue cumplido”*, pues si la *“(…) historia clínica es incompleta se evidencia la falla médica y por ello la carga demostrativa de tales presupuestos no incumbe al demandante, sino a la clínica (...), quien debe probar que la praxis médica por parte de los galenos fue realizada en debida forma”*.

3. En ese contexto, en cuanto a la fijación del contenido objetivo del informe del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, medio sobre el cual, como se resalta, el *“ad quem se asentó, de forma exclusiva”*, para

proferir el fallo absolutorio, ciertamente, se incurrió en el error de hecho denunciado.

No obstante, para confirmar la mayoría el fallo del juzgado se supone que en el expediente se encontraban acreditados los requisitos de la responsabilidad invocada, esto es, la culpa, el daño y el nexo causal entre éste y aquélla, al decirse que *“(...) tratándose de la responsabilidad médica, ya sea la contractual, ora la extracontractual, es regla de principio, que corresponde a quien la reclame comprobar los elementos que la estructuran (...), entre ellos, la culpa del accionado y el nexo de causalidad (...).”*

Sin embargo, las únicas pruebas que se mencionaron al respecto, se reducen al dictamen pericial y al resumen de la historia clínica. Por esto, debe seguirse, necesariamente, que las exigencias dichas no pudieron dejarse por establecidas con elementos de juicio distintos.

3.1. Frente a ese panorama probatorio, se advierte desde ya que el dictamen médico legal, en su contenido objetivo, nada demostraba en el proceso.

Acorde con lo concluido al estudiarse el cargo en casación, porque si dicha prueba carecía de sustentación científica para acreditar que el desprendimiento de la retina *“fue manejado en forma adecuada”*, era apenas natural entender que ninguna declaración de responsabilidad, ni de condena, podía dispensarse con base en un elemento de juicio que no se encontraba fundamentado.

3.2. El único medio que perviviría, entonces, sería el resumen de la historia clínica.

Mas, cual igualmente fue verificado, en el documento se notaba *“total el vacío o la omisión”*, en punto de *“(…) las intervenciones quirúrgicas (...), pues no las identificó, ni hizo referencia expresa a ellas, ni dejó constancia de los hallazgos encontrados o de los resultados obtenidos, ni contiene ningún comentario sobre las explicaciones dadas al paciente y/o familiares y, mucho menos, se refiere a las prescripciones ordenadas para el cuidado posoperatorio”*.

En esas circunstancias, ese otro medio de convicción, por sí, tampoco servía al propósito de superar en forma directa el requisito de la culpa galénica, en tanto, lo único que demostraba era la omisión en que incurrió el extremo pasivo de insertar en la historia clínica tales particulares.

4. La Sala, sin embargo, procedió a valorar esa conducta en forma indirecta, esto es, como *“indicio grave”* contra la parte demandada, al decirse que la indicada omisión *“(…) permitía colegir (...) que al no cumplir esa obligación profesional, no demostró cuál fue su comportamiento y dejó de probar que hubiera actuado de acuerdo con la lex artis (...)”*.

4.1. Frente a lo anterior, cabe precisarse, la prueba indiciaria envuelve una relación fáctica, en cuanto de un hecho conocido, indicador, se deduce lógicamente otro hecho desconocido, el indicado.

El primero, por lo tanto, debe estar acreditado a través de otro medio conducente y eficaz (artículos 248 del Código de Procedimiento Civil y 240 del Código General del Proceso), al ser el que permite, mediante una operación mental, darle el carácter de prueba del segundo.

En esa estructura lógica, el indicio constituye un elemento de juicio con respecto a un hecho determinado. Por esto, solo cuando es establecido cabe la posibilidad del correspondiente ejercicio de subsunción normativa, para de ahí derivar las consecuencias jurídicas.

Utilizar el indicio como fundamento probatorio para fulminar un fallo estimatorio no supone especular cual si fuera análogo a la sospecha o conjetura. Requiere formular la regla de experiencia, de lógica o de ciencia que se pretende dar por demostrada, y exponer el hecho indicante, con el fundamento probatorio, erigido como bastión fáctico o jurídico debidamente demostrado, para en virtud del razonamiento o de la inferencia lógica, llegar a la conclusión o al hecho desconocido.

Por ello, el indicio es una prueba indirecta que no se produce silvestre para pasar a especular como una narrativa convencional, sino que por tratarse del juzgamiento de historias reales y fidedignas, ocurridas en el caso, en un escenario medico-hospitalario, o de cualquier otra clase, eventualmente cercenan los derechos fundamentales o subjetivos, o la misma relación obligatoria, de consiguiente exigen demostrar aplicada y patentemente

los elementos que lo componen, para que un juez no aparezca ante el estrado de la justicia y de la comunidad cuando de fallar en derecho se trata, como un mero sentenciador en conciencia, sustraído de la obligación de respetar la regla máxima de la carga de la prueba: *onus probando incumbit actori, reus in excipiendo, fit actor; actore non probante, reus absolvitur*.

De ahí, como tiene explicado la Corte, “(...) [l]a indiciaria es la prueba indirecta por excelencia, como que a partir de algo conocido y por virtud de una operación apoyada en las reglas de la lógica y en las máximas de la experiencia, se establece la existencia de una cosa desconocida”¹.

4.2. Así las cosas, en el caso, la declaración de responsabilidad y la condena impuesta, fue soportada en un indicio inexistente, porque lo inferido a partir de ciertas omisiones en la historia clínica, en efecto probadas, no hacían relación a ninguna de las circunstancias constitutivas de la culpa, vale decir, la negligencia, la impericia o la falta de cuidado en la atención médica.

