



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
SALA CIVIL – FAMILIA –LABORAL

PROCESO: VERBAL - RESPONSABILIDAD CIVIL
EXTRA CONTRACTUAL Y CONTRACTUAL
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
RADICADO: 20001 31 03 005 2015 00007 03
DEMANDANTE: NICOLAS GUILLERMO MENDOZA TORRES
Y OTROS
DEMANDADO: DAMARIS ROMERO CHAMORRO Y OTROS

MAGISTRADO PONENTE: ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ

Valledupar, veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

Procede la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 25 de octubre de 2019, dictada por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Valledupar, Cesar, dentro del proceso verbal de responsabilidad civil contractual y extracontractual, promovido por Nicolás Guillermo Mendoza Torres, en contra de Damaris Romero Chamorro, Fabio Vargas Lobo, Sociedad Clínica Valledupar y solidariamente Allianz Seguros.

ANTECEDENTES

1.- Nicolas Guillermo Mendoza Torres, Luisa Isabel Cotes Acosta, Héctor Arturo Mendoza Cotes e Imelda Josefa Acosta de Cotes, a través de apoderado judicial presentaron demanda en contra de Damaris Romero Chamorro, Fabio Vargas Lobo, Sociedad Clínica Valledupar y solidariamente Allianz Seguros, para que, por el trámite del proceso verbal de responsabilidad civil contractual y extracontractual, en sentencia que haga tránsito a cosa juzgada se forjen las siguientes declaraciones y condenas.

PRETENSIONES

2.1.- Que se declare que Damaris Romero Chamorro, Fabio Vargas Lobo, Sociedad Clínica Valledupar y solidariamente Allianz Seguros, son civil y patrimonialmente responsable de los perjuicios materiales, morales y de vida en relación, causados a Nicolas Guillermo Mendoza Torres, Luisa Isabel Cotes Acosta, Héctor Arturo Mendoza Cotes e Imelda Josefa Acosta de Cotes, mayores de edad, actuando con ocasión de la mala prestación del servicio médico asistencial, en el procedimiento quirúrgico de rinoplastia realizado el 13 de diciembre de 2011 en la Clínica Valledupar, el cual produjo el fallecimiento de Katuska Vanessa Mendoza Cotes.

2.2.- Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a Damaris Romero Chamorro, pagar a los demandantes Nicolas Guillermo Mendoza Torres, Luisa Isabel Cotes Acosta, Héctor Arturo Mendoza Cotes e Imelda Josefa Acosta de Cotes, indemnización de los perjuicios materiales y morales sufridos que a continuación de relacionan:

2.2.1.- Perjuicios Patrimoniales:

a. Daño Emergente

1) El valor de \$5.390.252 por gastos funerarios.

b. Lucro Cesante

El 50% para cada uno de los padres; \$ 274.296.491 para Nicolas Guillermo Mendoza Torres y 281.601.630 para Luisa Isabel Cotes Acosta.

2.2.2.- Perjuicios Morales: Como valor de los perjuicios morales subjetivos que sufriera la demandante en el equivalente a moneda de curso legal la suma de (200) smmlv para Nicolas Guillermo Mendoza Torres, (200) smmlv para Luisa Isabel Cotes Acosta, (150) smmlv para Héctor Arturo Mendoza Cotes y (150) para Imelda Josefa Acosta de Cotes, el equivalente en efectivo a la suma de \$431.200.000.

2.2.3.- Daño en vida de relación: la suma de (200) smmlv para Nicolas Guillermo Mendoza Torres, (200) smmlv para Luisa Isabel Cotes Acosta, (150) smmlv para Héctor Arturo Mendoza Cotes y (150) para Imelda Josefa Acosta de Cotes, el equivalente en efectivo a la suma de \$431.200.000.

HECHOS

3.- Se sustentó la presente demanda en los siguientes hechos, según el dicho de su poderdante:

3.1.- Que Katuska Vanessa Mendoza Cotes era hija de los señores Nicolas Guillermo Mendoza Torres y Luisa Isabel Cotes Acosta, hermana de Héctor Arturo Mendoza Cotes y nieta de Imelda Josefa Acosta de Cotes, quien falleciera el 13 de diciembre de 2011, en la clínica Valledupar, cuando era intervenida quirúrgicamente por los galenos Damaris Romero Chamorro, cirujana plástica, y Fabio Vargas Lobo, anesthesiólogo.

3.2.- Que Katuska Vanessa Mendoza Cotes nació el 20 de enero de 1992, estudiaba comunicación social – periodismo en la Corporación Universitaria Minuto de Dios, además hacía parte de la Fundación Niños acordeoneros y cantores del Vallenato “Andrés Turco Gil” desde el año 2000, donde desarrollaba actividades culturales y profesionales como cantante.

3.3.- Que para la fecha de su deceso Katuska Vanessa Mendoza Cotes, tenía un contrato vigente con la firma clases de música y producción musical de Sergio Luis Rodríguez Ávila, representada por la señora Adriana Gran Nobles Salazar, que es la contratista productora, arreglista y autora, y el contratista German Espinoza González, contratista fonográfico y productor, donde actuaría como interprete principal cantante, para la grabación y fijación fonográfica de un sencillo cd, donde alcanzó a grabar seis canciones, las cuales no salieron al aire.

3.4.- Que Katuska Vanessa Mendoza Cotes (fallecida) ingresó a la Clínica Valledupar el 13 de diciembre de 2011, a las 10:19 am, con motivo de consulta

nariz en punta globosa, para corrección estética, signos vitales estables, conforme a la historia clínica aportada.

3.5.- Que Katiuska Vanessa Mendoza Cotes falleció el 13 de diciembre 2011, en el quirófano de la Clínica Valledupar, cuando era sometida a una intervención quirúrgica denominada rinoplastia, por los galenos Damaris Romero Chamorro cirujana plástica y Fabio Vargas Lobo anesthesiólogo, como consecuencia de una mala práctica médica.

3.6.- Que conforme a la necropsia practicada a la occisa Katiuska Vanessa Mendoza Cotes, contenida en el informe pericial de necropsia No. 2011010120001000429, de fecha 14/12/2011, el análisis y opinión pericial: “diagnóstico médico legal de manera de muerte: en estudio. Causa básica de muerte: en estudio. Se trata de una mujer con historia de intervención quirúrgica, que se le realizaba, en el momento en que ocurrió la muerte: En la necropsia médico legal, se encuentra mujer adulta con signos de atención medica quirúrgica, aspecto cuidado, en buen estado musculo-nutricional, con hallazgo o cambios macroscópicos inespecíficos, que no permiten determinar en el momento, la causa básica y la manera de muerte; es decir, el presente caso queda en estudio; se requiere información complementaria solicitada a la autoridad, así como los resultados de las muestras de fluidos orgánicos y cortes viscerales para estudios de histopatológicos tomados durante la necropsia, elementos de juicio necesarios para documentar y complementar la causa y manera de muerte.

3.7.- Que a raíz de la denuncia presentada por la señora Luisa Isabel Cotes Acosta por falla en el servicio médico en la Clínica Valledupar, que trajo como consecuencia la muerte de su hija, la Secretaria de Salud Departamental, Unidad de Control y Vigilancia, realizó una visita de Inspección a la IPS Clínica Valledupar, en cuyo informe técnico señaló que: “De acuerdo con la evidencia encontrada en la visita de inspección, se observa: 1) que no se cumplieron las acciones de minimización del riesgo quirúrgico y anestésico de la paciente Katiuska Mendoza Cotes, 2) no se cumplieron los protocolos institucionales de

atención del paciente quirúrgico, 3) en lo referente a la disponibilidad de recursos humanos (profesional de anestesiología), para la administración de agentes anestésicos; no se cumplió con lo estipulado en la Resolución No. 1043 del 2006... 4) conforme al alcance de la normatividad vigente..., se estableció deficiencias en el diligenciamiento de la Historia Clínica de la joven Katuska Mendoza Cotes. 5) El proceso de mantenimiento y calibración que requieren los equipos para su adecuado funcionamiento no fue soportado por la institución.”

3.8.- En el marco de la investigación administrativa, la Secretaria de Salud Departamental, Unidad de Control y Vigilancia, impuso una sanción a la Clínica Valledupar, mediante Resolución No. 1923-08-nov. 2012, la que fue confirmada mediante Resolución No. 0638 del 17 de abril de 2013.

3.9.- Que la falla en el servicio prestado a Mendoza Cotes, por parte de los galenos especialistas Damaris Romero Chamorro y Fabio Vargas Lobo, y la Clínica Valledupar S.A, causaron el deceso prematuro de la joven, dejando a sus padres, hermano y familia con profundo dolor, daño moral y en la vida de relación, de incalculables dimensiones, por ver truncado los sueños de la joven estudiosa, cantante y amante del arte musical y folclor vallenato, haciendo recaer la responsabilidad de los daños materiales (daño emergente y lucro cesante), morales y de vida en relación, ocasionados por los actores mencionados, quienes tienen la obligación de repararlos en forma justa y equitativa.

3.10.- Que en cumplimiento de la Ley 640 del 2001, se adelantó audiencia de conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad ante el conciliador el conciliador Elber Araujo Daza, adiada el 31 de julio de 2012, y ante el centro de arbitraje y conciliación de la cámara de comercio de Bogotá, celebrada en 3 sesiones la última el 17 de febrero de 2014.

3.11.- Que, en la intervención quirúrgica practicada a Mendoza Cotes, no se siguieron los protocolos médicos que indica la ley en la atención, ni por parte del Centro Médico, ni por parte de los galenos especialistas Damaris Romero Chamorro y Fabio Vargas Lobo, lo que ocasionó su muerte.

3.12.- Que Katuska Vanessa Mendoza Cotes, en primera instancia solicitó los servicios de un cirujano plástico quien le ordenó que se hiciera los exámenes clínicos de laboratorio de rigor prequirúrgicos; pero luego, no decidió realizarse con este galeno cirujano plástico la cirugía de rinoplastia, y al final escogió a la doctora Damaris Romero Chamorro, con quien contrato el procedimiento en su consultorio médico, en donde le señaló fecha, hora y lugar de procedimiento en la Clínica Valledupar.

3.13.- Que, al momento de su ingreso a la clínica, no le fue abierta historia clínica, porque no estaba programada su cirugía, así mismo, no le fueron recibidos los exámenes prequirúrgicos que le había ordenado otro cirujano plástico para el mismo procedimiento, antes de escoger a la doctora Damaris Romero Chamorro, alegando que no era necesario porque ella tenía 19 años y no sufría de ningún problema, quedando estos en manos de sus familiares.

3.14.- Que posteriormente fue ingresada a la sala quirúrgica donde fue preparada y anestesiada por el medico Fabio Vargas Lobo, sin presencia de la cirujana plástica Damaris Romero Chamorro.

3.15.- Que Katuska Vanessa Mendoza Cotes, después de suministrarle la anestesia el ventilador se apagó y duro en el quirófano sola por más de 20 minutos.

3.16.- Que la instrumentadora quirúrgica de la clínica Valledupar, entró al quirófano donde se encontraba la paciente y la encontró muerta, fue cuando dio aviso a los médicos Vargas Lobo y Romero Chamorro, los que procedieron a ingresar a la sala de cirugía, pero llegaron tarde, porque ya Mendoza Cotes había fallecido.

3.17.- Que el anestesiólogo Fabio Vargas Lobo, se encontraba atendiendo tres cirugías simultaneas, en la misma fecha, hora y en distintos quirófanos de la clínica.

3.18.- Que los galenos Vargas Lobo y Romero Chamorro, trataron de hacerle reanimación, incluso le hicieron una pequeña incisión en la base de la nariz, para hacer creer que le había dado un paro cardio respiratorio durante la cirugía.

3.19.- Que la causa de la muerte de Mendoza Cotes, se debió a falla en la atención médica por parte de los galenos y la Clínica Valledupar, por incumplimiento de los protocolos que deben llenarse para la intervención quirúrgica de esta naturaleza, es decir, que no cumplieron con las obligaciones explícitamente estipuladas por las partes relacionados con la prestación del servicio, de custodia y vigilancia especial hacia el paciente. En este orden de ideas los centros clínicos u hospitales incurrirán en responsabilidad en tanto y cuanto se demuestre que los profesionales a ellas vinculados, incurrieron en culpa en el diagnóstico, en el tratamiento o en la intervención quirúrgica.

3.20.- Que, en resumen, al enlazar el informe pericial de necropsia emanado del Instituto de medicina legal, de fecha 14 de diciembre de 2011, en uno de sus apartes cuando describe el sistema respiratorios-pulmones. “Peso en conjunto de 1.200 gramos, normo configurados, aumentado de tamaño, superficie lisa y brillante, violácea, con algunas áreas de aspecto hemorrágico, consistencia semifirme, hipocrepitantes. Al corte, parénquima de color rojo oscuro, con salida de abundante líquido hemático espumoso, (edema pulmonar) signos de hemorragia pulmonar. Quiere decir, lo anterior, según la especificación dada, que la joven Katuska Vanessa Mendoza Cotes, duro más de 20 minutos sin recibir oxígeno, por cuanto el ventilador se había apagado, estaba dañado, y se encontraba ella sola en la sala quirúrgica, sin presencia de paramédico, enfermera, especialista anesthesiologo, ni la cirujana plástica y por eso murió.

3.21.- Que en la demanda se pretende demostrar cuales fueron los generadores de responsabilidad del profesional médico, es decir negligencia, imprudencia, impericia, violación de los protocolos y/o guías de atención, lo cual nos va a conllevar a demostrar el nexo de causalidad entre el hecho que generó el daño y el daño en sí.

3.22.- Que en los hechos y consideraciones jurídicas se busca demostrar que en el caso sub examine, no se cumplió con los lineamientos de la lex artis, o el deber de cuidado que tienen los médicos, para lo cual en los casos de procedimiento quirúrgico son los siguientes: valoración previa por el cirujano, valoración previa por anestesiólogo, ambos deben solicitar varios exámenes preoperatorios, entre los cuales se destacan cuadro hemático completo, CIT de orina, glicemia en ayunas, entre otros.

