



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

MARGARITA CABELLO BLANCO

Magistrada ponente

SC2804-2019

Radicación n.º 76001-31-03-014-2002-00682-01

(Aprobada en sesión de cinco de diciembre de dos mil dieciocho)

Bogotá D. C., veintiséis (26) de julio de dos mil diecinueve (2019).

Decide la Corte el recurso de casación formulado por **María Cristina Aguirre Gallo** contra la sentencia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali de fecha 16 de diciembre de 2014 en el proceso que la recurrente entabló a **José Manuel Fernández Martí**.

I. ANTECEDENTES

A. la pretensión.- Con libelo que por reparto correspondió conocer al Juzgado 14 Civil del Circuito de Cali, presentado el 22 de noviembre de 2002, pretende la demandante que se declare al resistente como responsable de los daños padecidos por aquella como consecuencia de las

cirugías que le practicó en sus ojos el 27 y el 29 de agosto de 1996 *“cuando la paciente no calificaba en forma óptima y segura para esta clase de cirugía”*, y que en consecuencia se le condene a indemnizarle el daño emergente y lucro cesante que resulten probados en el proceso, así como el daño moral estimados en un mil gramos oro.

B. La causa petendi.- Como fundamentos fácticos adujo, en síntesis:

1. Que desde diciembre de 1977 fue paciente del médico José Manuel Fernández Martín, quien el 27 de agosto de 1996 practicó en su ojo derecho una cirugía refractiva con Excimer Laser para *“corregir miopía alta y reducir la dependencia a los lentes de contacto y las gafas sumamente gruesas debido a su defecto”*(f. 60 como c 1). Esta cirugía fue llevada a cabo en la Clínica de Oftalmología de Cali S.A. establecimiento en el que también, dos días después, el 29 de agosto, procedió el demandado a realizarle la misma intervención, pero en el ojo izquierdo.

2. En el diario El País del 27 de marzo de 2001 el demandado y el oftalmólogo Henry Ramírez mencionaron las condiciones necesarias que debe cumplir un paciente para someterse a esta cirugía, para corrección de miopía, hipermetropía y astigmatismo, varias de las cuales no cumplía la actora:

a) Miopía menor a 10, 12 o 15 dioptrías o hipermetropía o astigmatismo menores de 6 dioptrías, que en

la demandante, en los dos años anteriores previos a la cirugía refractiva, eran muy superiores, pues “sobrepasaba en promedio las 12 dioptrías” (f. 61, c.1).

b) Defecto estable por lo menos un año con cambios menores a 0.5 dioptrías, requisito éste que tampoco se daba, pues presentaba inestabilidad y variación en el defecto en cantidades superiores al señalado.

c) Ausencia de cataratas, desprendimiento de retina, queratocono y otras enfermedades. Esta exigencia tampoco estaba presente en la demandante. Sus ojos no estaban sanos pues presentaba una enfermedad congénita progresiva y degenerativa que le afectaba la retina, diagnosticada como degeneración de la retina (miopía degenerativa). Y es así como en la historia clínica llevada por el demandado, a través de todo el tiempo la paciente se sometió a exámenes presentando *“fotocoagulación con láser en el ojo izquierdo, visión de moscas volantes, pigmento y herradura, coriiritis, opérculo, estafiloma miópico, resplandores y sombras, desprendimiento del vítreo posterior, degeneración de Fuchs”* (f. 62, c. 1). Así también, en la historia clínica de la oftalmóloga Carmen Barraquer en Bogotá, a quien acudió en consulta en 1974 y posteriormente en 1999, cuando anotó: *“el examen de retina muestra maculopatía miópica bilateral con notable progresión respecto a 1974”* (folio 62, c. 1).

d) Espesor adecuado de la córnea medido con paquimetría.

e) Ausencia de embarazo; y

f) Haberse sometido a una topografía corneal computarizada para saber la forma de la córnea y descartar patologías.

3. En aquel mismo medio de prensa, en reportaje publicado el 8 de febrero de 2000 sobre la Clínica de Oftalmología de Cali y sus especialistas en tecnología láser, se afirma que *«para efectuar esta cirugía se requiere que el paciente sea mayor de 18 años con miopía hasta menos de 12 dioptrías»* y *«asimismo el ojo no debe presentar una enfermedad grave»*. También allí mismo, el 23 de marzo de 1999 en entrevista al interpelado, afirmó que la cirugía con Excimer Laser requiere una evaluación previa del paciente para tener la certeza de que no existen enfermedades que contraindiquen el procedimiento. Agregó que *«el especialista talla la córnea en diferentes formas generando un nuevo lente que proporciona una mejor visión y reduce la dependencia a los anteojos y lentes de contacto... Esta cirugía es segura y tiene unas ventajas bastante competentes y sus resultados perduran intactos en el tiempo»*. Y en junio de aquel mismo año (1999) en otra entrevista sobre el liderazgo de la Clínica de Oftalmología de Cali, la doctora María Mercedes Acevedo señaló que *«son aptos para cirugía los pacientes con ojos sanos que tengan defectos ...estables... Los mejores resultados se obtienen cuando se operan miopías hasta 15 dioptrías»*. En adición, en agosto de 2002 también en ese periódico, la Sociedad Colombiana de Oftalmología aseguró que no todo era color de rosa ni la corrección era tan sencilla pues *«cualquier error puede llevar a la incapacidad permanente. La cirugía refractiva es un acto importantísimo en el futuro de una persona. Un mal resultado puede cambiar el destino no sólo profesional sino del paciente. La oftalmología no es ajena a la inmensa responsabilidad que conlleva el operar un ojo por lo demás sano»* (f. 60, c.1).