En efecto, concerniente con que las omisiones dichas “permita[n] colegir” contra la parte demandada que “(...) al no cumplir esa obligación profesional, no demostró cuál fue su comportamiento y dejó de probar que hubiera actuado de acuerdo con la *lex artis* (...)”, simplemente correspondían a

¹ CSJ. Civil. Sentencia de 12 de marzo de 1992 (CCXVI-214); doctrina reiterada en fallo de 19 de diciembre de 2013, expediente 15344, entre otras.

la aplicación de unos efectos jurídicos asociados con la distribución de las cargas probatorias.

5. Con todo, desde esta última perspectiva, tampoco había lugar a casar la sentencia absolutoria del Tribunal, ni a confirmar, en sede de instancia, la decisión apelada, parcialmente estimatoria de las pretensiones.

5.1. La conducta procesal de las partes, al tenor de los artículos 249 del Código de Procedimiento Civil y 241 del Código General del Proceso, constituyen indicio en su contra, siempre y cuando el hecho indicador, vale decir, el comportamiento procesal adverso o reprochable de que se trate, se encuentre debidamente demostrado.

En materia probatoria, es regla de principio general, quien invoca un hecho, respecto del cual aspira a derivar consecuencias en derecho, debe acreditarlo, salvo contadas excepciones. Por ejemplo, los hechos notorios; las afirmaciones y negaciones indefinidas; los casos en que la misma ley dispone la inversión de la respectiva carga; o cuando según las circunstancias en causa, materia de investigación, haya lugar a ordenar judicialmente una suerte de prueba compartida o dinámica.

Por esto, con independencia de donde deba provenir el medio de convicción, pues al fin de cuentas, recaudado, éste pertenece al proceso y no a las partes, la carga de la prueba no es un derecho del adversario, ni propiamente una obligación de probar, sino también una cuestión de

riesgo, en cuanto quien se sustrae a demostrar los supuestos fácticos de las normas que consagran el efecto jurídico que persigue, pierde el pleito, obvio, si de ello depende la suerte del litigio.

Es cierto, atendiendo las circunstancias concretas objeto de juzgamiento, en lo relativo al *onus probandi*, es dable aplicar criterios de flexibilización o racionalización, *verbi gratia*, tratándose de la responsabilidad médica, en el sentido de imponerlo al extremo demandado, frente a la cercanía o disponibilidad con el elemento de convicción de que se trate, cuando exista en la materia una evidente dificultad para el paciente o sus familiares demandantes.

No obstante, como lo había sentado la jurisprudencia de esta Sala antes de entrar en vigencia el Código General del Proceso, para el efecto “(...) *debe existir suficiente claridad en cuanto a la distribución probatoria que se determine para el caso particular, adoptada en el momento procesal oportuno y garantizando la adecuada defensa y contradicción de las partes (...)*”².

La distribución judicial de la prueba, por lo tanto, debe ser pública y previamente establecida, como así se consagra en la hora de ahora en el artículo 167 del Código General del Proceso, a cuyo tenor “(...) *según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo*

² CSJ. Sala Civil. Sentencia de 15 de septiembre de 2014, expediente 00052.

probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos (...)”.

En esa dirección, las excepciones al principio de la carga de la prueba, no conducen a una decisión adversa a quien lo incumple. En esos eventos, tratándose de un hecho relevado de demostración, como acaece con los hechos notorios o las afirmaciones o negaciones indefinidas, simplemente deben seguirse las consecuencias jurídicas; en cambio, desplazada la acreditación de cierto suceso a quien se encontraba en mejores condiciones de inmediación con el elemento de juicio, una cosa es la valoración del medio aportado, conforme a las reglas que la disciplinan, y otra, distinta, los efectos de un eventual incumplimiento.

En esta última hipótesis, lo que quedaría demostrado en el dossier, entonces, sería una desatención judicial, esto es, una conducta procesal, para de ahí, en una relación lógica, inferir el hecho investigado. En la responsabilidad médica con culpa probada, por ejemplo, exigida a la parte pasiva la prueba de la diligencia y cuidado, en fin, el incumplimiento de esa orden judicial podría significar razonablemente el hecho positivo contrario.

5.2. Pues bien, en el caso, si para la mayoría de la Sala, la parte demandada “(...) no demostró cuál fue su comportamiento y dejó de probar que hubiera actuado de acuerdo con la *lex artis* (...)”, razón por la cual debía dejarse acreditado el elemento subjetivo de la responsabilidad, esto

implica que en el proceso de antemano no sólo se le había ordenado probar lo que rodeó las intervenciones quirúrgicas en el ojo izquierdo del demandante Alfonso Ortiz López, en sí mismas consideradas, sino también que la actuación se ciñó al estado actual de la ciencia médica.

Sin embargo, como eso no es lo que acaeció, pues nada se informa al respecto en la providencia de la cual disto, no cabe duda, con relación al indicio del elemento culpa, se supuso la prueba del hecho indicador. En otras palabras, para decidir en la forma como se hizo, se partió de un medio de convicción inexistente, de donde la apreciación equivocada del dictamen pericial, único elemento de juicio sobre el cual el Tribunal edificó la decisión absolutoria, se tornaba intrascendente, puesto que sin la existencia de otras pruebas, a ese mismo resultado se arribaría.

6. Con todo, las demostradas, por sí solas, omisiones en la historia clínica, tampoco darían lugar a declarar la responsabilidad demandada.

6.1. En la perspectiva de la prueba documental, tampoco podía emerger la condena, porque su contenido objetivo de ninguna manera daba cuenta de la negligencia, la impericia o la falta de cuidado en la atención médica.