3.23.- Que no se explicó los riesgos del procedimiento a la paciente como al acompañante, así como el diligenciamiento, lectura y explicación del consentimiento informado, el cual debe ser firmado por la paciente y por lo menos, alguno de los padres, previa lectura del mismo.

TRÁMITE PROCESAL

4.- Previo reparto, la demanda le fue asignada al Juzgado Quinto Civil del Circuito de Valledupar - Cesar, el que, mediante auto de febrero dos (2) de dos mil quince (2015), la admitió, ordenando correr traslado de esta a los demandados por el término de diez (10) días.

4.1.- Damaris Romero Chamorro, a través de apoderado judicial, contestó la demanda, expresando frente a los hechos que unos eran ciertos, otros no le constaban y otros no eran ciertos. Por ahí mismo se opuso a la prosperidad de las pretensiones, formulando como excepciones de mérito, las que denominó:

i) El régimen de responsabilidad medica se rige por la culpa probada de acuerdo con el artículo 177 del CPC: Expone que, es a los demandantes en este caso a quienes les corresponde probar cada uno de los elementos de la responsabilidad, daño alegado y nexo causal, en el que presuntamente se incurrió con ocasión al fallecimiento de Katuska Mendoza Cotes.

ii) Obligación de medios: La sustenta en que, en el presente asunto se cumplió con los protocolos de medicina y lo descrito en la lex artis, por lo cual no es posible encuadrar la conducta médica de la Dra. Damaris Chamorro como mala

praxis, en razón a que, las obligaciones adquiridas por los profesionales de la salud son de medios y no de resultados, el médico en su labor debe colocar todo su empeño por tratar de restablecer la condición física del paciente que solicita sus cuidados, sin que ello implique necesariamente que la atención brindada conduzca indefectiblemente a la sanación de las dolencias.

iii) Ausencia de culpa atribuible a la Dra. Damaris Chamorro: Manifestó que, en este proceso se afirma que la culpa médica alegada se derivó de la presunta negligencia médica de la demandada Damaris Romero Chamorro por no haber solicitado exámenes preparatorios a la paciente o informado los riesgos de la cirugía; circunstancia que tal como se ha visto son completamente falsas y se encuentran alejadas de los registros de la historia clínica de la paciente, que tienen completa validez y fueron incluso aportados por la parte actora al proceso. Así, la cirugía realizada se encontraba indicada y la complicación que se presentó es un riesgo inherente al acto anestésico que tuvo un manejo oportuno y pertinente, por lo que la Dra. Damaris Romero Chamorro observó los lineamientos de la *lex artis ad hoc* en todos los momentos en que asistió a la paciente.

iv) Principio de confianza: Argumenta que, el trabajo en equipo se presenta con frecuencia en medicina, en especial si se trata de la realización de procedimientos quirúrgicos, entonces cuando ese trabajo se desarrolla entre personas que desarrollan roles de igual trascendencia en el manejo de procedimiento opera dicho principio. Al interior del equipo médico, algunos de sus miembros desarrollaran un rol trascendental e independiente, como sucedería en los casos del cirujano y del anestesiólogo, cuya labor es necesaria para la realización del acto médico y no depende de ningún otro profesional.

v) Inexistencia de nexo causal entre la atención de la doctora Damaris Romero y el daño alegado: Recalca que, en los casos de responsabilidad médica, corresponde al paciente probar el daño y consecuentemente el perjuicio patrimonial o extrapatrimonial que pretende, la culpa del profesional de salud y la relación de causalidad.

Respecto al nexo causal que debe existir entre la culpa médica y el daño padecido, resulta evidente que la causa del fallecimiento de la joven Katiuska Mendoza, no es atribuible a la demandada toda vez que se actuó de manera diligente y conforme a los protocolos establecidos por la *lex artis*.

vi) La innominada de que trata el artículo 306 del CPC: Solicita que, conforme a dicha normatividad se reconozcan oficiosamente en sentencia las excepciones que se encuentren probadas.

Seguidamente, expuso sus argumentos en relación a la “Objeción al juramento estimatorio”, citó el texto del artículo 206 del Código General del Proceso, y adujo que, la tasación de los daños inmateriales consignada en la demanda, dista de los parámetros jurisprudenciales que regulan la materia y que establecen porcentajes distintos de reconocimiento de sumas de dinero, en casos similares a este. Alega que frente a la solicitud de indemnización por daño material en la modalidad de lucro cesante, se presentan las siguientes inexactitudes: i) se extiende el daño de lucro cesante por un periodo de tiempo que no corresponde de acuerdo con los parámetros determinados por la jurisprudencia, debido a que se entiende que a los 25 años los hijos forman su propia familia, y ii) si se tuviera en cuenta que Katiuska Vanessa Mendoza Cotes era responsable de su propia manutención y adicional ayudaba económicamente a sus padres no podría tomarse todo su salario como base para calcular el lucro cesante de sus progenitores, puesto que es claro que la occisa debía utilizar parte de ese salario para sus actividades y su propia manutención.

4.2.- Allianz Seguros S.A., a través de apoderada judicial, contestó la demanda, expresando frente a los hechos que unos eran ciertos y otros no le constan. Por ahí mismo se opuso a la prosperidad de las pretensiones, formulando como excepción de mérito, las que denominó:

i) Inexistencia de la obligación condicional de indemnizar por exclusión del hecho acaecido establecida en las condiciones generales y particulares de la póliza de responsabilidad civil profesional clínicas y hospitalarias No. 346: En el

particular asunto, la sociedad Clínica Valledupar S.A. suscribió póliza de responsabilidad civil con Allianz Seguros S.A., en el mencionado contrato se estableció que la cobertura incluía la responsabilidad civil imputable al asegurado como consecuencia de las acciones y omisiones profesionales, cometidos por personal médico, paramédico, medico auxiliar, farmaceuta, laboratorista, de enfermería o asimilados, bajo la relación laboral con el asegurado o autorizados por este para trabajar en sus instalaciones mediante convenio especial, en el ejercicio de sus actividades al servicio del mismo, siempre y cuando figuren en una relación que se adhiere a esa póliza.

De acuerdo a las pretensiones de la demanda, el procedimiento quirúrgico de rinoplastia realizado a Katuska Vanessa Mendoza Cotes, fue de carácter estético, quiere ello decir, que sus fines no eran preventivos ni curativos de un procedimiento que atentara contra la salud de la joven, sino más bien, que comportaba al embellecimiento de la silueta del paciente; constituyéndose en un acto médico que no es objeto de cobertura dentro de la póliza contratada por el asegurado.

ii) Inexistencia de la obligación de indemnizar por la diligencia en el cumplimiento total de las obligaciones a cargo del médico tratante o entidad de salud: Expone que, los galenos obraron conforme a la historia clínica en el manejo de la paciente Katuska Vanessa Mendoza Cotes, cuya patología pudo ser el resultado de un riesgo propio de la cirugía, que no pueden ser atribuibles de ninguna manera al actuar de los médicos y la entidad de salud donde se llevó a cabo el procedimiento quirúrgico, toda vez que los médicos actuaron con diligencia.

iii) Ausencia de los elementos constitutivos de la responsabilidad médica: La sustenta en que, el fallecimiento de Katuska Vanessa Mendoza Cotes, que se alega como una presunta falla médica, no provienen de los servicios médicos prestados a la paciente con ocasión del procedimiento quirúrgico de rinoplastia, toda vez que de acuerdo a la historia clínica expedida por la Clínica Valledupar S.A, se observa que la paciente ingresó a la entidad de salud donde se le registró ingreso, se le realizaron exámenes físicos, impresión diagnóstica,

tomándosele antecedentes médicos, quirúrgicos y hospitalarios, los cuales resultaron negativos.

Por otra parte, en el informe pericial de Medicina Legal y Ciencias Forenses se consigna que, para el acto médico se elaboró el plan para llevar a cabo la cirugía de rinoplastia, en donde se realizaron todos los actos médicos propios, adicionalmente se consigné que dentro del procedimiento quirúrgico se presentó una alteración del ritmo cardiaco que evolucionó en paro cardiaco provocando su muerte, siendo este un riesgo propio de cualquier cirugía, y que fueron previamente informados a la paciente, otorgando su aceptación cuando firmó el consentimiento informado, por lo que el resultado final no obedeció a negligencia médica.

iv) Prescripción de la acción derivada del contrato de seguro denominado póliza de RC Profesional Clínicas y Hospitales No. 346: La sustenta en que, si se tiene en cuenta la fecha del fallecimiento, 13 de diciembre de 2011, los demandantes tenían hasta el 13 de diciembre de 2013 para interrumpir la prescripción ordinaria con la presentación de la demanda, ahora bien, si tenemos en cuenta que ese término fue interrumpido por la celebración de la audiencia de conciliación extrajudicial, como máximo lo podía interrumpir por 3 meses; tendríamos que, los demandantes contaban hasta el 11 de marzo de 2014 para presentar su demanda, sin embargo, notamos que la fecha de presentación de la presente demanda se produjo en enero de 2015, más de dos años después de que hubiera ocurrido el hecho y de habersele vencido el término para presentar su acción conforme al artículo 1081 del Código de Comercio.

v) Inexistencia de la obligación de indemnizar perjuicios morales: Establece que, la cobertura de la póliza de responsabilidad civil se suscribe a la indemnización de los perjuicios patrimoniales esto es, daño emergente y lucro cesante, pues los daños morales, son considerados perjuicios extrapatrimoniales, y que, en el evento de un fallo adverso, la sociedad Allianz Seguros S.A no está en la obligación de reembolsar dicha suma, por no ser este objeto de cobertura.

vi) Exclusiones establecidas en la póliza de responsabilidad civil profesional clínicas y hospitales No. 346 o incumplimiento de obligaciones o garantías a

cargo del tomador, asegurado o beneficiario: Argumenta que, si se llegare a probar que el tomador, asegurado o beneficiario de la póliza incumplió con alguna de las obligaciones o garantías estipuladas en el contrato de seguro, así se declare, dándole prosperidad a la excepción.

vii) Ausencia de responsabilidad solidaria de las compañías aseguradoras: Establece que, conforme a los artículos 1568 del Código Civil y 1079 del Código de Comercio, el contrato de seguro no es un contrato de responsabilidad solidaria, puesto que, el asegurador solo está obligado hasta concurrencia de la suma asegurada dispuesta en la póliza y en el evento que se llegare a probar los elementos constitutivos de la responsabilidad médica.

viii) Indebida cuantificación de perjuicios: La sustenta en que, la cuantificación de los perjuicios materiales y morales no está debidamente soportado, en lo establecido en las altas cortes en lo referente a la tasación de dichos perjuicios.

ix) Deducible y límite de valor asegurado: Establece que, dentro de las cláusulas establecidas dentro de la póliza No. 346, se encuentra un deducible equivalente al 15% del siniestro, mínimo cinco millones de pesos por evento/ vigencia, por lo que, en caso de eventual condena, la responsabilidad empieza desde dicha cifra hasta el límite de la póliza.

x) La genérica o ecuménica: Solicita que, conforme a dicha normatividad se reconozcan oficiosamente en sentencia las excepciones que se encuentren probadas.

4.3.- Fabio Vargas Lobo, a través de apoderado judicial interpuso recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, alegando que no se presentó una estimación razonada de la cuantía; que existió indebida acumulación de hechos y que no hay certeza acerca del tipo de escrito que se está impetrando.

4.4.- La Clínica Valledupar S.A., a través de apoderado judicial, contestó la demanda, expresando frente a los hechos que unos eran ciertos, otros no le constaban y otros no eran ciertos. Por ahí mismo se opuso a la prosperidad de las pretensiones, formulando como excepciones de mérito, las que denominó:

i) Cumplimiento con el deber de información ilustrado y/o consentimiento informado a Katuska Vanessa Mendoza Cotes para el procedimiento quirúrgico de rinoplastia: Fundamentó que, el consentimiento informado presupuesto y elemento importante de la lex artis, se cumplió a cabalidad, pues a la paciente se le entregó la información necesaria sobre los procedimientos a realizarle quién, como persona en edad adulta y sano juicio ejerció el derecho de determinar que se llevara a cabo la intervención quirúrgica propuesta por el médico tratante.

ii) Cumplimiento con la obligación de medios que se impuso mi mandante: Argumenta que, las obligaciones asumidas fueron de medios, por lo que lo único comprometido era una actitud apta, eficiente, idónea para producir normalmente un resultado, pero sin que ese resultado pueda ser asegurado, con tal propósito coloco a disposición de galenos que contrataron con la paciente todo lo que requirieron para que llevaran a término el procedimiento quirúrgico acordado, como fue la sala de cirugía, personal paramédico, insumos, y demás elementos que necesitaron en su intervención.

iii) Ausencia total de responsabilidad: Recalca que, la Clínica Valledupar entregó los insumos y demás elementos requeridos por los galenos quienes convinieron con la paciente paquetes, recibiendo ellos la totalidad del valor acordado por la intervención, asumiendo, a su vez la responsabilidad por los resultados de la intervención quirúrgica.

iv) Inexistencia de dolo o culpa en las acciones de Clínica Valledupar: Establece que, no hay lugar a declaratoria de responsabilidad puesto que el deber se cumplió con diligencia, entonces la culpa o negligencia no está determinada por un sistema de responsabilidad objetiva, es decir, no responde por el simple hecho que se haya producido un resultado dañoso y, por tanto, no son aplicables los principios de inversión de la carga de la prueba ni de responsabilidad por el riesgo creado, criterios que aun cuando sean aplicables en otros ámbitos de responsabilidad no lo son en cambio, en el ámbito del personal sanitario. En la medida que su responsabilidad es subjetiva y no objetiva.

v) La genérica o innominada: La sustenta en que, conforme al artículo 306 del C.P.C y con fundamento en los hechos descritos, deben prosperar todas las excepciones que se demuestren en el proceso.