4. A pesar de todo lo anterior, esto es, habiendo tratado a la paciente por 20 años, con ojos enfermos de miopía degenerativa con defecto refractivo sumamente alto al momento de las cirugías, con inestabilidad del defecto con variaciones de hasta 1 dioptría en el ojo derecho y de 0.75 dioptrías en el izquierdo en el último año, teniendo el demandado los conocimientos tecnológicos y médicos, y experimentar la actora una excelente tolerancia a los lentes de contacto, el doctor José Manuel Fernández le ofreció la aplicación de la nueva tecnología llegada al país y se la practicó en ambos ojos, sometiéndola en forma irresponsable, sin cautela, a riesgos injustificados, cuyas consecuencias debe entonces asumir el interpelado, las que en la demanda se describen: a los pocos días de efectuadas las cirugías refractivas la paciente empezó a presentar problemas como visión muy pobre, disminuida, poco nítida e inestable, distorsión de imágenes, visión doble, desplazamiento y repetición de imágenes por el ojo derecho por más de tres años, adelgazamiento extremo e irregularidades de las córneas (ectasia) con islas de depresión, protuberancias, dilataciones; pero como el demandado no ofrecía explicaciones ni solucionaba los problemas, la demandante pidió múltiples opiniones a otros especialistas (oftalmólogos y optómetras) y se practicó exámenes especializados (topografía).

Se agrega que a la fecha de la demanda es usuaria de lentes de contacto rígidos, que presentan continuos desplazamientos hacia arriba cuando parpadea, tiene visión borrosa e inconsistente, todo lo cual le ha dificultado en

extremo la lectura, caminar, sufre depresiones, desespero, estrés y miedo. De profesión abogada, debió abandonar sus actividades profesionales desde 1996 como consecuencia de los daños descritos.

C. Apersonado de la causa, en tiempo el demandado se opuso a las pretensiones del demandante pues su actuación había sido adecuada y aceptada por la ciencia médica vigente para agosto de 1996.

Después de la extensa explicación a cada una de las afirmaciones de la demandante, propuso como excepciones de fondo las que denominó “*inexistencia de la obligación*” por “exoneración por cumplimiento de la obligación de medio”, “estar probado que el médico cumplió la debida diligencia y cuidado”, “ausencia de los elementos estructurales de la responsabilidad civil”, “causa extraña”, “inexistencia de relación de causa efecto entre los actos del profesional de la medicina y el resultado insatisfactorio que pueda haber afectado al paciente”, “inexistencia de responsabilidad de acuerdo con la ley”, “exoneración de responsabilidad civil por estar acreditado que el profesional médico actuó con discrecionalidad científica por exoneración del cumplimiento”, “riesgo de desarrollo o riesgo tecnológico, que constituye causa extraña al comportamiento del profesional de la medicina”.

La primera instancia culminó con sentencia en la que el juzgado de conocimiento, el 14 Civil de Circuito de Cali, negó las pretensiones de la demanda al declarar probadas las

excepciones propuestas por el demandado. Para llegar a dicha conclusión indicó el *a quo* que en este caso de responsabilidad civil contractual fincado en el hecho de que la demandante tenía una visión muy pobre, disminuida y poco nítida e inestable con distorsión de imágenes y con visión doble en el ojo derecho, la actora infirió el daño que reclamaba a partir de los exámenes postquirúrgicos, no obstante lo cual, y con base en el acervo probatorio, concluyó el *a quo* que no había plena certeza sobre la responsabilidad que a título de culpa se le atribuía al demandado en vista de que el dictamen pericial rendido por un especialista en oftalmología calificó el procedimiento del primero como idóneo en su momento, con la tecnología apropiada para la época, habiéndose practicado una adecuada valoración prequirúrgica, atribuyéndosele la patología sufrida por la actora (doctor Jaime Velásquez) a varias causas ajenas al procedimiento Lasik.