6.2. Desde la óptica del indicio, porque entre el hecho probado, por tanto, conocido, y el desconocido a demostrar, debe existir un nexo, en tanto, su fuerza probativa dependerá de esa mayor o menor conexión entre ambos.

Esa interrelación, precisamente, se echa de menos, puesto que no se entiende cómo las omisiones dichas, *per se*, indicaban la culpa médica, salvo que lo hayan sido para ocultar ese elemento subjetivo, nada de lo cual, como hecho indicador, aparece debidamente demostrado.

Como nada aconteció, por ejemplo con relación a las exigencias del artículo 167 del Código General del Proceso en lo tocante con la carga dinámica de la prueba, ni por asomo a la redonda, la vulneración al debido proceso y al derecho de defensa de la demandada, fulge patente, tanto por la omisión en lo vertido por el precepto citado, como por lo anotado con relación a los indicios; derivando el juicio en una condena por responsabilidad, simplemente objetiva. Lo anterior, sin desdeñar lo deleznable de los elementos axiológicos que podrían fundarla.

7. Así las cosas, por donde se le mire, no había lugar a casar la sentencia del Tribunal, pues aceptando la existencia del error de hecho al valorarse el dictamen del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, ante la ausencia de prueba directa o indirecta de la culpa galénica, el yerro devenía intrascendente.

Con toda consideración,



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Magistrado

Fecha *ut supra*

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación n.º 08001-31-03-009-2007-00052-01

Con el mayor respeto me permito disentir del cambio de nomenclatura aprobado por la Sala, en el sentido de subrogar el concepto de «*carga dinámica de la prueba*» por el «*deber-obligación de aportación*», pues desatiende las diferencias existentes estas dos figuras.

1. En efecto, en la sentencia se aseveró que «[h]oy se viene criticando... que se hable de la existencia de una carga de la prueba en cabeza de una de las partes y de la misma forma que se pretenda trasladar esa carga a quien no busca obtener los efectos de la decisión que reclama tal demostración, para sostener que lo que se presenta dentro del proceso es que la prueba se hace necesaria para la decisión (principio de la necesidad de la prueba) lo que conlleva al deber de aportación de las pruebas que cada parte está en posibilidad de aportar, lo cual calificará el juez en su momento» (pág. 34, reiterada en las hojas 44, 45 y 48).

2. La sustitución planteada desatiende las diferencias entre carga y deber procesal, porque les atribuye consecuencias equivalentes, a pesar de que tienen finalidades y características dispares.

Recuérdese que una carga procesal es un débito impuesto por el ordenamiento jurídico, o por el juez, a un sujeto procesal, cuya desatención le aparejará una consecuencia negativa. Se caracteriza, entonces, porque está instituida en favor de la parte y su cumplimiento es facultativo, pero en caso de que no se obedezca reportará consecuencias negativas al omiso.



Diferente a los deberes procesales, los cuales están consagrados para tutelar el adecuado adelantamiento del proceso o proteger a terceros o a la contraparte procesal, por medio de la imposición de débitos susceptibles de coacción a través de las medidas correccionales que puede imponer el juzgador en el curso del proceso.

Sobre el particular, la jurisprudencia ha señalado:

[O]bligaciones, deberes y cargas procesales se trata de fenómenos jurídicos diferentes, no sólo por su naturaleza sino por los efectos que producen; y que, de consiguiente, no es dable refundirlos en uno solo, ni menos atribuir a uno de ellos las consecuencias propias de otro... Por cuanto la obligación procesal implica una prestación de contenido económico, puede ser objeto de ejecución forzosa, carácter éste que ciertamente no puede predicarse de los deberes ni de las cargas, cuya efectividad entonces es posible alcanzar a través de sanciones; al paso que las obligaciones y los deberes procesales tienen como destinatarios a las partes mismas, a los terceros o también al juez, las cargas en cambio nunca surgen para éste y de su insatisfacción sólo nace un perjuicio para quien debió asumir la conducta establecida en la ley al respecto (8 nov. 1972, G.J. CXLIII n.º 2358-2363).

Más recientemente la Sala manifestó:

Son deberes procesales aquellos imperativos establecidos por la ley en orden a la adecuada realización del proceso y que miran, unas veces al Juez (Art. 37 C. de P. C.), otras a las partes y aun a los terceros (Art. 71 ib.), y su incumplimiento se sanciona en forma diferente según quien sea la persona llamada a su observancia y la clase de deber omitido (arts. 39, 72 y 73 ibídem y Decretos 250 de 1970 y 196 de 1971). Se caracterizan porque emanan, precisamente, de las normas procesales, que son de derecho público, y, por lo tanto, de imperativo cumplimiento en términos del artículo 69 del Código.

Las obligaciones procesales son, en cambio, aquellas prestaciones de contenido patrimonial impuestas a las partes con ocasión del proceso, como las surgidas de la condena en costas que, según lo explica Couture, obedecen al concepto de responsabilidad procesal derivada del abuso del derecho de acción o del derecho de defensa...

Finalmente, las cargas procesales son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso (17 sep. 1985, G.J. CLXXX n.º 2419).

Luego, no es posible asociar las nociones de carga y deber. Itérese, aquélla se establece en favor de la parte y su desatención le irrogará un resultado adverso a sus súplicas; mientras que el deber protege al proceso o a terceros y su incumplimiento puede ser castigado a través de sanciones.

2. En este contexto, la fijación de un *deber-obligación de aportación de pruebas* no puede conducir a secuelas diferentes al señalamiento de multas o apremios en el curso de la causa. Disímil a una carga probatoria, pues su inobservancia se traducirá en una resolución contraria a los pedimentos del incumplido.