4.5.- Mediante auto del 2 de febrero de 2015 se desató el recurso de reposición incoado por Fabio Vargas Lobo, en el que se decidió no reponer.

4.6.- Mediante escritos separados de agosto diecinueve (19) de dos mil quince (2015), la Clínica Valledupar S.A. llamó en garantía a Damaris Romero Chamorro, Fabio Vargas Lobo y Allianz Seguros S.A.

4.7.- Fabio Vargas Lobo, a través de mandatario judicial, contestó la demanda, expresando frente a los hechos que unos eran ciertos, otros no le constaban y otros no eran ciertos. Así mismo, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de mérito:

i) El régimen de responsabilidad médica se rige por la culpa probada de acuerdo al artículo 177 del C.P.C.: La sustenta en que, conforme a dicha normatividad en el presente caso le corresponde a la demandante, probar los elementos de la responsabilidad en que presuntamente se incurrió con ocasión de las atenciones medico anestésicas de la paciente Katuska Vanessa Mendoza Cotes.

ii) Inexistencia del elemento culpa frente a los actos médicos cuestionados por la parte actora, como consecuencia de la diligencia y cuidado empleado por el Dr. Fabio Vargas Lobo: Aduce que, la historia clínica en el particular demuestra que a la paciente se le ilustró sobre los riesgos analgésicos y se le realizó valoración preanestésica la cual fue calificada como ASA 1, es decir, que se trataba de un paciente en perfectas condiciones generales, que ofrecía el mínimo de riesgos y complicaciones, de ahí se desprende que el actuar del médico fue diligente y que el deceso se debió a un caso fortuito.

iii) Inexistencia de daño indemnizable imputable al demandado doctor Fabio Vargas Lobo, por ausencia del necesario nexo causal: La sustenta en que, en el presente asunto no debe tenerse en cuenta apreciaciones subjetivas o

propias, por haber inexistencia de nexo causal entre el fallecimiento de Katiuska Vanessa Mendoza Cotes y la conducta de este.

iv) Posibles causales de la ocurrencia del fenómeno R sobre T: Argumenta que, la situación presentada en el particular caso constituye caso fortuito, porque la regla general es que se presenten arritmias entre el 10% y 85% durante los actos anestésicos, casi todas benignas, infortunadamente, entre el 1.6% y el 5% de los casos evolucionan a arritmias cardíacas malignas, como las contracciones ventriculares prematuras, la taquicardia ventricular, y la fibrilación ventricular, que no dan oportunidad a tratamiento efectivo y traen como consecuencia paro cardíaco como en el presente asunto, por lo tanto, la arritmia que se presentó durante la anestesia suministrada a la paciente fue maligna, siendo imposible su control, por lo que conllevó a su deceso.

v) Genérica: Exponiendo idénticos argumentos a los planteados por los demás demandados.

4.8.- Mediante auto de marzo nueve (9) de dos mil dieciséis (2016), el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Valledupar- Cesar, admitió el llamamiento en garantía que hizo la Clínica Valledupar a Fabio Vargas Lobo, Damaris Romero Chamorro y Allianz Seguros S.A., el que fue objeto de recurso de reposición y apelación en subsidio por los demandados.

4.8.1.- Mediante auto de junio tres (3) de dos mil dieciséis (2016), el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Valledupar- Cesar, revocó el auto del 9 de marzo de 2016, decisión contra la cual la Clínica Valledupar interpuso recurso de apelación, el que fue resuelto mediante providencia del 2 de junio de 2017 que revocó el auto del 3 de junio de 2016 y admitió el llamamiento en garantía que hace la Clínica Valledupar S.A. a Damaris Romero Chamorro.

4.9.- El 16 de noviembre de 2016 los demandantes y el demandado Fabio Vargas Lobo, suscribieron “acta de indemnización integral”¹ en la que las víctimas “declaran que, (...) han sido indemnizadas integral y completamente por todos los eventuales perjuicios de cualquier índole, pasados, presentes y

¹ Folio 147 Cuaderno No. 5

futuros, que pudieran haberse ocasionado con el deceso de Katuska Vanesa Mendoza Cotes, el pasado 13 de diciembre de 2021”.

4.10.- Mediante auto del 15 de diciembre de 2016 fue aceptado el desistimiento de las pretensiones que la parte demandante invocó contra el médico Fabio Vargas Lobo.

4.11.- El 11 de enero de 2017 entre los demandantes, la Clínica Valledupar S.A. y Allianz seguros S.A., suscribieron contrato de transacción en el que acordaron “conciliar por la suma única de doscientos millones de pesos m.l. (\$200.000.000)²”.

4.12.- Mediante auto del 27 de enero de 2017 se aceptó el desistimiento de las pretensiones formuladas en la demanda contra la Clínica Valledupar S.A. y Allianz Seguros S.A., con fundamento en contrato de transacción suscrito entre las partes.

4.13.- Agotadas las etapas procesales pertinentes, mediante auto del 4 de agosto de 2017, se señaló fecha y hora para adelantar la audiencia de que trata el artículo 372 del Código General del Proceso.

4.14.- El 23 de agosto de 2017, se instaló la audiencia de que trata el artículo 372 y ss del Código General del Proceso, en la que, una vez verificadas las partes, al no haber excepciones previas por resolver, se declaró fracasada la etapa conciliatoria, se procedió a evacuar los interrogatorios al extremo demandante y demandado, al no encontrarse causal para invalidar lo actuado, se fijó el litigio y se decretaron las pruebas solicitadas por las partes.

4.15.- El 17 de octubre de 2017, tuvo lugar la audiencia de instrucción y juzgamiento, en la que se practicó el dictamen pericial, y se ordenó suspender la audiencia. Posteriormente el apoderado judicial de la demandada, Damaris Romero Chamorro presentó solicitud de terminación del proceso, con ocasión de la transacción realizada entre el médico Fabio Vargas Lobo y los actores.

² Fls. 67 a 69 Cuaderno No. 5

4.16.- Mediante providencia de noviembre (22) veintidós de dos mil diecisiete (2017) el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Valledupar- Cesar declaró terminado el proceso por transacción entre las partes. Decisión que fue objeto de recurso de reposición y en subsidio de apelación por parte del apoderado de la parte actora; el primero de los cuales le fue resuelto desfavorablemente, por lo que se concedió el recurso de apelación.

Por medio de auto de julio (24) veinticuatro de dos mil diecinueve (2019) el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, resolvió revocar el auto del 22 de noviembre de 2017, y ordenó la continuación del proceso contra Damaris Romero Chamorro. En auto de obedézcase y cúmplase, fechado el 4 de septiembre de 2019 se fijó fecha para la continuación de la audiencia de instrucción y juzgamiento dentro del proceso de la referencia.

4.17.- El 16 de octubre de 2019, se reanudó la audiencia de instrucción y juzgamiento, de conformidad con el art. 373 del C.G.P., en la que, se practicó el dictamen pericial aportado por la demandada, se practicaron los testimonios solicitados por las partes, y se escucharon los alegatos de conclusión. Posteriormente, el 25 de octubre de 2019 se profirió la sentencia que hoy se revisa.

LA SENTENCIA APELADA

5.- La Juez de conocimiento finiquitó la instancia a través de sentencia de fecha 23 de noviembre de 2018, en la que desestimó las pretensiones de la demanda, declaró probada las excepciones de mérito denominadas “ausencia de culpa atribuible a la doctora Damaris Romero Chamorro” y “inexistencia de nexo causal entre la atención de la doctora Damaris Romero Chamorro y el daño alegado”

Fundamentó su decisión en que, la obligación contraída para la realización del procedimiento quirúrgico de rinoplastia entre Katuska Vanessa Mendoza Cotes (q.e.p.d) y la Dra. Damaris Romero Chamorro fueron de medios y no de resultados, pues no se logró demostrar por el extremo demandante prueba alguna que acreditara que la galena en el ejercicio del referido acto, faltó a la

lex artis, o que su actuación fue culposa, puesto que, la obligación por ella asumida se orientó a efectuarle dicha intervención utilizando su conocimiento y técnica existente, con la finalidad de disminuir el tamaño de la punta de su nariz globosa, sin que se hubiere asegurado resultado alguno, pues ninguna de las partes dio cuenta del alcance del contrato de prestación de servicios médicos celebrado por ellas.

Esgrime que, los demandantes afirmaron que el fallecimiento de Katiuska Vanessa Mendoza Cotes se debió a una falla en la atención médica brindada a ésta por parte de la Clínica Valledupar S.A y los galenos Damaris Romero Chamorro, Fabio Vargas Lobo, al no cumplirse con los protocolos médicos que indica la lex artis, para el procedimiento quirúrgico de rinoplastia, sin embargo, teniendo en cuenta que los demandantes desistieron de las pretensiones de la demanda respecto a los demandados Fabio Vargas Lobo, Clínica Valledupar S.A., y el llamado en garantía Allianz Seguros S.A, centró el estudio en torno a la culpa de la cirujana, atendiendo a que el desistimiento de las pretensiones produce los mismo efectos de la sentencia, conforme a lo establecido en el artículo 314 del Código General del Proceso.

Agrega que, la historia clínica de la doctora Damaris Romero Chamorro, revela que el 12 de diciembre de 2011 la cirujana atendió a Mendoza Cotes, pues como motivo de consulta aparece: “refiere la paciente que desea mejorar la punta nasal con fines estéticos, se encuentra satisfecha con el dorso nasal” estableciéndose como procedimiento a realizar una rinoplastia estética, y como diagnóstico una rinomegalia-punta globosa, así mismo se dejó constancia que la paciente trajo exámenes preoperatorios normales: HB: 13.6, HTO: 40.3%, T.P: 13.2, TPT:28.2, HIV: negativo, electrocardiograma normal.

Encontró demostrado que, a Mendoza Cotes se le realizó evaluación pre anestésica, minutos antes de la cirugía, en la que se clasificó como riesgo ASA 1, por parte del doctor Fabio Vargas Lobo, y que se diligenció el consentimiento informado junto con su progenitora Luisa Cotes Acosta, en el que se señalaba como posibles riesgos de la rinoplastia con incisión columelar: hemorragias,

inconformidad estética y lo más importante los riesgos inherentes a la anestesia y alergias a medicamentos.

Precisó que, contrario a lo afirmado por el extremo demandante de la historia clínica, se extrae que la paciente si fue valorada con anterioridad a la cirugía, por la doctora Damaris Romero Chamorro el 12 de diciembre 2011, que le realizó exámenes físicos y que, si bien no ordenó los exámenes pre quirúrgicos, ello obedeció a que ya habían sido ordenados por otro cirujano, y eran recientes, lo cual no fue impedimento para que fueran revisados y valorados por ella para concluir que los resultados arrojaban que su estado de salud estaba normal y era una paciente apta para cirugía, razón por la que se programó para el 13 de diciembre de 2011, en la Clínica Valledupar S.A. entidad con la que admitió la cirujana en su interrogatorio tener un contrato, para llevar a cabo la cirugía.

Estimó que, en lo que se refiere al reparo de que los exámenes pre quirúrgicos no fueron valorados por la cirujana antes de la intervención, y de que esta no se encontraba en el quirófano al momento de ingreso de la paciente, no son de recibo, pues quedó demostrado que la especialista un día antes de la cirugía atendió a la paciente en su consultorio, le hizo examen físico y revisó los exámenes pre quirúrgicos, hecho del cual quedó constancia en la historia clínica de su consultorio, y como habían sido valorados normales, programó la cirugía tal como fue reconocido por los demandantes en sus interrogatorios.

De igual modo, quedó demostrado que la cirujana se encontraba en el quirófano al ingreso de la paciente, de ello da cuenta el testimonio de la demandante Naysshell Lizzani Cotes, prima hermana de Katiuska Vanessa Mendoza Cotes, quien la acompañó a la cirugía y afirmó que la doctora Damaris Romero Chamorro, si estaba en el quirófano, estimó que si bien dicho testimonio había sido tachado por el apoderado de la demandada, se negó, dándole credibilidad por tratarse del familiar que la acompañó hasta la sala de cirugía.

Respecto al reparo de los demandantes en que la falta de valoración pre anestésica, incidió en el desenlace fatal de la paciente, dicha afirmación no tiene soporte científico ni probatorio, porque la valoración pre anestésica se realizó y

arrojó que era una paciente ASA1, por lo que fue considerada apta para el procedimiento conforme a las normas mínimas de seguridad en anestesiología, apoyándose en la providencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, expediente No. 0042 M.P. Pedro Octavio Munar, sentencia 22 de julio de 2010.

Estableció que, no había lugar a pensar que la omisión de la valoración pre anestésica se debió a la urgencia en la realización del procedimiento quirúrgico por parte de la cirujana, en razón a que, se acreditó en los interrogatorios a los demandantes que Katuska Mendoza Cotes, accedió a realizarse el procedimiento quirúrgico porque tenía programada las fotos de su álbum discográfico para enero de 2012, y por ello consultó inicialmente al doctor José Carreño, quien de acuerdo con la declaración del señor Nicolas Guillermo Mendoza Torres, no pudo intervenirla el 11 de diciembre de 2011, por lo que cambió de cirujano, declaración coincidente con la efectuada por la demandada al preguntar si tenía exámenes preoperatorios, y esta contestar que si los tenía porque había sido valorada por el medico en mención.

Arguyo que, no se demostró que la demandada Damaris Romero Chamorro, hubiera incurrido en una indebida práctica médica, pues no demostró la parte actora que la paciente duró más de 20 minutos sola en el quirófano, así como el hecho que el paro cardiorrespiratorio se hubiera presentado antes de la cirugía, pues en la historia clínica, referente al procedimiento de rinoplastia da cuenta de que hubo: “i) anestesia general, ii) asepsia y antisepsia en cara, iii) infiltración nariz con solución vasoconstrictora, iv) incisión columelar, v) disección de cartílagos + retiro de exceso de domus, vi) sutura en columela, vii) la paciente presenta alteración en el ritmo cardiaco, evolucionando en paro cardiaco, practicándose maniobras de reanimación evolucionando a muerte, se realiza protocolo de línea isoeléctrica, sin respuesta del paciente”.