Apelado el fallo de primera instancia, el *ad quem*, al desatar la alzada, lo confirmó.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Luego del usual resumen del proceso, de modo preliminar afirma que no estaban acreditados los elementos que estructuran la responsabilidad, por estas razones:

En relación con el daño, que focaliza en el detrimento en la visión de la paciente como consecuencia del procedimiento implementado, estima el *ad quem* que si bien se presentó el

fallido restablecimiento o mejoramiento ocular de la paciente, no es *nítido* que se hubiese producido un perjuicio pues la demandante padecía desde años atrás de miopía alta y lo que la cirugía pretendió fue el mejoramiento sin que se hubiese producido el resultado esperado, pero no por acción u omisión del médico, pues obró de acuerdo con los procedimientos conocidos en el momento. Asimismo, afirma que la parte actora no demostró la culpa ni el nexo causal.

En el acápite denominado “valoración probatoria”, explica que en materia de responsabilidad médica, tal como lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia, debe demostrarse la culpa del galeno con independencia de que la pretensión indemnizatoria tenga una causa contractual o extracontractual. Además, la obligación del médico es de medios y no de resultados, por lo que, dice el *ad quem*, el recurrente debió haber acreditado que el interpelado cometió un error científico injustificado.

Sobre los interrogatorios a las partes, expresa que del practicado al demandado no se infiere confesión y en el que fue absuelto por la demandante sólo indica que inmediatamente después de la cirugía su visión fue doble y borrosa. En cuanto a los testimonios de Claudia Lobo (optómetra) resalta que dijo que la paciente actora fue a su consulta el 15 de enero de 1997 porque presentaba una baja visual, por el ojo derecho con la corrección que en el momento usaba, posterior a un procedimiento de cirugía refractiva. Señala como antecedente que presentaba una miopía degenerativa alta.

Pasa al testimonio de Héctor David Rodríguez Gaitán, también optómetra, de quien afirmó recordar haber tratado a la paciente con lentes de contacto y señala innumerables dificultades de visión.

De Margarita Rosa Caicedo Zapata (optómetra), que explicó que atendió a la actora en los años 98 y 99, inconforme con el resultado de la cirugía, y que la orientación como parámetro y protocolos están bajo la dirección de un oftalmólogo, que los optómetras no son médicos y no realizan cirugías oculares.

De Edith Ramírez (optómetra) resaltó que explicó que el campo de la cirugía es netamente del resorte de la oftalmología.

De Jaime Velázquez (oftalmólogo) relató que el testigo dijo haber sido citado como experto en cirugía refractiva, la que procede cuando el paciente lo solicita y el defecto visual lo amerite, que las cantidades del defecto han ido variando de acuerdo con las épocas pues antes se operaban hasta con 30 dioptrías de miopía, mientras hoy en día los criterios oscilan entre 8 y 12; que para 1996 era hasta 30 de esas unidades.

En punto del dictamen pericial, recuerda el *ad quem* que para acreditar la idoneidad del practicado en la primera instancia, se dispuso oficiosamente la práctica de otro en la segunda,

“...el que arrojó como conclusión que para 1996 se prefería el lasik para corregir medias y altas miopías por el riesgo de desprendimiento de retina que representaban las otras cirugías. En el desarrollo del cuestionario puesto a consideración del perito se establece que para ese año la ciencia oftalmológica contaba para el tratamiento de la miopía con dos opciones:

- 1. Extracción del cristalino claro (aún controvertida)*
- 2. La cirugía refractiva láser que entonces permitía tratar y reducir altas miopías.*

En ese dictamen se dice que el médico tratante acreditó la idoneidad que le permite la práctica de dicho procedimiento” (fls. 410 vto. y 411, c. 7)

Para el Tribunal, el conjunto de la prueba recaudada no acredita la existencia del daño puesto que si bien el resultado no fue satisfactorio no está demostrado que la paciente hubiese empeorado en su salud visual; tampoco se acreditó que el médico hubiese obrado en forma irresponsable o hubiese expuesto a su paciente a un riesgo innecesario. Además, los optómetras son coincidentes en predicar que el tema es propio de los médicos, por lo que ese medio probatorio no tiene mayor incidencia en el debate.

Al recordar el principio de la carga probatoria, señala que la demandante no lo cumplió y que si bien puede predicarse su inversión no por ello queda eximida de acreditar lo que le corresponde. *“Así, por ejemplo, debió allegar su propia experticia, conceptos médicos de oftalmólogos de igual especialidad y experiencia, que arrojara como efecto que su demandado se alejó del estado del arte de ese momento, o que la cirugía era incompatible con la situación de la paciente, o que el médico obró imprudente o torpemente, en fin, que por causa de ese acto médico su paciente resultó agraviada” (folio 411 vto., c. Trib).*

Sobre el consentimiento informado, dice que tampoco se demuestra que la paciente no hubiese recibido información sobre el proyecto de tratamiento y los efectos que pudiera producir pues lo que se acredita, en cambio, es que sí la recibió y que no hubo ocultamiento o engaño por parte del médico.