Por consiguiente, el cambio propuesto va más allá de una nominación, pues puede aparejar repercusiones indeseables en materia de flexibilización del débito probatorio, en tanto conllevará a que la parte con menor capacidad demostrativa conserve la carga de demostrar los elementos de su pretensión, aunque fuera más sencillo que la contraria los desestimara.

97

Significa que se estará premiando la abulia o desidia del sujeto que, a pesar de encontrarse en una mejor posición, omite colaborar con la justicia para esclarecer la verdad de los hechos, en tanto su omisión la garantizará una sentencia favorable a sus intereses, sin perjuicio que sea multado por este comportamiento.

En otros términos, la imposición judicial de un deber probatorio, a diferencia de una carga, sólo reportará consecuencias sancionatorias en el decurso de las instancias, pero no favorecerá al sujeto procesal que está en incapacidad, imposibilidad o dificultad de acreditar los supuestos de sus reclamaciones, pues en caso que no los demuestre la decisión será desfavorable a sus súplicas.

De allí que se propugne por el mantenimiento de la noción de *carga dinámica*, mejor conocida como *carga flexible*, *inversión de la carga* o *distribución especial de la carga*, con las consecuencias que le son connaturales, siguiendo la sólida línea jurisprudencia de la Corporación sobre la materia¹, con lo cual se propenden por decisiones justas y se evita la revictimización del afectado.

3. Por último, conviene indicar que la extensión económica del daño dejó de ser una condición *sine qua non* para su reparación, pues tal exigencia fue suprimida por el artículo 16 de la ley 446 de 1998, el cual prescribe que «[d]entro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de

¹ Ver, entre otros, 30 en 2001, exp. n.º 5507; 15 jul. 2008, rad. n.º 2002-00196-01; 22 jul. 2010; 17 nov. 2011, rad. n.º 1999-00533-01; 20 nov. 2011, rad. n.º 1999-01502-01; 7 dic. 2012, rad. n.º 2001-00049-01; 5 nov. 2013, rad. n.º 2005-00025-01; 15 sep. 2014, rad. n.º 2006-00052-01; 14 nov. 2014, rad. n.º 2008-00469-01; 15 sep. 2016, rad. n.º 2001-00339-01; y 24 may. 2017, rad. n.º 2006-00234-01

reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales».

En consecuencia, comprobada la existencia de un daño deberá imponerse su resarcimiento y, en caso de que su cuantía no pueda establecerse, deberá acudir a «*criterios auxiliares de la actividad judicial, dentro de ellos la equidad, la doctrina y la jurisprudencia*» (SC, 6 ago. 2009, rad. n.º 1994-01268-01; reiterado en SC15996, 29 nov. 2016, rad. n.º 2005-00488-01).

4. En los anteriores términos dejo consignados los motivos que me llevaron a separarme parcialmente de los fundamentos de la decisión mayoritaria.

Fecha *ut supra*.



AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO
Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

[Radicación nº 08001-31-03-009-2007-00052-01]

Estoy de acuerdo con que había que casar la sentencia de segunda instancia debido a las falencias probatorias que en ella se evidencian para que la Corte, actuando en sede de instancia, realizara una valoración material de los medios de conocimiento que obran en el proceso, los cuales resultan suficientes para deducir la responsabilidad de los demandados y, finalmente, imponerles la condena a la que había lugar.

Sin embargo, considero que la motivación de la providencia pudo ser más precisa con relación a la distinción funcional entre la regla de juicio de la carga de la prueba y el deber que asiste a las partes de aportar las evidencias que se encuentran dentro de sus posibilidades reales, tal como lo explicó esta Corporación en fallo reciente,¹ con el fin de superar el ambiguo y difuso concepto de “carga dinámica” o “distribución de la carga de la prueba”. De ahí que no era necesario aludir a las anteriores sentencias de esta Sala donde se hizo mención tangencial a esas nociones, pues podría llegar a creerse que el fallo entra en contradicción al invocar una figura que, precisamente, está dejando atrás.

Al centrarse la valoración probatoria en los indicios que se infieren de la conducta omisiva de la demandada, por negarse a aportar la historia clínica cuando tenía el deber procesal de allegar ese documento completo y diligenciado de conformidad con las reglamentaciones administrativas, la motivación debió desarrollar con mayor profundidad el tema de la prueba circunstancial y de la culpa por infracción de reglamentos, y menos lo relativo a la carga de la prueba, pues –se reitera– no fue éste el asunto principal sobre el que versó la controversia probatoria.

¹ SC9193 del 28 de junio de 2017. Radicación nº 11001-31-03-039-2011-00108-01.

Por esa misma razón, tampoco era necesario involucrar en la argumentación el inciso tercero del artículo 1604 del Código Civil, circunscrito a las obligaciones contractuales de resultado, que exime al acreedor de demostrar la culpa del incumplimiento del contrato; dado que la responsabilidad civil derivada del ejercicio de la mala praxis médica no se rige por esa norma sino por el artículo 2341 del Código Civil, que no exige la demostración de un vínculo jurídico previo de carácter particular y concreto, por ser extracontractual; y siempre requiere que esté probado en el proceso el elemento subjetivo, pues de lo contrario podría llegar a creerse que la Corte está considerando la responsabilidad derivada de la deficiente atención en salud como un tipo de responsabilidad objetiva, lo cual no es cierto.