Agregó que, no existe prueba de dicho supuesto dentro del expediente, contrario a ello se demostró que la paciente ingresó a la cirugía a las 12:30 pm y más o menos a la 1:45 pm cuando el procedimiento se encontraba en etapa

final, la paciente presenta paro cardiorrespiratorio, lo que permite inferir que nunca estuvo sola en la sala de cirugía.

Determinó que, la tacha formulada por la demandante contra el dictamen rendido por Víctor Hugo Carrillo por tener conocimiento anterior de las declaraciones de otros testigos, si bien es cierto el testigo estuvo presente en la audiencia inicial, para la fecha en que esta se llevó a cabo ya había rendido su dictamen, de tal suerte que su comparecencia a la audiencia no contamina el dictamen, al haberse requerido su asistencia por el despacho para la contradicción de la experticia, conforme al artículo 228 del Código General del Proceso.

Establece que, las relaciones existentes entre el cirujano y el anestésista en el desarrollo de un procedimiento quirúrgico, se ha dicho que estos por sus conocimientos especiales, se complementan y distribuyen en el desarrollo de la intervención quirúrgica existiendo entre ellos un reparto horizontal de sus tareas, sin que implique una relación de dependencia entre estos, entonces, no es de recibo la afirmación de que la cirujana permitió el retiro del anesthesiólogo de la sala, si se tiene en cuenta que la doctora Damaris, estaba realizando la cirugía cuando ocurrió el evento dañoso, esta no podía prever la eventual ausencia del anesthesiólogo.

Finalmente, con los elementos probatorios valorados no se evidenció la existencia de la falla médica endilgada a la demandada, al contrario, quedó demostrado que su actuar fue diligente, oportuno y cuidadoso ajustado a la lex artis, por lo que concluyó que el deceso de Katuska Vanessa Mendoza Cotes, no tiene nexo causal con el procedimiento quirúrgico de rinoplastia, ni obedecía a fallas imputables al ejercicio del rol de la demandada como cirujana, sino a circunstancias relacionadas con el acto anestésico.

EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO

6.- Los demandantes a través de su apoderado judicial, manifestaron su inconformidad con la decisión adoptada, alegando que, los hechos probados evidencian la existencia de falla médica endilgada a Damaris Romero Chamorro, y que su actuar negligente, descuidado y culposo produjo el fallecimiento de Katuska Vanessa Mendoza Cotes.

Alega que, el dictamen rendido por el medico Máximo Alberto Duque Piedrahita da cuenta de que efectivamente existió responsabilidad por parte de la demandada, debido a que “no aparece documento que se haya cumplido todas las normas para valoración prequirúrgico, examen y valoración completa por parte de la cirujana plástico.”

Añade que el perito también hizo referencia a deficiencias en el proceso de anestesia, las que también fueron detectadas en el proceso de investigación administrativa desarrollado por la Secretaria de Salud Departamental, por lo que esgrime que la información disponible indica que estos factores además de ser deficiencias administrativas, también fueron determinantes en el deceso de la paciente, dado que afectaron las posibilidades de prevenirlo o de reaccionar adecuada y oportunamente.

Afirma que existió descuido, negligencia, falta de prevención de la cirujana, antes y durante el acto quirúrgico, y que la evidencia da cuenta del nexo causal entre la deficiente atención brindada a la paciente durante el acto quirúrgico y el fallecimiento de la joven, esto es, entre la falla médica y el daño ocasionado.

Aduce que, según la misma jurisprudencia transcrita parcialmente por la juez *a quo*, en la complejidad del acto quirúrgico existe responsabilidad horizontal, debido a las especialidades médicas, correspondiendo al cirujano la dirección, vigilancia y control, no solamente respecto al funcionamiento de los equipos, sino en el recurso humano que colabora en la realización del acto quirúrgico, en garantía de la seguridad de la vida del paciente, lo cual explica que la

responsabilidad por el acto mismo no sea de resultado sino de medio, en consecuencia, el médico cirujano debe tener la debida diligencia y cuidado antes, durante y después del acto quirúrgico, pues su descuido lo hace responsable, como ocurrió en el particular asunto.

6.1.- Admitido el recurso de apelación, en sujeción al artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, se concedió el término legal al apelante para sustentar su censura, oportunidad en la que guardó silencio. Sin embargo, teniendo en cuenta el criterio impuesto por la Corte Suprema de Justicia en proveídos como el STC9226-2022, esta Colegiatura procederá a estudiar su alzada con los argumentos que se esgrimieron en debida forma ante el a quo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

7.- De conformidad con el artículo 320 del CGP, la Sala es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, únicamente en los reparos concretos formulados por el apelante, sin perjuicio de las cuestiones que deban ser absueltas de oficio. Así mismo, esta providencia es emitida luego de efectuar control de legalidad sobre toda la actuación surtida y constatar que se cumplen todos los requisitos sustanciales y procesales para resolver de fondo.

8.- Conocidos los reparos que ha formulado el recurrente, se realizará el estudio pertinente, no sin antes hacer un proemio de lo que, con antelación la ley y la jurisprudencia han expuesto en torno a este tipo de debates.

La responsabilidad civil médica, encuentra su sustento principalmente en los artículos 63, 1604, 1613 y ss, 2341 y ss del Código Civil, así como la Ley 23 de 1981 “por la cual se dictan normas en materia de ética médica”, reglamentada por el Decreto 3380 de 1981, la Ley 1164 de 2007 modificada por la Ley 1438 de 2011.

Así pues, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil, ha definido la responsabilidad médica como “una especie de responsabilidad profesional

sujeta a las reglas del ejercicio de la profesión de la medicina, y cuando en cualquiera de sus fases de prevención, pronóstico, diagnóstico, intervención, tratamiento, seguimiento y control, se causa daño, demostrados los restantes elementos de la responsabilidad civil, hay lugar a su reparación a cargo del autor o, *in solidum* si fueren varios los autores” (CSJ SC12947-2016, 15 sep. 2016, rad. No. 11001 31 03 018 2001 00339 01 MP. Margarita Cabello Blanco).

Así mismo, en sentencia SC7110-2017, señaló que, “la responsabilidad médica descansa en el principio general de la culpa probada, salvo cuando en virtud de las “estipulaciones especiales de las partes” (artículo 1604, in fine, del Código Civil), se asumen, por ejemplo, obligaciones de resultado, ahora mucho más, cuando en el ordenamiento patrio, el artículo 104 de la Ley 1438 de 2011, ubica la relación obligatoria médico-paciente como de medios”.

La misma providencia, enseña que:

La conceptualización es de capital importancia con miras a atribuir las cargas probatorias de los supuestos de hecho controvertidos y establecer las consecuencias de su incumplimiento. Así, tratándose de obligaciones de medio, es al demandante a quien le incumbe acreditar la negligencia o impericia del médico, mientras que en las de resultado, ese elemento subjetivo se presume. (Resaltado propio).

Ahora bien, en sentencia SC4786-2020, la Sala de Casación Civil luego de exponer la línea jurisprudencial trazada por el Máximo Tribunal de la jurisdicción Civil, indicó que, en la “actualidad, existe una doctrina consolidada, que, sin desconocer las nociones de daño, actuar culposo y nexo causal, fijan los derroteros para establecer el deber resarcitorio ocasionado por una falla médica, en el cual tiene especial relevancia la distinción entre deberes de medios y de resultados”.

Frente a la responsabilidad médica señaló que, en asuntos estéticos, “se aplica, como pauta ordinaria, el criterio de las obligaciones de medio y, consecuentemente, la culpa probada -que trasluce la carga para el demandante

de acreditar el error médico-. Por excepción entra en vigor la culpa presunta, esto es, que se infiere la falla sanitaria a partir de la ausencia de un resultado, cuando los galenos se han comprometido a alcanzar este último en aplicación de la libre autonomía de la voluntad”.

Sumado a lo anterior, no se puede desconocer que de antaño la Sala de Casación Civil ha dicho que, tratándose de responsabilidad médica, existe la obligación de seguridad, la que podrá ser de medios o de resultado. Así, si se trata de una obligación de medios, o de prudencia y diligencia, encaminada a evitar la ocurrencia de cualquier percance, incumbe a la víctima demostrar que el demandado desatendió el deber a su cargo y, por causa de su negligencia o imprudencia, causó el daño alegado por aquella. Por su parte, si se trata de una obligación de resultado, donde el compromiso consiste en evitar que el paciente sufra cualquier accidente en el cumplimiento del contrato que lesiones su persona, se presumirá la culpa del demandado, quien podrá desvirtuar la presunción demostrando el acaecimiento de una causa extraña³.

Sin embargo, cuando ni las partes ni la ley han determinado el alcance de la prestación, la Corte Suprema de Justicia, plantea la posibilidad de considerar diversos criterios, así:

- Criterio de “aleatoriedad del fin último perseguido por el acreedor”, según el cual la obligación de seguridad se considerará como un deber general de prudencia en las hipótesis en que la conducta del deudor se orienta a la “satisfacción de un interés de obtención incierta”. Al contrario, cuando son mínimas las circunstancias aleatorias que pueden frustrar el propósito anhelado por el acreedor, se considera como un “riesgo despreciable” que permite atribuirle al deudor una obligación de seguridad determinada o de resultado. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 18 octubre de 2005. M. P. Pedro Munar).
- Otro criterio, ligado al anterior, es el denominado “participación más o menos activa del acreedor en el cumplimiento de la obligación a cargo del

³ Módulo Responsabilidad médica EJRLB. Pág. 66.

deudor”, en el que, si el acreedor juega un papel eminentemente pasivo en los hechos, es posible calificar la obligación de seguridad como obligación determinada o de resultado. Al contrario, si interviene activamente, al disminuir el poder de control del deudor, se podría estar ante una obligación genérica de prudencia o diligencia⁴.

Así pues, tratándose de la obligación de seguridad, esta no solo se manifiesta en la necesidad de evitar que el paciente sufra accidentes o eventos traumáticos en el curso de la atención médica u hospitalaria, sino también, en garantizar que los distintos aparatos, elementos, instrumentos, insumos, fármacos o materiales que son utilizados para la atención de la enfermedad no causen daños a las personas que son beneficiarias de los servicios de las clínicas u hospitales. (CSJ Sala de Casación Civil, 13 de septiembre de 2013, referencia: 11001-3103-027-1998-37459-01).

En la misma sentencia se reitera lo dicho por esa misma Sala en providencia del 30 de abril de 2009, exp 00629 01:

“debe advertirse también que los prestadores de los servicios de salud, al igual que ocurre con los restantes intervinientes en el mercado, pueden responder por los productos que utilicen en el desarrollo de sus actividades y que se puedan considerar *defectuosos*, por no ofrecer a la seguridad que legítimamente pueden esperar los consumidores o usuarios, campo éste donde, por regla general, el deber en comento asume las características de una obligación de resultado.”

Vale puntualizar que la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado sirve para determinar el contenido de la obligación, además en relación a la carga de la prueba, le corresponde al deudor probar el pago o la fuerza mayor, puesto que el incumplimiento de la obligación hace presumir su culpa, independientemente del contenido de la obligación (medios o resultado). Entonces, en punto de la prueba del pago, conviene traer lo expuesto por el

⁴ *Ibíd.*

Consejo de Estado, en un asunto en el que se analizaron los distintos actos o medios que dan lugar a acreditar la adecuada prestación del servicio médico:

“... la prueba del pago para el médico consistirá en demostrar que ejecutó la prestación a su cargo, esto es la serie de actos o medios previstos por la ciencia y el arte médicos para el tratamiento del caso que el paciente le confió: que estudió la historia y particularidades del paciente; que en presencia de los síntomas consultados y percibidos y hecha la evaluación de su estado de salud, ordenó los exámenes previos a su intervención para precisar el diagnóstico, si no acertado por lo menos consecuente en esas circunstancias, y determinó la terapéutica correspondiente; que preparó al paciente con las drogas e indicaciones para la intervención quirúrgica; **que se rodeó del personal auxiliar especializado y experimentado**; que recluyó al enfermo oportunamente en un hospital; **que disponía y utilizó los equipos adecuados**; que practicó las incisiones e hizo las operaciones requeridas y en la forma prevista por su técnica; **que controló los síntomas vitales de operado**; que intervino al paciente en condiciones de asepsia; que dio las órdenes y las instrucciones apropiadas para el control postoperatorio; que explicó al paciente o a su familia los efectos y las precauciones a ser tomadas durante este periodo, que mantuvo un control y vigilancia sobre el enfermo, su progreso, etc.” (Consejo de Estado, Sección tercera, 3 febrero 1995, Exp. 1942, CP. Carlos Betancur).

En un sentido similar, la sentencia SC13925-2016 alude a la responsabilidad sistémica, que “permite identificar las operaciones no como actos de voluntad de los individuos sino como procesos que surgen como un todo organizado, compuesto por distintos elementos identificables a partir de la distinción con el entorno donde operan. Las organizaciones se consideran sistemas en continua interacción con el entorno, lo que permite identificar las variables internas y externas que tienen impacto sobre las acciones y decisiones administrativas y el desempeño organizacional en cada situación específica”.