LA DEMANDA DE CASACIÓN. CARGO ÚNICO

Se acusa la sentencia por infracción de los artículos 1494, 1495 y 1502, 1602, 1603, 1604, 1613 y 1615 del Código Civil, 871 del Código de Comercio, artículo 1º del Decreto 3466 de 1982, 16 de la ley 446 de 1998, 78 de la Constitución, como consecuencia de errores evidentes de hecho en la apreciación de las pruebas.

Argumenta que el juzgador *ad quem* omitió la valoración de la contestación de la demanda, los diagnósticos o topografías corneales de los oftalmólogos Oscar Piñeros, María Mercedes Acevedo e Iliana Gensini, la historia clínica de la paciente aportada por el demandado, los certificados de los optómetras Héctor David Rodríguez, Margarita Rosa Caicedo, el resumen de la historia clínica de la oftalmóloga María Clara Arbeláez, el de la optómetra Lucrecia Polanco, el de la doctora Carmen Barraquer, la historia clínica procedente de la doctora Claudia Alvernia, la publicidad, las ofertas económicas y publisreportajes de los médicos oftalmólogos relacionados con el procedimiento quirúrgico denominado cirugía refractiva o Lasik. Además, cercenó el alcance probatorio de los interrogatorios de parte, los

testimonios de los optómetras Margarita Rosa Caicedo, Héctor David Rodríguez, Claudia Alvernia, el dictamen de la Junta de Invalidez del Valle del Cauca, el testimonio del oftalmólogo Jaime Velázquez, así como el dictamen pericial de los doctores Luis Fernando Dueñas y Pedro Pablo Perea. Y supuso pruebas sin soporte en el expediente así como la obtención del consentimiento informado.

En desarrollo de la fundamentación de tales dislates, asevera que el *ad quem* fundamentó su resolución desestimatoria en seis circunstancias: A) obligación del médico demandado, que estimó de medios; B) el daño, la culpa del médico demandado y el nexo causal; C) la causa del daño; D) el consentimiento informado; E) las declaraciones de los testigos de la parte demandante y de la doctora Margarita Rosa Caicedo; F) incumplimiento de la carga probatoria por la parte actora.

A. Obligación del médico demandado, que para el Tribunal es de medios.

1. Manifiesta que este juez colegiado omitió las siguientes pruebas:

a. La contestación de la demanda, en la que el interpelado admitió: 1) que se obligó a obtener un resultado específico, que era operar los ojos de la demandada con el objeto de corregir su miopía alta y reducir la dependencia a lentes y gafas, por lo que el médico demandado debió obtener como resultado la corrección del defecto refractivo de la

miopía; 2) que admitió que en el resumen de la historia clínica, la paciente presentaba intolerancia a los lentes de contacto y que ello podía ser objeto de mejoría con la cirugía, con lo cual se obligó a mejorar la visión, sustituyendo los lentes, siendo ello una obligación de resultado; 3) que cuando relató que le había explicado los riesgos usuales del procedimiento, también se equivocó el Tribunal al no ver allí que el médico había planeado un resultado determinado como fue la corrección total de la miopía que padecía la paciente; 4) que admitió que había convenido “la corrección total planeada”, es decir, una obligación de resultado; 5) que indicó que el tratamiento del médico tuvo como finalidad la corrección de la paciente de su miopía presente y por tanto se había comprometido a obtener un resultado específico, una solución definitiva; 6) que el interpelado admitió que la miopía no era una enfermedad sino un defecto refractivo susceptible de corregirse mas no de tratarse como enfermedad, por lo que el procedimiento quirúrgico aplicado prometía la corrección del mismo; 7) que cuando se refiere a la miopía como defecto refractivo susceptible de compensarse con cirugía sobre la córnea para hacer las veces de lentes de contacto, ese procedimiento constituye la admisión de un resultado.

b. Bajo el acápite que denomina “*literatura médica y tecnológica- información- publicidad- publisreportaje- ofertas económicas sobre la cirugía refractiva con un procedimiento quirúrgico que ofrece corregir defectos respectivos como la miopía*”, hace referencia a diversas publicaciones, alusivos a sus beneficios y resultados (“ la