Lo que sí hay que destacar, en todo caso, es que no puede confundirse la regla contenida en el segundo inciso del artículo 167 del Código General del Proceso –que autoriza al juez a imponer a una de las partes la obligación de colaborar con la aportación de las evidencias que se encuentran dentro de sus posibilidades reales, siempre que esa orden se imparta antes de dictar la sentencia–, con la prosperidad de las pretensiones por el simple hecho de que la parte demandada no haya aportado las evidencias que le fueron requeridas, pues esto último sólo apareja valorar esa omisión como un indicio de conducta que el juez habrá de apreciar en conjunto con las demás pruebas, de conformidad con las reglas de la sana crítica.

Para insistir en la diferencia conceptual entre la regla de juicio de la carga de la prueba y el deber-obligación de aportar pruebas en la fase anterior a la sentencia, me permitiré transcribir algunos apartes de las precisiones que sobre este asunto se elucidaron en SC9193 del 28 de junio de 2017:

«La regla de la carga de la prueba de nuestro sistema jurídico tuvo su origen histórico-conceptual en el derecho moderno, como expresión de la máxima: «veritas non auctoritas facit iudicium», atribuida a Edward Coke y explicada por Giambattista Vico en la frase «lo cierto proviene de la autoridad así como lo verdadero proviene de la razón».

El postulado racionalista que afirma que es la verdad y no la autoridad la que fundamenta la decisión judicial instauró el principio supremo del derecho procesal contemporáneo, según el cual el fin institucional del proceso es la averiguación de la verdad de los hechos

en que se funda la controversia, como presupuesto necesario para poder acceder a la consecuencia jurídica que consagra la norma sustancial que rige el caso.

El Código de Procedimiento Civil adoptó esa fórmula en los siguientes términos: "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen". (Art. 177)

Tal disposición instituyó una regla de conformación de la decisión judicial que ordena al juez cómo motivar sus conclusiones sobre el fondo del litigio, según encuentre o no probados los supuestos de hecho previstos en la proposición normativa de carácter sustancial que es la base esencial del fallo. Al mismo tiempo y de manera indirecta, señala a las partes la consecuencia que han de soportar si no quedan demostrados en el proceso todos los elementos estructurales del instituto jurídico que rige su controversia, que se traducirá indefectiblemente en la frustración de sus pretensiones.

(...)

Este axioma de cierre cumple una labor lógico-sustancial en la medida que ordena al juez, al momento de realizar el razonamiento decisorio, que sólo declare la consecuencia jurídica prevista en la norma si encuentra probado el supuesto de hecho que ella consagra. De ahí que la disposición sobre la carga de la prueba es una norma sobre el mérito de la decisión, más que una regla de tipo instrumental.

(...)

En realidad, la ausencia de prueba sobre la verdad o falsedad de los hechos indica que el juez no tiene elementos de juicio para fallar, lo que debería aparejar una decisión inhibitoria. Sin embargo, el querer del legislador es que esa circunstancia no obste para adoptar una decisión definitiva sobre el mérito del litigio, y en virtud de la invocación de la regla de cierre de la carga de la prueba el juez puede emitir la siguiente declaración: "se niegan las pretensiones porque no se probó lo que debió quedar probado" (criterio racionalista); que no es lo mismo que decirle a una de las partes: "perdiste porque no probaste" (criterio adversarial puro, persuasivo o de ventaja competitiva).

(...)

La carga de la prueba, por tanto, está siempre referida a la demostración de los presupuestos fácticos señalados por el precepto jurídico general, impersonal y abstracto aplicable al caso concreto, y éstos únicamente son expresados por la respectiva norma sustancial o por presunciones legales, sin que sea dable al juez crear o suprimir ingredientes normativos a su antojo, so pena de incurrir en una aplicación indebida o en una interpretación errónea de la ley sustancial. De ahí que siendo la carga de la prueba una regla de conformación sintáctica de la decisión judicial, los detalles de su distribución únicamente pueden estar preestablecidos por la norma sustancial que rige la controversia, o bien por una presunción de tipo legal, pero jamás por una invención de estirpe judicial.

(...)

Si el derecho sigue siendo derecho, entonces la solución del caso concreto tiene que sustentarse –sin excepciones– en la demostración de los presupuestos fácticos requeridos por la ley general, impersonal y abstracta, sin importar a quién corresponde aducir las pruebas de tales supuestos en virtud del principio de la comunidad de la prueba.

No es posible variar o distribuir la carga de la prueba de los elementos fácticos descritos en las distintas normas sustanciales sin que se viole el sentido original de las mismas, por lo que dicha infracción ameritaría el quiebre del fallo que haya incurrido en tal error, de conformidad con la respectiva causal de casación.

En los casos de responsabilidad civil extracontractual, por ejemplo, la declaración de la consecuencia jurídica que prevé el artículo 2341 exige que estén probados todos los supuestos de hecho que consagra esa disposición. Luego, “distribuir” judicialmente la carga de la prueba e “imponérsela” al demandado (sin importar cuál sea la causa de esa alteración) aparejaría el resultado de condenarlo tanto cuando logra demostrar el supuesto de hecho que se le exige, como cuando no lo hace; lo que equivaldría a aplicar una norma sustancial creada por el juez, o –lo que es lo mismo– fallar sin ley preexistente; destruyendo de esa forma el principio de legalidad como pilar esencial del sistema jurídico.

Condenar al demandado sin que esté probada la culpa significaría resolver la controversia a la luz de la responsabilidad objetiva, o convertir la responsabilidad por culpa probada (2341) en responsabilidad por culpa presunta (2356). De igual modo, fallar en contra del convocado a juicio sin prueba de la imputación del hecho al agente equivaldría, ni más ni menos, que a hacerlo responder por algo que no le es jurídicamente atribuible.