En esta última providencia transliterada si bien se analizó desde el ámbito de la responsabilidad que le asiste a una organización como lo es un establecimiento de salud, lo cierto, es que dicho análisis también resulta aplicable a aquellos

casos en los que un médico es contratado de manera particular por un cliente para que le preste un servicio específico como le es la realización de una cirugía plástica, caso en el cual el aludido profesional de la salud no está actuando meramente como médico, sino también como prestador del servicio de salud, bajo el cual se compromete a prestar un servicio de manera autónoma, de ahí que tiene a su cargo la ejecución del procedimiento quirúrgico para el cual fue contratado, así como, la responsabilidad sobre todos los elementos requeridos para el éxito de la cirugía, esto es, equipos necesarios, personal colaborador idóneo, e inclusive un adecuado establecimiento médico en el que se realizará el procedimiento.

Esto como consecuencia de fungir en calidad de contratista particular, y no como médico adscrito a una EPS, por lo que debe encargarse de la organización de cada uno de los aspectos que implican la prestación del servicio, articulando cada uno de los elementos que integran la estructura con la cual se ejecutara la labor contratada por el paciente.

“La información que está al alcance de cada organización pasa a desempeñar un papel trascendental al momento de atribuir responsabilidad, porque frente a un dominio de información incompleta o asimétrica que altera el desempeño de la empresa y afecta el equilibrio de la competencia perfecta, no es posible exigir el cumplimiento de estándares de responsabilidad basados en una racionalidad ideal máxima. Por ello, la violación del estándar de conducta exigible sólo puede determinarse a partir de un parámetro de diligencia adecuada en relación con el sector de la vida o del tráfico en que se produce el acontecimiento dañoso, lo que permite identificar la culpa de la organización”, (SC13925-2016).

La misma jurisprudencia señala que “es esperable que a mayor comprensión sobre los procedimientos y técnicas idóneas que rigen un ámbito especializado de la ciencia, más grande es el poder de control sobre el mismo y mayores las posibilidades de evitar resultados adversos, lo que aumenta el grado de exigencia de responsabilidad.”

En sentencia SC4405-2020 se señaló que tratándose de responsabilidad médica es necesario acreditar varios presupuestos axiológicos: i) daño físico y/o psíquico padecido, ii) perjuicio patrimonial o moral cuyo resarcimiento se pretende; iii) la conducta culpable del galeno y, iv) la relación de causalidad entre dicha conducta y el daño generado.

8.1.- En el particular asunto, huelga decir que la Juez de instancia consideró que la obligación adquirida por la demandada Damaris Romero para con la paciente Katuska Vanessa Mendoza fue de medios y no de resultado, aspecto sobre el cual la censura expone que “según la misma jurisprudencia transcrita parcialmente por la juez *a quo*, en la complejidad del acto quirúrgico existe responsabilidad horizontal, debido a las especialidades médicas, correspondiendo al cirujano la dirección, vigilancia y control, no solamente respecto al funcionamiento de los equipos, sino en el recurso humano que colabora en la realización del acto quirúrgico, en garantía de la seguridad de la vida del paciente, lo cual explica que la responsabilidad por el acto mismo no sea de resultado sino de medio, en consecuencia, el médico cirujano debe tener la debida diligencia y cuidado antes, durante y después del acto quirúrgico, pues su descuido lo hace responsable, como ocurrió en el particular asunto”, fl.1653.

Así las cosas, el recurrente no discute la decisión de la juez de instancia respecto al tipo de obligación en que se enmarca la actuación del galeno, esto es, de medios, no obstante, conviene precisar que en este caso en particular se aplica la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil según la cual:

“(…) Para el caso de la cirugía plástica con fines meramente estéticos, por lo tanto, puede darse el caso de que el médico se obligue a practicar la correspondiente intervención sin prometer o garantizar el resultado querido por el paciente o para el que ella, en teoría, está prevista; o de que el profesional, por el contrario, sí garantice o asegure la consecución de ese objetivo. En el primer evento, la obligación del galeno, pese a concretarse, como se dijo, en la realización de una cirugía estética, será de medio y, por lo mismo, su cumplimiento dependerá de que él efectúe la correspondiente intervención con plena sujeción a las reglas de la *lex artis ad hoc*; en el segundo, la adecuada y cabal ejecución de la prestación del deudor sólo se producirá si se obtiene efectivamente el resultado por él prometido (...)”⁵.

⁵ CSJ, Civil. Sentencia del 05-11-2013, MP: Solarte R., No. 2005-00025-01.

En ese mismo contexto, refiere que:

“(...) es indispensable entrar a reparar, en cada caso específico, en la naturaleza y contenido de la relación sustancial que lo vincule con el paciente; que solo por tal conducto sería factible dilucidar cuáles son las prestaciones a cargo del médico y -lo que usualmente ofrece gran utilidad en orden a definir litigios de esta especie- si las obligaciones adquiridas por el respectivo profesional de la salud son de medio o de resultado, esto último cual acontece con frecuencia tratándose de cirugías plásticas con fines meramente estéticos (...)”⁶.

Así las cosas, como en el presente caso, verificado el escrito inicial y sus anexos, se echa de menos la relación de los compromisos adquiridos por la profesional, simplemente se señala que el procedimiento quirúrgico fue una “rinoplastia”, pero nada se dijo respecto a cuáles serían sus resultados, ni se hizo referencia a estos aspectos en los interrogatorios y pruebas testimoniales vertidas al proceso, por tanto, el análisis de este asunto se adelantará bajo la égida de las obligaciones de medios, como quiera que pese a tratarse de una cirugía estética no le es posible al juzgador presumir el alcance de las obligaciones pactadas.

8.2.- La censura recae sobre el presunto incumplimiento de las obligaciones de la médica Damaris, puesto que, según lo argumentado por el apelante, ésta no cumplió con la debida diligencia y cuidado que le correspondía asumir, y añade que las pruebas obrantes en el plenario dan cuenta de la responsabilidad médica alegada.

Para resolver este reparo, se señalará que, en relación a la carga probatoria, la Sala de Casación Civil planteó la teoría de la carga dinámica de la prueba, la que hoy se encuentra consagrada en el artículo 167 del CGP, y respecto de lo cual se ha dicho 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

⁶ CSJ, Civil. Sentencia del 05-11-2013, Ob. cit. Y que reitera lo dicho en proveído del 19-12-2005, MP: Munar C. R., No.1996-05497-01.

al deber de aportación de las pruebas que cada parte está en la posibilidad de aportar, lo cual calificará el juez en su momento (...)”⁷.

Así, oteado el plenario no existe duda respecto a que la médica Damaris Romero Chamorro fue contratada por Katiuska Vanessa Mendoza Cotes (fallecida) para la prestación de un servicio particular, como lo es la realización de la cirugía plástica de “rinoplastia”, pues así lo confiesa la demandada en su escrito de contestación de la demanda, de ahí que la médico no estaba actuando como empleada de una EPS o una IPS, sino que fungía ella misma como prestadora del servicio médico, por lo que es en este marco que corresponde analizar el cumplimiento o no de las obligaciones de medio que tenía a su cargo.

A este respecto se constata en el expediente que la parte actora le endilga la falta de diligencia y cuidado, bajo el argumento de que sus obligaciones como cirujana incluían “la dirección, vigilancia y control, no solamente respecto al funcionamiento de los equipos, sino en el recurso humano que colabora en la realización del acto quirúrgico, en garantía de la seguridad de la vida del paciente”, y que por tanto, era responsable de las omisiones del anesthesiólogo y de la verificación del estado en que se encontraban los equipos médicos requeridos, argumentando que “en la intervención quirúrgica practicada a la joven Katiuska Vanessa Mendoza Cotes (Q.E.P.D.), en la Clínica Valledupar, no se siguieron los protocolos médicos que indica la ley en la atención por parte de este Centro de atención médica, ni por parte de los galenos especialistas Damaris Romero Chamorro y Fabio Vargas Lobo, negligencia y omisión, que originó su muerte”⁸.

De trascendencia resulta señalar que tanto la Clínica Valledupar como el médico anesthesiólogo Fabio Vargas Lobo fueron desvinculados del proceso como consecuencia del contrato de transacción⁹ suscrito con la primera y el desistimiento¹⁰ de las pretensiones de la demanda en relación al segundo. Ahora bien, la demandada al contestar las pretensiones demandatorias, alegó

⁷ CSJ. SC21828-2017.

⁸ Folio 199 Cuaderno No. 1

⁹ Folio 67 Cuaderno No. 5

¹⁰ Folio 57 Cuaderno No. 5

en su favor que la atención brindada a la joven Katuska Mendoza “fue en todo momento oportuna, diligente, cuidadosa y ajustada a la *lex artis ad hoc*”¹¹ y aclara que “el acto quirúrgico y el acto anestésico son completamente independientes entre sí”, así, la defensa se estructuró en primera medida en el cumplimiento de su obligación como cirujana y la independencia de las obligaciones quirúrgicas y de anestesiología.

Revisado el caudal probatorio debemos partir del hecho de que la demandada atendió en primera oportunidad a la paciente en su consultorio el día 12 de diciembre de 2013, tal como se extrae del interrogatorio que le fue realizado a la señora Luisa Isabel Cotes, madre de Katuska (fallecida), quien afirma que luego de la revisión que le fue realizada por la médico, ésta les indica que “la operación va a ser a las 10 de la mañana en la Clínica Valledupar, en platino”, de lo que se extrae que fue la profesional de la salud quien escogió el lugar donde se realizaría el procedimiento, de ahí que no exista duda de su actuar como prestador de un servicio, y por ende, estaba a su cargo también la determinación de los profesionales requeridos para la realización de la cirugía, ya sea que los hubiera escogido ella misma o que los hubiera contratado a través de la Clínica.

Por tanto, al fungir la demandante como una prestadora de servicio de cirugía plástica, y no como médico contratada por una determinada EPS o IPS, de ello deviene que pierda fuerza el argumento de independencia de responsabilidad médica y quirúrgica, puesto que las obligaciones de medio que se encontraban a su cargo se extendían a la diligencia y cuidado en la escogencia del lugar donde realizaría el procedimiento, así como en relación al equipo humano que la apoyaría en el mismo. Lo anterior en aplicación de la responsabilidad sistémica que fue expuesta en acápites precedentes.

Oteados los elementos probatorios, se encuentra acreditado que se presentaron omisiones que contrarían la *lex artis*, tal como se evidencia en las documentales

¹¹ Folio 251 Cuaderno principal 2ª parte

allegadas al proceso por la Fiscalía 17 Seccional -EDA Valledupar¹², con ocasión de la prueba ordenada el 23 de agosto de 2017 a petición de la parte demandante¹³, entre las cuales consta el trámite adelantado por el Tribunal de Ética Médica del Magdalena, Cesar, Guajira y Distrito de Santa Marta, con ocasión de la queja presentada por la gerente de la Clínica Valledupar contra la médica Damaris Romero y el médico Fabio Vargas Lobo, por los hechos ocurridos el 13 de diciembre de 2011 en los cuales falleció Katuska Mendoza Cotes mientras le era realizada una rinoplastia¹⁴, el que incluye, los siguientes elementos relevantes para el asunto que nos ocupa:

- Constancia secretarial fechada 27 de enero de 2012, que da cuenta “que el día 16 de enero del año 2012, se recibió denuncia presentada por la Gerente Sociedad Clínica Valledupar Dra. Sandra Milena Caicedo Castro contra la Dra. Damaris Romero Chamorro, (cirujana plástica) y el Dr. Fabio Vargas Lobo (anestesiólogo), por la atención brindada a la joven Katuska Mendoza Cotes quien falleció” (sic)¹⁵
- Consta también que el Tribunal de ética acogió la queja, tuvo como prueba los documentos recibidos, ordenó su radicación y la sometió a reparto¹⁶.
- Escrito suscrito por la Gerente de la sociedad Clínica Valledupar Ltda., con referencia Denuncia Disciplinaria, en el que señala que: los médicos Damaris Romero y Fabio Vargas Lobo “*presuntamente con su conducta contrariaron la Ley 23 de 1981 y su decreto reglamentario 3380, y las Nomas Mínimas de Seguridad en Anestesiología – SCARE, numeral 1.2.2.1 Norma I.*”
Los hechos denunciados guardan relación con la cirugía plástica de la nariz o rinoplastia realizada a la joven Katuska Mendoza Cotes, quien fallece en el acto quirúrgico.
De acuerdo a los registros de la institución Katuska Mendoza Cotes ingresó como particular y por acuerdo contractual con la cirujana plástica y el médico anestesiólogo, sin la aprobación de la Coordinación Médico, a quien le corresponde agendar o programar las cirugías a realizar el 13 de diciembre en curso.

¹² Folios 157 y ss Cuaderno No. 5

¹³ Folio 118 Cuaderno No. 5

¹⁴ Folio 960 Cuaderno No. 6

¹⁵ Folio 890 ibid.

¹⁶ Ibid.

Conductas contrarias a la Política de Seguridad del Paciente del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención en Salud implementada en la Clínica Valledupar Ltda.¹⁷

- **Testimonio de la auxiliar de enfermería María Consuelo Corzo Díaz.** Quien recibió turno a la auxiliar Ibledis Mendoza, que dice: “no tengo la hora precisa cuando el monitor empieza a dar alarma que el pulsoxímetro no está funcionando, sin embargo verifico la pantalla y muestra presión arterial y pulso, le retiro el pulsoxímetro de la mano y se lo coloco en los dedos de los pies para ver si me funciona, como no me funcionó vuelvo otra vez a colocárselo en los dedos de la mano; la Doctora Damaris me sugiere que le coloque el pulsoxímetro en el ovulo (sic) de la oreja, me levanta los campos estéril y yo le coloco el pulsoxímetro; pero igual no me funciona, luego yo cojo el pulsoxímetro me lo coloco en uno de mis dedos y funciona, yo le digo al Doctor Fabio, es la paciente Doctor, luego él me dice, revisa la máquina de anestesia, trata de rodarla, ya que todos están ubicados donde está la maquina; me dice que la máquina se paró y la pasa enseguida a ventilación mecánica; pero igual el pulsoxímetro no funciona y el Doctor Fabio, dice: Damaris la paciente está mal, la Doctora Damaris inmediatamente, retira los campos estéril, se da cuenta que la paciente esta como paro y allí se declara código azul, comienzan a reanimar a la paciente, entra a la sala un médico ayudante, entra la jefe de servicio de la tarde y entra otra auxiliar a ayudar, eso lo recuerdo, lo tengo bien claro, comienzan a reanimar a la paciente; pero la paciente no responde a nada de lo que se le hace, el Doctor Fabio, sigue insistiendo en darle los masajes, ordena que le pasen adrenalina, y si sigue insistiendo pero la paciente no respondió.”¹⁸
- **Declaración juramentada de la Dra Laura Marcela Velásquez Graciano,** en la que al cuestionársele respecto a “porque en la entidad en los datos de la historia clínica aparece a nombre del Doctor Fabio Vargas Lobo, y como plan beneficio Doctor Fabio Vargas Lobo y como nivel de estrato particular”, contestó: ese plan de beneficio no se le pone el nombre del familiar, como es un paciente particular se coloca el responsable de la cuenta ósea el nombre del médico quien finalmente se responsabiliza de la cuenta, a pesar de que los

¹⁷ Folio 895 Ibid.