Clínica de Oftalmología de Cali cuenta con modernos equipos para corregir la miopía, la hipermetropía y astigmatismo”, “cirugía resultados inmediatos doctor Carlos Eduardo González. La técnica LASIK es una cirugía ambulatoria. Los resultados de este procedimiento son inmediatos”, “cinco minutos para ver mejor-salud visual. Corrige astigmatismo, hipermetropía y miopía”, “viva sin gafas y sin lentes de contacto. Más de 6000 pacientes se han operado en la clínica de oftalmología de Cali”, “aprovecha nuestro plan de vacaciones y corrige tus problemas de miopía, hipermetropía y astigmatismo”) relatada por el médico demandado, por los publrreportajes ofrecidos por médicos de la Clínica de Oftalmología de Cali donde ejerce y tiene su consultorio el demandado. A partir de allí dice que lo anterior contradice lo que sostiene el Tribunal pues la divulgación de esa información, de la publicidad y las ofertas económicas representan contratos en los que se ofrece al público en general la obtención de un resultado específico para los pacientes y clientes que se sometan a esa clase de procedimiento quirúrgico, se trata de resultados anunciados informados al público prometiendo corregir los defectos respectivos con base en una cirugía segura. Agrega la censura que esas pruebas demuestran que a través del tiempo, desde 1996 -fecha de la⁵ cirugía⁵ refractiva⁵ realizadas a la paciente- la clínica ha venido ofreciendo el procedimiento quirúrgico mencionado con los beneficios y resultados específicos ofrecidos, lo cual indujo a la paciente a someterse a dicho procedimiento, lo que no vio el Tribunal al afirmar que la obligación del médico era de medios.

2. Indica la censura que, además, el ad quem cercenó otros medios de convicción, que también conducen a demostrar la obligación de resultado del médico demandado adquirió:

a. Expresa que en su interrogatorio, el demandado José Manuel Fernández afirma que realizó las cirugías, que el equipo láser que en esa época se utilizaba contaba con un programa multi zona al que se le ingresaban los datos de la paciente (cantidad de miopía, taquimetría) que establecía cálculos que permitían corregir miopías altas. Ello significa que el médico aceptó haber hecho las cirugías y haber utilizado un equipo láser para obtener un resultado específico. Para la censura se trata de una confesión que cumple con los requisitos legales pues versa sobre hechos personales del confesante y de ella se infiere que el demandado admite hechos que benefician a su contraparte, el hecho de haberse comprometido a obtener un resultado específico: la corrección de miopía a la paciente mediante cirugía. Agrega que el componente de azar fue exiguo ante los cálculos matemáticos y la utilización del programa en el equipo de computador.

b. En relación con el dictamen pericial rendido por los oftalmólogos doctores Luis Fernando Dueñas y Pedro Pablo Perea, también dice que el Tribunal lo cercenó pues allí ellos indican que en las notas de consulta aparecen varias solicitudes de la demandante acerca de su interés por practicarse la cirugía, que para la época el procedimiento utilizado permitía correcciones altas, lo cual se corrobora con

los artículos de revistas científicas de la época y que en ese entonces ese procedimiento de “keratomileusis in situ asistida con láser (lasik) se describía como seguro y efectivo para corregir altas miopías” (f. 30, c. Corte).

De este dictamen dice la impugnante que el Tribunal lo cercenó, lo valoro sólo en su mínima parte, pues en los segmentos mutilados se acredita que la obligación sí era de resultado pues ése era el objetivo de la paciente (buscar una solución quirúrgica), el procedimiento quirúrgico estuvo bien escogido pues era tecnología universalmente aceptada que permitía obtener resultados, y según los artículos científicos se podía concluir que entre 1995 y 1998 se operaban miopías altas con Lasik como procedimiento seguro y efectivo.

B. Daño, culpa del médico y nexo causal

1. El daño. Tras recordar que el Tribunal no lo halló acreditado en cuanto a su existencia, pues la paciente padecía desde años atrás alta miopía y no había quedado demostrado que hubiese empeorado como consecuencia de la operación cuestionada, replica que el *ad quem* pretirió estas pruebas que, *in extenso*, reproduce:

a. Certificado expedido por el optómetra Héctor David Rodríguez

b. Resumen de la historia clínica expedida por la oftalmóloga María Clara Arbeláez.

c. Topografía corneal, lectura que hace la oftalmóloga María Mercedes Acevedo.

d. Topografía cornial, lectura que hace el oftalmólogo Oscar Piñeros.

e. Topografía corneal, lectura que hace la oftalmóloga Iliana Gensini.

f. Certificado expedido por la optómetra Margarita Rosa Caicedo

g. Resumen de la historia clínica de la optómetra Lucrecia Polanco.

h. Historia clínica expedida por la optómetra Claudia Alvernia.

i. Historia clínica expedida por la doctora Carmen Barraquer.