Distribuir judicialmente la carga de la prueba de los supuestos fácticos que contienen las proposiciones normativas implicaría al mismo tiempo alterar la prueba de los hechos en que se soportan las excepciones, pues no es posible que se cambie la carga de la prueba de los supuestos fácticos de la pretensión sin que al mismo tiempo se afecte la carga de la prueba de los hechos en que se basa la excepción; tergiversando todo el sentido de la ley sustancial y socavando las bases del derecho.

Por ejemplo, en los casos de restitución de tierras, en los que el demandante está amparado por unas presunciones que lo eximen de probar el requisito del despojo (art. 77, Ley 1448 de 2011), una eventual distribución de la carga de la prueba que asiste al demandado para desvirtuar tales presunciones, atribuyéndosela judicialmente al demandante, supondría necesariamente acabar con el mandato legal, creando un régimen absolutamente distinto al que consagró el legislador.

De modo similar, en los casos de responsabilidad objetiva en los que el demandado soporta las consecuencias de no probar las causales eximentes de responsabilidad en que haya fundado sus excepciones, una distribución judicial de esa carga probatoria sería tanto como

imponerle al demandante la carga de probar el supuesto de hecho que la ley sustancial no exige (la culpa), lo que comportaría una completa suplantación de la norma positiva que rige el caso.

Lo que es predicable para estos ejemplos es válido para todo tipo de controversia judicial, pues la única consecuencia que se deriva de acceder a las pretensiones o excepciones sin que estén demostrados los supuestos de hecho en que se fundan unas y otras, sería fallar sin pruebas; lo que resulta contrario a nuestro sistema de derecho probatorio, que se sustenta en el principio de la necesidad de la prueba.

Esta es, precisamente, la consecuencia que se obtiene de confundir el concepto de 'carga de la prueba' con el 'deber de aportación de pruebas', atribuyéndole a aquél una función que no está llamado a desempeñar.

La distribución de la carga de prueba, en suma, no depende de las particularidades de cada caso concreto, ni de la actuación de las partes dentro del proceso, ni de su mayor o menor cercanía con las evidencias, sino que se deduce exclusivamente de la estructura de la relación jurídica material que ha de decidirse, y por tanto siempre está prefigurada por la norma sustancial de carácter general, impersonal y abstracto, es decir que está dada de manera a priori y el juez no puede desconocerla o variarla sin que altere el mandato de la ley sustancial. Una cosa es la conformación de los enunciados fácticos a partir de los 'esquemas de problemas' (tópicos) que plantean los casos específicos, y otra bien distinta es crear y aplicar una norma jurídica nueva para cada situación particular, lo cual nunca ha sido, no es, ni puede ser derecho.

Permitir que el juez decida en cada caso concreto qué elementos estructurales de la ley sustancial han de quedar demostrados en el proceso y cuáles no (casuismo jurídico), supondría una completa incoherencia del derecho como sistema que garantiza expectativas fiables y estables; pues ello sería tanto como regresar a los tiempos en que imperaba la arbitrariedad por desconocimiento del principio de legalidad.

*Para la aplicación de la regla de cierre de la carga de la prueba no importa que el interesado haya sido diligente en el suministro de las pruebas o que haya estado inactivo; o que el juez haya impuesto a una u otra parte el deber de aportar pruebas, dado que la única posibilidad que la ley ofrece al sentenciador al momento de proferir su decisión, se enmarca en una lógica bivalente según la cual una vez probados los supuestos de hecho tiene que declarar la consecuencia jurídica, y ante la ausencia de tal prueba tiene que negar dichos efectos de manera necesaria, sin que pueda darse una tercera opción o término medio entre los argumentos de esa alternativa: *tertium non datur*.*

3. Algo muy distinto ocurre con otra regla que, aunque tiene tanta importancia como la anterior, no es un mandato legal dirigido al sentenciador al momento de aplicar el derecho al caso concreto, sino una orden que el juez da a una de las partes en la fase de recopilación

del acervo probatorio, para que suministre las pruebas que se necesitan al interior del proceso a fin de demostrar las hipótesis fácticas previstas en las normas sustanciales en que se ha de fundamentar la decisión. La anterior distinción ha sido establecida por la ciencia del derecho procesal, al diferenciar entre los actos que incumben al órgano judicial y los actos que corresponden a las partes.

El deber-obligación de suministración o aportación de pruebas es funcionalmente distinto de la regla de clausura de la carga de la prueba, pues no es un mandato dirigido al juez para que se abstenga de declarar la consecuencia jurídica que la ley positiva tiene prevista ante la falta de demostración de los supuestos de hecho que ella consagra, sino que está orientado a reglar la actividad probatoria de las partes con sujeción a razones de justicia, equidad, lealtad procesal, buena fe, cooperación, solidaridad y consecución de la verdad material.

El requerimiento que el juez hace a una de las partes para que aporte el material probatorio que está a su disposición no es ni puede ser una carga, pues las cargas son actos de mera liberalidad que los sujetos procesales pueden realizar o no como a bien lo tengan, y que han de ejercitar para su propia conveniencia si quieren obtener éxito en el proceso. La figura de la carga se distingue del deber en que su cumplimiento es de interés exclusivo del sujeto que de ella está investido, mientras que el interés en el cumplimiento del deber lo tiene el acreedor o derechohabiente. De ahí que la principal característica de la carga frente al deber es su incoercibilidad.

El deber-obligación de aducir pruebas, por el contrario, es una verdadera constricción que el juez impone a una de las partes según ciertas condiciones que justifican tal proceder (señaladas en el inciso segundo del artículo 167 del Código General del Proceso), cuyo resultado no está dirigido a beneficiar al obligado sino que se establece en interés de la contraparte que se halla en una enorme desventaja probatoria por encontrarse en estado de indefensión, incapacidad u otras circunstancias similares.