¹⁸ Folio 904 Ibid.

familiares dan un depósito y firman un pagaré, este es el procedimiento que se hace en estos casos.”¹⁹

- **Declaración juramentada de la instrumentadora Lina Marcela Hernández Benjumea**, quien manifestó que: “si la estuve instrumentando hasta la hora 1:05 pm, que entregué el turno a mi compañera. Aproximadamente a las 12 o 12:15 de la tarde que inició la cirugía, no podría precisar la hora, pero fue aproximadamente a esas horas”²⁰. Además, consta: “Preguntado: teniendo en cuenta su función en la sala de cirugía manifieste a este tribunal, si en el procedimiento efectuado a la joven Katuska se cumplió lo establecido en la resolución 1043 estándar 1.103 que al tenor dice: Institución. Deberá contar con el recurso humano exigido para hospitalización de baja complejidad. Debe haber un médico o una enfermera encargados de la instrumentadora en los procedimientos que se requiera. En área quirúrgica: médico anesthesiologo quien puede contar con residente de anestesia bajo su supervisión para cada procedimiento que requiera de alguna técnica anestésica exclusiva del ámbito de la anestesiología, quien solo hará un procedimiento a la vez, será el responsable del acto anestésico y estará presente todo el tiempo en la sala de cirugía. No se requerirá anesthesiologo si solamente se realizan procedimientos anestésicos como la anestesia local o regional, en los casos propios de su ejercicio profesional ordinario y habitual que no impliquen riesgo grave para la salud del paciente. CONTESTADO: No se cumplió. Porque el Doctor salió de la sala, no podría precisar cuántas veces, pero si salió de la sala”²¹. (Resaltado propio)
- **Resolución No. 1221 del 23 de julio de 2012**. Por medio de la cual se formulan cargos en el trámite de Investigación administrativa adelantada por la Secretaria de Salud Departamental del Cesar contra la Clínica de Valledupar, en el caso de Katuska Mendoza Cotes (q.e.p.d.)²².
- **Resolución No. 1923 del 8 de noviembre de 2012**, mediante la cual la Secretaria de Salud Departamental del Cesar decidió la investigación administrativa e impone una sanción a la sociedad Clínica Valledupar Ltda., con

¹⁹ Folio 907 Ibid.

²⁰ Folio 908. Ibid.

²¹ Folio 909. Ibid.

²² Folio 895 y ss Ibid.

fundamento en que “no se minimizo el riesgo quirúrgico por parte del prestador”, concretamente por incumplir la norma que establece que “Siempre debe haber un médico (residente de anestesia o anestesiólogo responsable del acto anestésico presente durante todo momento en la sala de cirugía)”, apuntala que en el “registro de programación de cirugías para el 13 de diciembre de 2011, no incorporaba en el listado el procedimiento quirúrgico de Katuska Mendoza Cotes, así mismo se demuestra la simultaneidad de procedimientos quirúrgicos (3 en total) entre las 12:00 m y 2:00 pm, supervisados por el mismo anestesiólogo, con lo cual no podía haber permanencia en la conducción del proceso anestésico”, afirmaciones que dice son el resultado de la práctica de la prueba de inspección judicial a los libros de programación de cirugía y al libro de anotación de procedimientos quirúrgicos²³.

Respecto a la historia clínica, determinó que “las inconsistencias en el proceso de diligenciamiento de la Historia Clínica de Katuska Mendoza Cote, no se limitaba a la falta de Epicrisis, sino que los hallazgos reflejaron además que No existen hechos y datos consignados de la hora de iniciación del procedimiento quirúrgico, no se evidencia valoración preanestésica, no se evidencia reportes de paraclínicos consignados en la historia clínica, no se evidencian datos de frecuencia cardiaca y frecuencia respiratoria consignados en el récord de anestesia durante el acto quirúrgico, no se evidencia la secuencialidad del proceso de reanimación durante el paro respiratorio. Se evidencia que el récord de anestesia no cuenta con registro médico de anestesiólogo tratante...²⁴”

Frente a los equipos utilizados en el procedimiento quirúrgico, encontró que “la institución no cuenta con los equipos adecuados para la prestación del servicio quirúrgico y en especial para la monitorización respiratoria en anestesia²⁵”, anotando que respecto a los hallazgos “se evidencia que el carro de paro no cuenta con desfibrilador²⁶”

- **Decisión del Tribunal Nacional de Ética Médica**, de fecha 27 de mayo de 2014, en el que absolvió a Damaris Romero bajo el argumento de que “no la sometió a riesgos injustificados porque la cirugía que programó para ella

²³ Folio 983 Ibid.

²⁴ Folio 984 Ibid.

²⁵ Folio 986 Ibid.

²⁶ Folio 987 Ibid.

buscaba mejorarle un rasgo de su cara que la joven consideraba muy importante, dada su carrera como cantante... la causa de la muerte no tuvo relación directa con los actos de la disciplinada en la sala de cirugía... Pretender culparla como “jefe del equipo quirúrgico” por la falla de tipo claramente anestésico que se presentó durante el acto operatorio, es negar la realidad de que un cirujano, cuando opera, se concentra en sus maniobras con plena intensidad y delega confiado el cuidado del paciente, en lo relativo a la anestesia y los controles de funciones vitales, en un profesional de igual categoría que es el médico anesthesiólogo...”

Así mismo, en relación al médico Fabio Vargas Lobo, señaló que “... ante los artículos 10 y 15 surge una conducta claramente reñida de manera grave con ellos y con la lex artis ad hoc de su especialidad, que se concreta en haber sometido a su paciente a riesgos injustificables al haber accedido a administrar anestesia general de modo simultaneo a dos pacientes y haberse encargado de controlar otro paciente sometido a anestesia regional, además de no haber vigilado con la dispensable asiduidad y cuidado el funcionamiento de la máquina de anestesia que estaba usando y que, al fallar sin que el anesthesiólogo lo advirtiera, causo anoxia gravísima a la joven Katuska con resultado inmediato de su fallecimiento.²⁷”, por lo que lo sancionó con la suspensión en el ejercicio profesional por 12 meses²⁸.

De las pruebas referenciadas se extrae que frente a los hechos que dieron lugar al deceso de Katuska Mendoza Cotes el 13 de diciembre de 2011, se adelantaron distintos procesos administrativos y judiciales, uno ante el Tribunal de Ética Médica dirigido a determinar la comisión de una falta disciplinaria por parte de la aquí demandada y el médico Fabio Vargas Lobo, otro ante la Secretaria de Salud Departamental dirigido a determinar el cumplimiento o no de las obligaciones en materia de salud en cabeza de la Clínica Valledupar donde se realizó la cirugía, y el proceso penal adelantado ante la Fiscalía General de la Nación a fin de determinar la comisión de un delito.

²⁷ Folio 357 Cuaderno No. 5

²⁸ Folio 358 ibid.

Dicho esto, se precisa que en cada uno de estos procesos se adelantó el correspondiente recaudo probatorio, no obstante, no puede perderse de vista que cada uno tiene un objetivo diferente que incide en la valoración probatoria, aunado a que cada una de estas autoridades asumió el conocimiento del asunto en una fecha distinta, y por tanto el recaudo de las pruebas también se realizó en distintas oportunidades, lo que influye necesariamente en el contenido de las mismas, de ahí que esta Magistratura si bien no desconoce los análisis realizados en cada uno de estos procesos, no se encuentra atado a sus valoraciones, ni determinaciones, no obstante tendrá en cuenta aquellos elementos que sirvan de soporte para desatar la apelación que aquí se analiza.

Así pues, para lo que interesa en este proceso, adquiere gran relevancia el Informe técnico de visita de inspección a la IPS Clínica Valledupar Ltda., realizado el 14 de diciembre de 2011 por la Comisión Técnica Verificadora, en cumplimiento del auto No. 2105 del 14 de diciembre de 2011²⁹ de la Secretaria de Salud de Valledupar que ordenó la “visita inspectiva a la Clínica Valledupar... con el fin de investigar los presuntos hechos ocurridos en la atención médica de la joven Katuska Mendoza Cotes³⁰”, como quiera que dicha inspección fue realizada al día siguiente de la ocurrencia de los hechos, por lo que dada su inmediatez, se tiene que, sus hallazgos son más específicos en relación con las circunstancias que rodearon la cirugía y el deceso de la joven Katuska.

El aludido Informe técnico, da cuenta de hallazgos en el proceso de admisión, proceso de atención y proceso de dotación y mantenimiento de equipos biomédicos, entre los que se destacan que para el día de los hechos, no se encontraba programado el procedimiento quirúrgico de Katuska Mendoza Cotes; que simultáneamente se realizaron 3 procedimientos quirúrgicos supervisados por el mismo anestesiólogo; que revisadas las históricas clínicas se evidencia que no existe epicrisis del proceso de atención, ni datos consignados de la hora de iniciación del procedimiento quirúrgico, “no se evidencia valoración pre anestésica”, “no se evidencian datos consignados de

²⁹ Folio 1052 Ibid.

³⁰ Ibid.

signos vitales en el récord de anestesia durante el acto quirúrgico”, “no se evidencia la secuencialidad del paso a paso del proceso de reanimación durante el paro respiratorio”³¹.

Además, informa que “cumplida la inspección técnica y reconocimiento de los equipos biomédicos del quirófano No. 3, en el que se llevó a cabo el procedimiento quirúrgico objeto de la investigación se logró evidenciar:

(...) 3.- La máquina de anestesia marca draguerw mod fabius serie: 11078 después de realizarle pruebas de funcionamiento se observó que el sensor de FIO2 no funciona y las conexiones de aire no estaban conectados ya que en el quirófano no existe conexión de aire por lo cual no se puede realizar la mezcla hipoxica.

(...)

6.- Se evidencia carro de paro sin desfibrilador cardiaco.³²

Consta también el Informe de verificación realizado el 15 de diciembre de 2011 por Procesos Médicos, que al analizar el monitor de signos vitales utilizado el día de la cirugía, concluyó que: “La programación de alarmas que presentó el Monitor de signos vitales (MSV) no permite evidenciar fallas cardíacas o cualquier otra anomalía que presente el paciente durante el procedimiento quirúrgico³³”. Además, consta acta de inspección a lugares realizada por el CTI en cumplimiento de orden de trabajo de la Fiscalía 17 seccional de Valledupar, en la que se constató que en el libro de cirugía de los procedimientos realizados por el Dr. Fabio Vargas Lobo el 13 de diciembre, aparecen 13 pacientes, dentro de las cuales no figura Katuska Mendoza Cotes³⁴.

Ahora bien, el dictamen de medicina legal da cuenta de que la causa de la muerte fue “paro cardiaco”, no obstante, no determinó el hecho que pudo haberlo causado, a este respecto, la Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica Estética y Reconstructiva en la evaluación de peritaje sobre historia clínica, determinó que “según los documentos la causa de la muerte fue paro cardiaco. Y lo

³¹ Folios 1047, 1048 ibid.

³² Ibid.

³³ Folio 1067 Cuaderno No. 6

³⁴ Folio 1085 ibid.

*que pudo causarlo no fue originado por la rinoplastia*³⁵, empero debe considerarse que el análisis fue realizado en relación con la historia clínica del consultorio de la demandada, los exámenes de laboratorio, consentimiento informado y descripción quirúrgica, es decir, con documentos distintos a los hallados en la inspección realizada por el C.T.I. y la Secretaria de Salud Departamental respectivamente.

Por su parte, tanto la parte actora como la demandada allegaron dictámenes de expertos, en pos de obtener el éxito de sus pretensiones, así pues, por una parte el médico Máximo Alberto Duque Piedrahíta concluyó que: “de acuerdo a la información disponible para el estudio y elaboración de este informe pericial, la paciente Katuska Vanessa Mendoza Cotes murió a consecuencia de un evento hipóxico (baja de oxigenación) cerebral que ocurrió durante una intervención quirúrgica (rinoplastia) que se le estaba practicando en la tarde el día 13 de diciembre de 2011”, además señala que existen varias posibilidades de causa del colapso, acotando que se detectaron deficiencias en el proceso de anestesia que “fueron determinantes para el deceso de la paciente dado que afectaron directamente las posibilidades para prevenir el deceso o para reaccionar adecuada y oportunamente ante alguna emergencia³⁶”.