Además, arguye que cercenó las siguientes pruebas que demuestran el daño causado a las córneas de la paciente con la cirugía refractiva y las consecuencias derivadas de este daño:

a. Interrogatorio de parte rendido por la actora María Cristina Aguirre en la que dice que el resultado de la cirugía fue desastroso porque *“al día siguiente cuando el demandante le quitó una canastilla de protección empezó a ver doble, con imagen repetida como desenfocada”*; que acudió a los consultorios de varios oftalmólogos y *“todos sin excepción concertaron que sufría de un astigmatismo severo producido por un fuerte y exagerado aplanamiento de la córnea”*.

b. Testimonio de la optómetra Margarita Rosa Caicedo, quien indicó que la paciente María Cristina Aguirre presentaba gran asimetría en las superficies de ambas córneas, secundaria a la cirugía que se había practicado, y

ello le generaba visión distorsionada y le imposibilitaba una correcta posición de los lentes de contacto.

c. Declaración de la optómetra Claudia Alvernia Lobo, quien expresó que la dificultad de la actora para lograr una agudeza cómoda y sin distorsión era la irregularidad en la superficie corneal posterior al proceso de cirugía refractiva según la topografía que la paciente le presentó en su consulta, y que en las diversas pruebas que realizó el común denominador era lentes descentrados hacia la parte temporal superior de la córnea, inestables y por supuesto con baja agudeza visual.

d. Testimonio del optómetra Héctor David Rodríguez Gaitán, quien indicó que la actora tenía antecedentes de intolerancia a los lentes que estaba usando y que dadas las condiciones de variación en la curvatura de la córnea era particularmente difícil lograr una estabilidad en la posición del lente de contacto. Explicó que esa variación era el resultado del procedimiento de la cirugía refractiva, que no se le podía adaptar lentes de contacto blandos en razón del aplanamiento de la zona central de la córnea de aproximadamente 10 dioptrías que es lo que ha ocasionado dificultad en lograr un centramiento adecuado del lente y una agudeza visual estable.

e. Dictamen de la Junta de Invalidez del Valle del Cauca, prueba que también cercenó el Tribunal pues allí se indica que se observa un aplastamiento relativo de la córnea central inducida quirúrgicamente.

f. Dictamen pericial rendido por los oftalmólogos Luis Fernando Dueñas y Pedro Pablo Perea Mafla, quienes indicaron que se presentó una hipocorrección,

o sea, que no se logró la corrección total y quedó un remanente de miopía y astigmatismo residual, situación prevista por su alta miopía.

g. Testimonio del oftalmólogo Jaime Velázquez O'Byrne, quien al ser preguntado acerca de si como resultado de un exagerado aplanamiento de la córnea había dificultad para fijar los lentes de contacto a lo cual respondió que sí y se requería un contactólogo con experiencia en pacientes de cirugía refractiva; además, que el examen leído por la oftalmóloga María Mercedes Acevedo indica que la demandada fue operada con láser para corrección de miopía cuyo aplanamiento como objetivo quirúrgico de la miopía se logró, pero quedó con un astigmatismo central.

De todas estas pruebas que la casacionista indica que fueron preteridas y cercenadas por el *ad quem*, concluye que demuestran el daño causado a las córneas de la paciente.

Agrega que el primer error del Tribunal consistió en que omitió la valoración del resumen de la historia clínica expedida por la oftalmóloga María Clara Arbeláez que da cuenta de un astigmatismo miópico en ambos ojos; el certificado de la optómetra Héctor David Rodríguez que alude al daño infligido a las córneas del paciente por la irregularidad en su superficie; los certificados e historias clínicas expedidos por los optómetras Margarita Rosa Caicedo, Claudia Alvernia Lobo y Lucrecia Polanco; la historia clínica expedida por la doctora Carmen Barraquer; las topografías de córneas leídas por los oftalmólogos María Mercedes Acevedo, Oscar Piñeros e Iliana Gensini. De todos

estos documentos, la censura resume y transcribe su contenido, para luego indicar que de haber valorado estas pruebas le habrían evidenciado al tribunal la naturaleza del daño y las consecuencias que produjo en la visión de la paciente.

El segundo error que le atribuye al *ad quem* consistió en que cercenó los testimonios de los optómetras Margarita Rosa Caicedo, Claudia Alvernia Lobo y Héctor David Rodríguez, así como el interrogatorio de parte a la demandante, el dictamen de la Junta de Invalidez del Valle del Cauca, el dictamen pericial de los oftalmólogos Dueñas y Perea, el testimonio del oftalmólogo Jaime Velázquez, todo según lo ya mencionado.

2. En lo referente a la culpa del médico demandado, que el tribunal no halló demostrada, dice el recurrente que el material probatorio es suficiente para inferir que el demandado incumplió una obligación de resultado contratada con la paciente pues no sólo no corrigió totalmente su miopía sino que la dejó padeciendo otro defecto que no tenía antes como es el astigmatismo, recordando sobre este tópico la declaración del doctor Velásquez O'Byrne. Además, indica que esas pruebas también demuestran que el demandado produjo daños irreparables en las córneas de la paciente, que le producen visión doble y distorsionada.

3. Cuanto hace al nexo causal, aduce también que las pruebas lo evidencian pues fue por la utilización del rayo

láser en el procedimiento de la cirugía refractiva como se lo ocasionó el daño a las córneas de la paciente.