Este deber-obligación concretiza un ideal de justicia distributiva cuando autoriza al juez a ordenar el suministro de pruebas a la parte que está en mejores condiciones de proveerlas; no está dirigido al sentenciador al momento de decidir el litigio sino a las partes en las etapas en las que es posible y necesario incorporar al proceso los elementos materiales que se requieren para el descubrimiento de la verdad; y su inobservancia por renuencia de la parte obligada a colaborar con la práctica de las pruebas no apareja la declaración de la consecuencia jurídica que consagra la norma sustancial, sino un indicio de conducta que ha de valorarse desde el punto de vista de la libre apreciación racional de las pruebas (arts. 71-6, 249 CPC; y 78-8, 241 CGP); sin perjuicio de las sanciones disciplinarias que puede imponer el juez por incumplimiento de sus órdenes (art. 39-1 CPC y 44-3 CGP).

La carga de la prueba responde a las preguntas 'qué debe probarse y quién soporta las consecuencias de la ausencia de prueba', y ya se dijo que lo que se debe probar son los supuestos de hecho consagrados en la norma sustancial, de suerte que en ausencia de su

demonstración, el juez deberá negar la declaración del eferto jurídico previsto en la ley. El deber de suministración de las pruebas, en cambio, obedece a la cuestión de 'quién está obligado a aportar ciertas pruebas por estar en mejores condiciones de hacerlo', es decir cuál de las partes está compelida a allegar los elementos materiales de conocimiento sobre los hechos en razón de su mejor posición o cercanía con los mismos.

(...)

No es acertado, entonces, tratar de aprehender el concepto de carga de la prueba y su exclusiva distribución legal con argumentos dirigidos a explicar el deber que asiste a las partes (o la obligación que se les impone) de suministrar las pruebas según se encuentren en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos; ni mucho menos intentar solucionar un problema práctico de aportación de pruebas por medio de una figura que desempeña una función absolutamente distinta en el sistema jurídico, esto es servir de presupuesto lógico-normativo para la correcta formación de la decisión judicial.

La confusión conceptual de ambas reglas; de su origen histórico; de la función que desempeñan en el sistema jurídico; de su respectiva calidad sustancial o procesal; de su naturaleza facultativa u obligatoria; de los momentos procesales en los que tienen aplicación; de sus destinatarios finales (según sean actos de la jurisdicción o de las partes); de a quién beneficia; y de las consecuencias que se derivan de una u otra, ha desdibujado la importancia que cada una de ellas cumple en el proceso; llegándose a creer que la una es la negación, la excepción, la inversión, la flexibilización, la atenuación, la distribución o la dinamización de la otra, cuando en verdad se trata de figuras funcionalmente distintas y autónomas pero compatibles, cuya mutua complementación otorga coherencia y eficacia al subsistema del derecho probatorio.

Desde luego que si en el proceso no están demostrados los supuestos de hecho previstos en la norma sustancial, el juez no puede en ningún caso declarar la consecuencia jurídica que ella consagra, independientemente de a quién se le imponga la obligación de aportar las pruebas que se requieren para la averiguación de la verdad. Lo contrario, por muy buenas intenciones que se esgriman mediante argumentos convincentes, implicaría necesariamente la desfiguración de la ley sustancial y la toma de partido del juez a favor de una de las partes, lo cual no es admisible bajo ningún pretexto.

La buena voluntad en que se funda la teoría de la distribución judicial de la carga de la prueba sería de estimar si no fuese por los resultados devastadores que se derivan de su sugestiva inconcreción. En efecto, una deficiente actividad probatoria de las partes y del juez siempre puede evitarse mediante el empleo de las reglas de aportación y valoración de pruebas; y sus errores son corregibles mediante los recursos y mecanismos que ofrece el proceso civil, de suerte que las consecuencias adversas que acarrea su uso indebido son siempre humanas y, por tanto, enmendables. En cambio, la desmembración de los presupuestos de las normas sustanciales por medio de la

distribución judicial de la carga de la prueba es una circunstancia irremediable, pues una vez que el juez crea estar autorizado para resolver el litigio con base en los supuestos de hecho que estime pertinentes según las circunstancias particulares de cada caso, no habrá posibilidad de hacer un análisis crítico de tal decisión, toda vez que se habrá dejado sin efecto el tenor literal de la norma sustancial, es decir que habrá desaparecido el parámetro objetivo de corrección y derrotabilidad de la sentencia civil.

Por ello es de sumo interés destacar la importancia del correcto entendimiento, ejercicio, alcance y limitaciones de la facultad que tiene el juez de tomar todas las medidas que estén a su disposición para la materialización de la justicia a partir de la consecución de la verdad (art. 37-4 CPC y art. 42-4 CGP), entre las cuales se halla, a no dudarlo, la imposición a una de las partes de la obligación de aportar pruebas si está en mejores condiciones de hacerlo, lo cual fue una medida que tuvo su origen en la jurisprudencia y actualmente está consagrada en el segundo inciso del artículo 167 del Código General del Proceso.

De todo lo expresado se concluye que la única interpretación jurídicamente admisible del mencionado párrafo consiste en entenderlo como una 'regla de aportación o suministro de pruebas' que se aplica hasta antes de dictar sentencia; siendo absolutamente distinta de 'la regla de cierre de la carga de la prueba', pues esta última es un imperativo sobre la correcta conformación de la decisión judicial y no admite excepciones, variaciones ni distribuciones de ninguna índole. Un entendimiento distinto supondría, de modo inexorable e inútil, el germen de la autodestrucción del principio de legalidad como pilar esencial del sistema jurídico.