Una vez analizadas las pruebas obrantes en el legajo, se puede concluir que en este asunto la obligación de medios, o de diligencia y cuidado debe analizarse en el marco de la responsabilidad sistémica que involucra a todos los partícipes directos en el procedimiento médico realizado a Katuska Vanessa, puesto que, no puede considerarse el trabajo de cada uno de los profesionales como un elemento independiente de los otros, dado que todos se interrelacionan en la práctica quirúrgica, así, resulta acertado señalar que en efecto la médico Damaris Romero no puede tenerse como la “jefe del equipo médico” en su condición de cirujana, pues efectivamente el rol normal de un cirujano es realizar el procedimiento quirúrgico y el del anesthesiólogo es *“proveer la anestesia al paciente durante la cirugía, cuidar sus signos vitales y mantener seguro al*

³⁵ Folio 370 Cuaderno No. 5

³⁶ Folio 526 Ibid.

paciente revisando continuamente que presente la adecuada oxigenación y ritmo cardiaco. Para lo cual debe estar pendiente del tubo y la vía aérea³⁷, empero no se puede desconocer que para el caso que nos ocupa, la demandada no solo cumplía con el rol de cirujana sino también con el de prestador del servicio médico, por lo que está llamada a asumir las obligaciones derivadas de dicha prestación, esto es, la escogencia de un establecimiento idóneo para la realización de la rinoplastia, lo que implica verificar que el mismo cuente con los equipos requeridos para la cirugía incluidos los elementos necesarios en caso de reanimación, así como el personal idóneo para la prestación del servicio y la disponibilidad exclusiva del anesthesiologo para cumplir con el protocolo que establecen las normas mínimas de seguridad en anestesiología – SCARE³⁸.

Es así, como no hay duda que la demandada una vez valoró a la paciente, le programó la cirugía para el día siguiente en la Clínica Valledupar, es decir, fue la médica quien determinó el lugar donde se realizaría la rinoplastia, como quiera que fue contratada para tal fin, de ahí que se desprenda que también tuvo a su cargo la escogencia del personal que la acompañaría en el procedimiento, con independencia de que haya contratado directamente al anesthesiologo o que lo haya hecho a través de la Clínica, máxime si se tiene en cuenta que la valoración pre anestésica es requisito indispensable para determinar si es viable o no la realización del procedimiento quirúrgico, elemento este que no se demostró haber sido realizada.

Entonces no resulta admisible que la demandada pretenda desligarse de su obligación como cirujana prestadora de un servicio contratado de manera particular, escudándose en la existencia de distintos roles al interior de una cirugía, puesto que, para dar inicio a la misma, incluso para programarla requería contar con la valoración pre anestésica, respecto de la cual la madre de la menor no da cuenta de que haya sido realizada, incluso señala que el día

³⁷ Folio 369 Ibid.

³⁸ Normas Mínimas de seguridad en Anestesiología. <https://scare.org.co/wp-content/uploads/Normas-minimas-vd.pdf>

de la valoración la cirujana no le recibió los exámenes que se había realizado Katiuska, alegando que era una persona joven y sana, e indicándole que si quería los llevara al día siguiente a la cirugía, y que en esa misma cita le programo la rinoplastia, de lo que se colige que no le emitió orden alguna para la valoración preanestésica.

Tal situación da cuenta de la actitud negligente y omisiva de la cirujana quien faltó a sus deberes de diligencia y cuidado, al no enviar a la paciente a valoración pre anestésica con anterioridad al procedimiento, para determinar si se encontraba apta para la cirugía, además no verificó que la Clínica contara con los equipos adecuados para la realización de la cirugía, incluido el equipo de reanimación, ni constató que el anesthesiólogo contara con la disponibilidad para asistirle durante todo el tiempo que demorara el procedimiento, y aunque la demandada sostiene que no evidenció que el médico se hubiera retirado de la sala de cirugía durante la rinoplastia de Katiuska, si obran testimonios que dan cuenta que salió del quirófano, e incluso constan las documentales que demuestran que al mismo tiempo el anesthesiólogo estaba al frente de 3 procedimientos más, tal como ya se expuso en precedencia.

Así las cosas, nos encontramos ante un evento de responsabilidad sistémica, en el que tanto la Clínica Valledupar como el anesthesiólogo Fabio Vargas Lobo incurrieron en graves omisiones que condujeron al deceso de la paciente, como lo fue de un lado que la clínica no contaba con los equipos necesarios para reanimación, y el monitor de signos vitales utilizado durante la cirugía se encontraba defectuoso impidiendo que los médicos pudieran verificar el estado de la paciente durante el procedimiento; por su parte el anesthesiólogo desatendió sus obligaciones de permanecer vigilando los signos vitales de la paciente pues se demostró que salió del quirófano durante el procedimiento, al estar de manera concomitante a cargo de la anestesia de 2 pacientes más, lo que le impidió notar que el equipo utilizado por la paciente no estaba funcionando y que por tanto, no había control de sus signos vitales.

Por su parte, la demandada esta llamada a responder por la falta de diligencia y cuidado, pues incumplió los protocolos de atención médica y no previó debiendo hacerlo, la necesidad de contar con elementos adecuados para la prestación del servicio, ni garantizó que su equipo médico cumpliera con las obligaciones a su cargo, por tanto, contrario a lo considerado por la Juez de instancia, se encuentra demostrada la responsabilidad de Damaris Romero Chamorro.

Entonces así, hay lugar a declarar la existencia de una responsabilidad sistémica pues cada uno de los sujetos pasivos con su omisión, negligencia y falta de cuidado influyó en el resultado dañoso, y como quiera que la Clínica Valledupar y el anesthesiólogo Fabio Vargas Lobo fueron desvinculados del presente proceso, se impone declarar la responsabilidad civil extracontractual de Damaris Romero Chamorro quien terminó siendo la única demandada en este proceso.

8.3.- Ahora bien, sería del caso determinar los perjuicios causados con ocasión de la responsabilidad médica que se demostró en la ocurrencia del fallecimiento de Katuska Vanessa Mendoza Cotes, no obstante, como se trata de una responsabilidad sistémica, es menester determinar si en el presente caso hay lugar a la declaratoria de solidaridad entre los demandados que inicialmente conformaron el contradictorio, por cuanto se encuentra demostrado en el plenario que tanto la Clínica Valledupar como el médico Fabio Vargas Lobo llegaron a acuerdos indemnizatorios con los demandantes.

En cuanto a la responsabilidad solidaria, puede traerse lo dicho por el Consejo de Estado en sentencia³⁹ del 13 de noviembre de 2014:

[S]on aquellas en que existiendo pluralidad de acreedores (solidaridad activa) o de deudores (solidaridad pasiva), según el extremo del vínculo de que se trate, cada uno de éstos debe de manera íntegra y total la obligación a cada uno de aquéllos de forma que cualquiera de los acreedores puede exigir el total de la deuda a cada uno de los deudores y el pago realizado por uno de ellos a uno cualquiera de los acreedores, extingue la obligación de todos y para con todos.

³⁹ C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Subsección B. CP: Ramiro De Jesús Pazos Guerrero. Radicación No. 05001-23-31-000-1999-03218-01(31182)

En efecto, el inciso segundo del artículo 1568 del Código Civil dispuso que:

“...en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum. La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley...” (...).

Son varias las características que singularizan la obligación solidaria pasiva: a) pluralidad de sujetos, dada la naturaleza de esta clase de obligaciones; b) unidad de objeto, esto es, una prestación única y común (art. 1569 c.c.53), sin que resulte determinante que sea ella divisible o indivisible, pues en últimas la inejecución de la obligación transforma su objeto en el subrogado pecuniario, que por naturaleza es divisible; c) la pluralidad de vínculos entre el acreedor y los deudores; d) texto expreso de la ley o expresa voluntad de las partes que la establezca en el respectivo negocio jurídico (contrato o testamento), pues en el derecho civil la solidaridad no se presume; y e) exigencia del pago total de la obligación por parte de cada acreedor a cualquiera de los deudores, a varios de ellos o a todos (“tota in toto et tota in qualibet parte”). (...)

Ahora bien, como lo prevé el inciso tercero del artículo 1568 del Código Civil analizado, la solidaridad pasiva nace por disposición expresa de la ley, del testamento o la convención, razón por la cual es una excepción en el régimen civil; mientras, en contraste, en el régimen comercial, la solidaridad es la regla general, en tanto se presume de acuerdo con el artículo 825 del C. de Co., que cuando varias personas se han obligado a una misma prestación, todas ellas se han obligado solidariamente.

En este sentido, el artículo 2344 del Código Civil establece la solidaridad en la responsabilidad extracontractual, como sanción civil a una falta común que otorga una ventaja de reparación a la víctima, así:

“Artículo 2344. Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 [daños causados por la ruina de un edificio] y 2355 [daños causados por la cosa que se cae o arroja de la parte de superior de un edificio].

Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso.”

Finalmente, en el régimen penal también se ha consagrado esta responsabilidad solidaria por los daños que tienen por fuente el delito; así tanto en el Código Penal de 1980 (Decreto – ley 100, Art. 105), como en el actual previsto en la Ley 599 de 2000 se estableció que “[l]os daños causados con la infracción deben ser reparados por los penalmente responsables, en forma solidaria, y por los que, conforme a la ley sustancial, están obligados a responder...” (Art. 96).

En conclusión, cuando existen obligaciones solidarias pasivas, es facultad del acreedor demandar a todos los deudores solidarios conjuntamente, o a uno de ellos a su arbitrio para exigir la totalidad de la deuda, lo cual implica que la solidaridad por pasiva no determina la conformación de un litisconsorcio necesario por pasiva dentro del proceso judicial, y que ni el juez tenga la competencia de conformar la relación procesal litis consorcial, así como tampoco el demandado la posibilidad jurídica de solicitarla.

Así las cosas, dado que nos encontramos frente a un hecho, muerte de Katuska Vanessa, en el que dicho resultado dañoso fue causado por la falta de diligencia y cuidado de varios sujetos que hicieron parte inicial del extremo pasivo de la demanda, esto es, Damaris Romero Chamorro, Fabio Vargas Lobo y la Clínica Valledupar, y si bien estos dos últimos fueron desvinculados con ocasión al acuerdo conciliatorio e indemnización de perjuicios que realizaron a la parte actora, no se puede desconocer que entre los 3 sujetos procesales existe una obligación solidaria en favor de los demandantes.

Entonces como demostrado está que la Clínica Valledupar y Allianz Seguros S.A. suscribieron acuerdo transaccional fechado el 11 de enero de 2017 con los demandantes, en el que acordaron “conciliar por la suma única de doscientos millones de pesos m.l. (\$200.000.000)⁴⁰” por todos los perjuicios ocasionados con los hechos que dieron lugar al fallecimiento de Katuska Vanessa, y aunado a ello, la progenitora de ésta, confesó en su interrogatorio que también habían recibido del médico Fabio Vargas Lobo, \$200.000.000 como indemnización de perjuicios ocasionados, lo que además se corrobora con la preclusión del proceso penal en su contra por indemnización integral de perjuicios.

⁴⁰ Fls. 67 a 69 Cuaderno No. 5

Así las cosas, de las pruebas válidamente incorporadas al legajo, se extrae que los demandantes ya fueron resarcidos por el daño ocasionado, en cuantía acordada con los sujetos pasivos de la obligación, ante lo cual, tratándose de una obligación solidaria, el pago realizado por la Clínica Valledupar y Fabio Vargas Lobo, cubre también la responsabilidad de Damaris Romero Chamorro, como quiera que se trata de los mismos hechos, por tanto en cumplimiento de la prohibición de resarcir dos veces un mismo daño, se hace patente el pago de la obligación como medio exceptivo.

No obstante, como dicha excepción no fue propuesta por la demandada, conviene precisar que la Sala de Casación Civil en sentencia SC5107-2021 ha reiterado que:

«...no es absoluta la restricción dirigida al juzgador de segundo grado tendiente a que evite pronunciarse sobre materias no expuestas en la impugnación sometida a su conocimiento, porque un veredicto en tal sentido denota el cumplimiento de su deber de promulgar el derecho debatido, lo que, por contera, evidencia que se trata de una potestad intrínseca al recurso ordinario de apelación.

En efecto, la resolución de este mecanismo de defensa trae implícitos, además de los reproches incoados por los recurrentes, otros de forzoso pronunciamiento, tal cual lo revela el canon 328 del Código General del Proceso, al señalar que «[e]l juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, **sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley**». (Destacado ajeno).

En este orden se tiene que, como regla de principio, la decisión del superior está restringida a los argumentos expuestos por el apelante, lo que no obsta para que sentencie sobre temáticas respecto de las cuales el ordenamiento le impone pronunciarse motu proprio, por estar íntimamente relacionadas con el asunto sometido a su conocimiento, verbi gratia, las restituciones mutuas derivadas de distintas modalidades de decaimiento de un acuerdo de voluntades (CSJ SC 020 de 2003, rad. 6610; SC10097 de 2015, rad. 2009-00241); el deber de reexaminar en juicios coactivos el título ejecutivo aportado a efectos de determinar la cabal concurrencia de sus requisitos (CSJ STC15169

de 2019, rad. 2019-01721; CSJ STC13428 de 2019, rad. 2019-01460); entre otros eventos.

Uno de estos pronunciamientos officiosos que debe asumir el ad-quem corresponde al señalado en el artículo 282 de la obra en mención, a cuyo tenor «[e]n cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla officiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda». (CSJ SC3918 de 2021, rad. 2008-00106-01).

De conformidad con el precedente transliterado, al encontrarse acreditado el pago de la obligación a cargo de Damaris Romero Chamorro, y dado que el Juez de segunda instancia le está permitido declarar excepciones de oficio que fueron acreditadas en el proceso, se procederá a declarar officiosamente la excepción de pago total de la obligación, pues tratándose de una obligación solidaria, el pago realizado por uno de los obligados beneficia a los demás sujetos pasivos.

Entonces, como analizados los motivos de inconformidad, se encuentra fundamento suficiente para declarar la responsabilidad médica de la demandada, y así mismo, hay lugar a la declaratoria officiosa de una excepción de mérito, se procederá a revocar la decisión de instancia. Al prosperar el recurso de alzada, no se impondrán costas al demandante.