C. Alteración y distorsión de los dictámenes rendidos por los optómetras Margarita Rosa Caicedo, Héctor David Rodríguez y Claudia Alvernia Lobo.

Sobre este particular dice la recurrente que, contrario a lo argüido por el juez colegiado, estos optómetras cuando declararon que el tema era propio de los médicos oftalmólogos se referían exclusivamente al procedimiento quirúrgico denominado cirugía refractiva, aserto que fundamenta con la reproducción de las partes pertinentes de esas declaraciones.

D. Suposición sobre la causa del daño.

En relación con la aseveración del juzgador de segunda instancia sobre que la paciente padecía desde años atrás alta miopía por lo que el daño no aparece nítido que se hubiese producido con ocasión de la cirugía, dice la casacionista que lo supuso la corporación, pues el material probatorio (contestación de la demanda, interrogatorio de parte a la demandante, dictamen pericial) demuestra nítidamente que la alta miopía, estabilizada desde los 18 años según esas pruebas, fue descartada como causante de las aberraciones visuales de la paciente luego de practicada la cirugía refractiva, que fue la que le produjo el daño las córneas.

E. Que no se había demostrado que la paciente no hubiese recibido información para su consentimiento informado y que

por el contrario se acreditó que sí se la dieron, es un aserto que la casacionista refuta al endilgarle el tribunal haber supuesto circunstancias fácticas, alterando la prueba del documento en que consta ese consentimiento informado, para ampliarlo y cambiarle su contenido real.

Expresa que en él no se evidencia que la paciente hubiese recibido información sobre los efectos que pudiera producir el proyecto de tratamiento; únicamente lo que se observa es que se le informó a satisfacción sobre el procedimiento de la cirugía refractiva.

Tampoco demuestra que la paciente hubiese recibido la información ni el Tribunal indica en qué forma ello quedó acreditado, porque ni en ese consentimiento informado ni en el interrogatorio de parte a la demandante aparece ninguna declaración que indique que la paciente hubiese recibido información sobre los efectos; lo que se aceptó fue haber sido informada de los riesgos y peligros usuales, pero no de los inusuales o infrecuentes que no se le hicieron saber, que se le ocultaron a la paciente.

Por lo demás el médico tiene la obligación de haber dejado por escrito en el documento del consentimiento informado y en la historia clínica las advertencias claras, precisas y detalladas (y no generalizadas) de todos los efectos, las que sólo, 7 años después, vinieron a ser explicitados cuando contestó la demanda.

Agrega la censura que no aparece en la historia clínica constancia sobre que el médico le hubiese advertido detalladamente en consulta previa sobre los riesgos o efectos adversos que pudiera llegar a ocurrir incumpliendo su obligación de “dejar constancia en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo permiso o de la imposibilidad de hacerla (artículo 12, decreto 3380 de 1981)” (f. 67, c. Corte).

Por lo demás, manifiesta que sólo existe un documento sin saberse a cuál de las dos cirugías corresponde. Y agrega que en ese consentimiento informado no aparece lo que después en la contestación de la demanda, confiesa el demandado, acerca de que tratándose de una miopía alta su resultado era poco predecible; por lo que cuando se sometió al procedimiento quirúrgico, la demandante no sabía a qué atenerse ni había sido informada sobre el imprevisible resultado de la cirugía, ni se le había informado sobre que no podía garantizarse una total corrección de la miopía.

Agrega la censura que ese consentimiento informado carece de las formalidades exigidas por la ley (artículos 15 y 16 del código de ética médica, ley 23 de 1981 y resolución 13437 de 1991) pues no contiene entre otros muchos requisitos la firma del médico, la fecha y hora del procedimiento, el detalle de los riesgos y complicaciones, la vía de abordaje, la técnica anestésica, ni los equipos que se van a emplear.

F. Incumplimiento de la carga probatoria por parte de la demandante.

Como el Tribunal indicó que la parte actora había incumplido la obligación de demostrar la culpa del galeno, la censura le achaca que esa conclusión fue el producto de errores de hecho en la apreciación de las pruebas que lo llevaron a calificar la obligación de aquel como de medio y no de resultado, según lo que al comienzo del cargo explicó. Recuerda que con todo ese material probatorio que se pretendió se habría podido identificar fácilmente que la obligación del médico era de resultado, teniendo entonces en cuenta que había una culpa presunta ante el incumplimiento de lo pactado.

No obstante lo anterior, recaba en el hecho de que la parte actora cumplió a cabalidad la obligación de demostrar lo que le tocaba: obligación convenida (de resultados), su incumplimiento y los daños causados en las córneas de la paciente.