Sería inexorable porque es la única consecuencia que se deduciría de una interpretación que otorgue al juez la facultad de descomponer a su antojo los elementos estructurales de las normas sustanciales y exigir la demostración de los que considere pertinentes según las circunstancias particulares de cada caso, convirtiendo la sentencia en una decisión no susceptible de corrección objetiva mediante los recursos que los usuarios sustentan en la exigencia de aplicación de la ley. A fuerza de relajar las normas jurídicas y ablandar los procedimientos probatorios, el derecho derivaría en una mera ideología caracterizada por el deseo, la creencia subjetiva y la pérdida de neutralidad e imparcialidad del juez.

Sería inútil porque la materialización de la justicia por medio del descubrimiento de la verdad con relevancia jurídica no se logra con un aligeramiento de los requerimientos probatorios, en la medida que una hipotética distribución judicial de la carga de la prueba presupondría siempre la desfiguración del precepto sustancial al fingir probados los supuestos de hecho que no pudieron demostrarse en el proceso, lo que lejos de significar un acercamiento a la verdad implicaría un ocultamiento de la misma.

El descubrimiento de la verdad que interesa al proceso no se logra haciendo caso omiso del principio de necesidad de la prueba, sino con la correcta identificación del tema y el objeto de la prueba; con el

cumplimiento de las partes del deber-obligación de aportar los elementos de conocimiento que están dentro de sus posibilidades reales; y, obviamente, con la inteligente, acuciosa y esmerada valoración racional de las evidencias por parte del juez.

Aunque en algunas oportunidades esta Sala ha aludido tangencialmente a una supuesta "distribución judicial de la carga de la prueba", lo cierto es que tal conjetura jamás ha sido aplicada para la solución de un caso concreto; y, finalmente, las sentencias en las que se la ha mencionado se han resuelto –como todas las demás–, dependiendo de si en el proceso quedaron o no demostrados todos los supuestos de hecho que exigen las normas sustanciales en que se sustentaron los respectivos litigios.

La distinción funcional de los institutos de 'la carga de la prueba' y del 'deber-obligación de aportar pruebas' permite comprender la razón de ser de cada uno de ellos en el proceso, evitando confusiones innecesarias; y, sobre todo, cumpliendo el objetivo deseado de imponer deberes probatorios a la parte que está en mejores posibilidades materiales de hacerlo, sin afectar en lo más mínimo el principio de legalidad al que sirve la regla inamovible de la carga de la prueba.

4. La carga de la prueba no sólo se ha confundido con el deber-obligación de aportación de pruebas, sino que a menudo se invoca una supuesta "distribución o dinamización de la carga de la prueba" en casos en los que simplemente se trata de demostrar los enunciados fácticos mediante hipótesis indiciarias.

La construcción, valoración y contradicción de pruebas circunstanciales, indirectas o inferenciales se rige por las reglas específicas que para esos medios probatorios consagra el estatuto procesal, sin que sea admisible confundir tales operaciones del entendimiento con una especie de flexibilización o atenuación del principio de la necesidad de la prueba, pues siempre que existan hechos probados a partir de los cuales se pueda inferir la presencia de una presunción de hombre o de un indicio para demostrar la existencia de otros hechos que no pueden probarse directamente, las partes podrán sugerir o postular las hipótesis circunstanciales en sus alegaciones finales, y el juez tendrá que elaborar en la sentencia el respectivo razonamiento indiciario o presuntivo, según el caso, para evitar incurrir en un vicio de motivación por deficiencias en la valoración material de las evidencias.

Lo anterior, lejos de aliviar las exigencias probatorias, significa un estricto cumplimiento de las mismas en aras de la consecución de la verdad que resulta relevante para la solución del problema jurídico que ha de resolver la sentencia.

5. Finalmente, hay que recalcar que estas precisiones valen para toda clase de controversias judiciales, incluidos los procesos de responsabilidad común por los delitos y las culpas, en general, y los de responsabilidad médica, en particular; por lo que no existe ninguna razón para sostener que la regla contenida en el segundo inciso del artículo 167 del Código General del Proceso es una excepción al

principio de la carga de la prueba, o una incorporación de doctrinas foráneas sobre "distribuciones ad hoc de cargas probatorias dinámicas", cuyo resultado práctico conduciría a una usurpación por parte de los jueces de las competencias propias del legislador, al distorsionar el significado objetivo de las normas sustanciales».

Finalmente, en lo que respecta a la liquidación de los perjuicios, la sentencia señala que *"el daño patrimonial indemnizable es solamente el cierto"* [folio 53], con lo que parecería que estuviera admitiendo solamente la reparación del daño emergente –que es el único perjuicio que podría tener el carácter de certeza–, cuando la verdad es que nuestro sistema indemnizatorio en materia de responsabilidad civil ordena la reparación integral y ecuánime de todos los perjuicios irrogados a las personas y a las cosas, aunque no sean ciertos sino probables o latentes, los cuales se tasan con base en pronósticos actuariales o en razonamientos hipotéticos (artículo 16 de la Ley 446 de 1998).

Además de la "certeza del daño", la sentencia exigió "la plena comprobación de su causación", instituyendo un régimen de valoración tarifada que la ley no consagra, pues no existe en nuestro ordenamiento jurídico ningún precepto que establezca que los elementos estructurales de los institutos jurídicos tienen que ser demostrados mediante "plena prueba"; por el contrario, desde que se abandonó el régimen probatorio tarifado, es la apreciación racional de las pruebas conforme a los criterios de la sana crítica el estándar que rige en nuestro sistema de derecho probatorio.

De los señores Magistrados,


ARIEL SALAZAR RAMÍREZ
Magistrado