DECISIÓN

Por lo expuesto, la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE: PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Valledupar, el 25 de octubre de 2019, para en su lugar **DECLARAR** civilmente responsable a la demandada DAMARIS ROMERO CHAMORRO, por fallas en la atención y prestación del

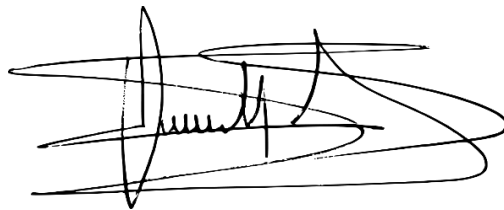
servicio médico que llevaron al fallecimiento de la joven KATIUSKA VANESSA MENDOZA COTES.

SEGUNDO: DECLARAR probada de oficio la excepción de “pago total de la obligación”, y en consecuencia **NEGAR** el pago de las pretensiones económicas de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

COSTAS como se dejó visto en la parte motiva.

Devuélvase el expediente al juzgado de origen una vez cumplidos los trámites propios de esta instancia. Déjense las constancias del caso en el sistema justicia siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ

Magistrado Ponente



JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH

Magistrado

CON SALVAMENTO DE VOTO

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior Del Distrito
Judicial De Valledupar
Sala de Decisión Civil – Familia – Laboral

SALVAMENTO DE VOTO

ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ
Magistrado Ponente

REFERENCIA: VERBAL - RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL
RADICACIÓN: 20001 31 03 005 2015 00007
DEMANDANTE: NICOLAS GUILLERMO MENDOZA TORRES Y OTROS
DEMANDADO: DAMARIS ROMERO CHAMORRO Y OTROS

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de la decisión mayoritaria, pues, a pesar de compartir la valoración probatoria y juicio de reproche, estimo que no es viable la absolución de la demandada Damaris Romero Chamorro con base en la transacciones o acuerdos obrantes en el proceso mediante el uso del instituto de la solidaridad. Tampoco, se está de acuerdo con la declaratoria oficiosa de la excepción de pago total, sin que previamente se hubiera determinado con exactitud el valor de los perjuicios a que tienen derecho los demandantes con ocasión del daño infringido por la demandada Damaris Romero Chamorro con su actuar médico.

Si bien, resulta acertado la conceptualización de la figura de la solidaridad por pasiva, que implica, todos los demandados deberán responder por la satisfacción de la obligación debida, para la protección y efectividad del principio de reparación integral; no obstante, la aplicación que se pretende dar en esta causa desconocería justamente ese axioma de resarcimiento pleno en favor de los demandantes, como pasa a explicarse.

Obra en el expediente contratos de transacción, en el primero, se verifica el celebrado con el Anestesiólogo, el cual no da cuenta de monto o cifra alguna, al tiempo que, se observa ocurrió con ocasión a proceso penal que se adelantaba en su contra, en el que luego se suscribió un “*Acta de indemnización integral*”, cuyo contenido más bien se interpreta como Paz y

Salvo. Asimismo, dicho proceso penal se dio por terminado respecto de aquel por desistimiento presentado por los demandantes.

De otra parte, igualmente existe contrato de transacción celebrado entre la Clínica Valledupar, su compañía de seguro y los demandantes, el cual da cuenta del otorgamiento de \$200.000 millones de pesos como pago de los perjuicios y terminación del proceso penal.

Ahora, revisados ambos documentos, se advierte que tal negocio transaccional se efectuó entre 2 de los 3 integrantes de la aquí parte pasiva, no cobijando precisamente a la cirujana demandada Damaris Romero Chamorro, cuyo juicio aquí se debate.

Sobre el punto, fijese, cómo en ocasión a la solidaridad, este mismo Tribunal zanjó en apelación de auto de 22 de noviembre de 2017 con ponencia del Magistrado Jaime Leonardo Chaparro Peralta, la cuestión aludida, pues, la Jueza de primera instancia, dio por terminado el proceso respecto de todos los sujetos involucrados teniendo en cuenta dichos negocios celebrados, sin embargo, mediante proveído de 24 de julio de 2019, aquella se revocó. Ello, en atención a que esta Corporación determinó una aplicación errónea de la figura de la solidaridad prevista en el artículo 2484 del C. Civil, el cual reza lo siguiente:

ARTICULO 2484. PERSONAS QUE AFECTA LA TRANSACCION. La transacción no surte efecto sino entre los contratantes.

Si son muchos los principales interesados en el negocio sobre el cual se transige, la transacción consentida por el uno de ellos no perjudica ni aprovecha a los otros; salvo, empero, los efectos de la novación en el caso de solidaridad.

Bajo tal entendimiento, se consideró, no era posible extender los efectos de extinción de la obligación sobre la prenombrada accionada Damaris Romero Chamorro, por lo que, se ordenó continuar el proceso respecto de aquella. Decisión que comparte totalmente el suscrito. Luego entonces, la decisión absolutoria proferida ahora bajo el tamiz de la solidaridad, para hacerle surtir efectos nuevamente del acuerdo transaccional a una persona que no lo suscribió, resulta contrapuesto a lo determinado con anterioridad

por este Tribunal, lo cual contiene fuerza de inmutabilidad al estar ejecutoriado.

Frente al alcance de los efectos de la transacción en responsabilidades solidarias, la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional, en casos de contornos similares, ha puntualizado conforme al artículo 2484 C.C, que la transacción se genera sólo entre las partes que acuerdan. Por tratarse de un contrato consensual, implica que si son varios los interesados en el pacto que se transige no generan efectos, perjuicios o provecho para los otros, “(...) salvo, empero, los efectos de la novación en el caso de solidaridad,” esto, por cuanto en las obligaciones solidarias, el acreedor puede perseguir de cualquiera el cumplimiento de la obligación completa.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en la sentencia T-118A-13, en referencia a la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, dijo:

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia señala:

“la transacción es un negocio extrajudicial, o sea una convención regulada por el derecho sustancial y que entre las partes produce los efectos extintivos que le son inherentes desde el momento mismo en que se perfecciona. Cuando existe pleito pendiente entre dichas partes, genera también el efecto procesal de poner término a esa litis, para lo cual se requiere incorporar la transacción en el proceso mediante la prueba de su celebración, a fin de que el juez pueda decretar el fenecimiento del juicio. Este efecto doble y la circunstancia de que por lo regular se asienta el pacto dentro del litigio en curso, le dan a la transacción la apariencia de un simple acto procesal, pero no lo es en realidad, porque ella se encamina principalmente a disipar la duda y a regular y dar certeza a la relación sustancial que la motiva y porque, en razón de esta finalidad primordial, la ley la considera y trata como una convención y como un modo de extinguir obligaciones, es decir, como una convención liberatoria (C. C., 1625 y 2469).”¹

4.5.3. Por su parte, la transacción se genera sólo entre las partes que acuerdan. Por tratarse de un contrato consensual, implica que si son varios los interesados en el pacto que se transige, a la luz del artículo 2484 C.C, no genera efectos, perjuicios o provecho para los otros, “(...) salvo, empero, los efectos de la novación en el caso de solidaridad,”² esto, por cuanto en las obligaciones solidarias, el acreedor puede perseguir de cualquiera el cumplimiento de la obligación completa.

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia del 6 de mayo de 1966.

² Código Civil. Artículo 2484.

Así las cosas, el acreedor puede perseguir de todos los codeudores solidarios la totalidad de la obligación, pero si el acreedor sólo demanda a uno de ellos, no pierde el derecho a dirigirse contra los otros. Pero, si por ejemplo, por una transacción o conciliación en el curso de proceso, obtiene un pago parcial, la obligación se extingue para aquellos que acordaron y hasta el monto que concurra en el pago; y sólo se puede exigir del resto de los codeudores la parte de la obligación que no haya sido satisfecha al acreedor, a la luz del artículo 1572 del Código Civil.

4.5.4. No obstante, de acuerdo con el artículo 1576 del Código Civil, “[l]a renovación entre el acreedor y uno cualquiera de los deudores solidarios, liberta a los otros, a menos que éstos accedan a la obligación nuevamente constituida,” así, la novación es un modo de extinguir las obligaciones pactadas porque, en principio, el acuerdo entre el acreedor y un deudor solidario libera a los otros codeudores al pago de la obligación solidaria a menos que aquellos convengan en acceder a la nueva obligación.

4.5.5. Por ejemplo, en un caso de responsabilidad civil solidaria, cuando se trance parcialmente la indemnización de un perjuicio por alguno de los llamados responsables del daño, debe continuar un proceso que se inicie, mientras la víctima no sea totalmente reparada. Sin embargo, “no puede predicarse que el pago parcial (in partis), que el acreedor le acepta a uno de los rotulados como-deudores solidarios, constituye novación, no sólo porque, en tal hipótesis, no se está cambiando o trocando una obligación por otra (creación ex novo) y, por tanto, materializándose un prototípico relevo volitivo, sino solucionando-en parte-la que había sido contraída, ex ante (art. 1687 C.C.)-y sabido es que “no hay novación si no hay sustitución de una obligación a otra anterior” (XXXIV, pág. 336; CCXXXVII, pág. 241)-, sino también porque el animus novandi que es necesario para que haya novación (art. 1693 ib.)”³

Empero, tal como lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, “querer los efectos de la nueva obligación es, entonces, condición fundamental de la novación, ya subjetiva ora objetiva, bien sea porque así lo declaren expresamente las partes o porque sea circunstancia claramente deducible de la intención de las mismas”⁴, lo cual se configura en un elemento esencial para que en el caso de una transacción pactada sólo entre el acreedor y uno de los codeudores solidarios tenga efectos de extinguir las obligaciones contraídas solidariamente.

(...)

³ Aclaración de Voto del Magistrado Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de agosto de 2003, exp. 7304. M.P: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de enero de 1992. Exp. 007, citada en: CSJ, Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de agosto de 2003 exp. 7304. M.P: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

En el caso concreto, Cruz Blanca E.P.S. y Epsiclínicas S.A -IPS Santa Bibiana- transaron con los demandantes la suma de treinta y cinco (\$35.000.000) millones de pesos, con el objeto de “terminar extrajudicialmente el litigio en mención, única y exclusivamente respecto de los demandados que intervienen en este contrato”; equivalente al “único valor y por todo concepto a su cargo por los presuntos perjuicios que hubiesen podido sufrir los demandantes, derivados de la muerte de la señora MARTHA CECILIA RAMÍREZ VALBUENA, suma ésta que cubre todo concepto, incluidas las costas procesales (...).”

Así las cosas, el acreedor puede perseguir de todos los codeudores solidarios la totalidad de la obligación, pero si el acreedor sólo demanda a uno de ellos, no pierde el derecho a dirigirse contra los otros. No obstante, en el caso concreto al haber transado los acreedores con uno de los deudores solidarios, obteniendo el pago parcial de la obligación adeudada, ésta se extingue para aquellos que acordaron y hasta el monto que concurra en el pago; y sólo se puede exigir del resto de los codeudores la parte de la obligación que no haya sido satisfecha al acreedor, a la luz del artículo 1572 del Código Civil. Lo anterior, fue subsanado por el Tribunal Superior, al reducir el monto de la indemnización de perjuicios, así, como las personas naturales demandadas no transaron con los demandantes, el contrato de transacción tiene “el objeto de terminar extrajudicialmente el litigio y mención, única y exclusivamente respecto a los demandados que intervienen en el contrato”, pues los médicos demandados no aparecen suscribiéndolo y se transaron sólo la suma de dinero que a ellos les correspondía por la indemnización de perjuicios.

Así, aunque se tratara de una obligación solidaria la existente entre Cruz Blanca EPS, Epsiclínicas IPS y los médicos Alberto Reyes y María Teresa Mora, la transacción parcial de la indemnización de perjuicios realizada por los dos primeros, no implica la novación de la obligación entre los allí demandantes y los médicos demandados, esto es, al transar no se liberó al resto de los demandados, pues el proceso continuaba hasta tanto la víctima fuera totalmente reparada. Por cuanto la novación debe ser pactada entre los deudores solidarios, consentimiento que se configura en un elemento esencial para que en el caso de una transacción pactada sólo entre el acreedor y uno de los codeudores solidarios tenga efectos de extinguir las obligaciones contraídas solidariamente.

En palabras del Tribunal accionado, los demandados “no tiene cómo invocar dicha transacción en su propio beneficio, ya que no se trató de una con carácter novatorio, es cierto, también, que tal contrato tampoco los puede perjudicar,” razón por la cual decidió reducir el monto de la indemnización de perjuicios, en proporción a la condonación del pago realizado por los demás demandados, en tanto, “(...) no es dado invocar que por virtud de la existencia de relaciones laborales o privadas entre los galenos y las personas jurídicas que también fueron demandadas, sean estas últimas, con exclusividad y a título de dichas vinculaciones, las llamadas a responder por el pago íntegro de la reparación, (...).”

En esa línea de pensamiento, en el caso concreto, al haber transado los demandantes con unos de los deudores solidarios, donde no se incluyó a la cirujana demandada Damaris Romero Chamorro, era necesario determinar con exactitud el monto total de los perjuicios generados a efectos de verificar si realmente estábamos en presencia o no de un pago parcial o total de la obligación adeudada, pues, es perfectamente viable que los demandantes puedan exigir al resto de los codeudores, para este caso la demanda Romero Chamorro, la parte de la obligación que no les hubiere sido satisfecha a la luz del artículo 1572 del Código Civil.

Solo así, tendría sentido y efecto útil la tan mencionada solidaridad, eje vértice de la decisión tomada.

Así las cosas, tomando en cuenta la información que arroja el expediente a lo largo de sus piezas, se corrobora un pago por concepto de transacción de aproximadamente \$200.000 millones de pesos, que, al ser contrastada con las pretensiones solicitadas en escrito inicial y pruebas arrimadas, no queda duda de la existencia de una suma superior en favor de los promotores del juicio a la que debió ser condenada la cirujana demandada Damaris Romero Chamorro.

Hasta acá el planteamiento del salvamento de voto.

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized, overlapping loops and a horizontal line across the middle, positioned above the printed name.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

Fecha ut supra