De otro lado, se refiere a lo que denomina “solidaridad de cuerpo” entre los médicos oftalmólogos lo que hace que sea una aserción injusta lo que el Tribunal manifiesta en cuanto a que debió la actora allegar su propia experticia y conceptos médicos. Y precisamente, debido a esa dificultad en la práctica del dictamen pericial en la primera instancia, fue que el *ad quem* ordenó uno de oficio, centrándose la censura, en este segmento del cargo, en detalles sobre las “*maniobras de direccionamiento para que el dictamen pericial fuera rendido por un médico fundador y socio de la misma Clínica de Oftalmología de Cali S.A., donde también es socio y ejerce el demandado*” (f. 70, c. Corte) así

como en el cercenamiento que el médico hizo de la historia clínica al enviarla sin todos los datos.

CONSIDERACIONES

A. A partir de estimar que se encuentra suficientemente demostrado que la obligación adquirida por el médico demandado es de resultado, el cargo propone el quiebre del fallo sobre la base también de estar acreditado el daño como consecuencia de una mala praxis médica consistente en el excesivo aplanamiento de las córneas, sobre todo la del ojo derecho, lo que ocasionó el perjuicio reclamado. Partiendo entonces de esa obligación que se afirma de resultado, en el cargo se estima que, además de estar comprobada la aludida falta de idoneidad de la intervención quirúrgica, el Tribunal debió haberse percatado de que la culpa galénica se presume, con lo cual los elementos de la responsabilidad civil deprecada se encuentran así patentizados, no obstante lo cual, y como fruto de los errores evidentes de hecho en la apreciación de las pruebas, el Tribunal terminó por no hallarlos demostrados.

En el orden propuesto, parece por tanto pertinente comenzar con la dilucidación acerca de si el expediente refleja que el Tribunal cometió, con el carácter de evidente, error de hecho en la apreciación de las pruebas establecidas en el cargo, tendientes a la comprobación de esa obligación determinada que, de modo excepcional, podría predicarse de un médico en su débito principal, nuclear, fundamental o primario, que es generalmente, como se sabe, el de procurar

-y excepcionalmente lograr- curar los males de salud que aquejan a su paciente o preservarle su estado de salud, motivo usual que impulsa a quien acude a su servicio profesional para bien suyo o de un tercero.

B. En materia de responsabilidad civil contractual, cuestión determinante y que debe abordarse con cuidado, es la de establecer con claridad el contenido de la obligación. Para el caso de la responsabilidad médica, está ya aclimatada entre nosotros, con características despejadas de doctrina probable, la consideración general acerca de que la principal obligación del galeno es de medio y no de resultado, esto es, que su compromiso se contrae a desplegar una conducta diligente en procura de obtener un fin concreto y específico (la mejora o la preservación de las condiciones de salud del paciente), que sin embargo no garantiza, salvedad hecha, claro está, que medie pacto entre las partes que así lo establezca. Y naturalmente se ha entendido que es de medios la obligación del médico porque subyacen infinidad de factores y riesgos, conocidos y desconocidos, que influyen en la obtención del objetivo perseguido, razón esta que ha permitido indicar que, en este tipo de obligaciones, el criterio para establecer si se está frente a una de ellas es el del azar o aleatoriedad del fin común deseado (el interés primario que se quiere alcanzar), toda vez que en las obligaciones de resultado esa contingencia es de suyo mínima. Cumplirá por tanto el débito a su cargo, el médico que despliegue su conducta o comportamiento esperado acompasado, entre otros deberes secundarios de conducta, a la buena praxis médica, por lo que para atribuirle un incumplimiento deberá

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

C. En esta especie, el abundante caudal probatorio no irradia, con las características de evidencia o protuberancia que reclama el error de hecho en casación, el desacierto que se le atribuye al sentenciador. Es sabido que en la valoración de las pruebas que obran en el proceso goza el juzgador de instancia de una discreta autonomía inherente a su oficio, razón por la cual, cuando el cargo propone demostrar que aquél se equivocó en la tarea del examen de las pruebas por la vía del error *facti in judicando*, debe la pifia ser -a más de trascendente o que influya necesariamente en el sentido de la decisión- evidente, manifiesta u ostensible, connotación esta que reclama un yerro que a simple vista aflore con la sola comparación entre lo que el Tribunal dedujo de la prueba y lo que esta en verdad muestra, sin que por tanto quepan o sean necesarias mayores elucubraciones. Lo anterior significa que si un error de esta especie no aparece en forma nítida, se impone respetar la conclusión del juzgador colegiado

plasmada en su sentencia, que llega a la Corte amparada por una presunción de acierto y legalidad. De allí que los artículos 368 y 374 del Código de Procedimiento Civil incluyan el carácter de “manifiesto” al error de hecho en la descripción de la causal de casación respectiva, en el primero, y en el listado de los requisitos para plantearla, en el segundo.

D. Recuérdese que el Tribunal fue enfático en considerar que no se evidenciaba que el profesional tratante hubiese adquirido una obligación determinada por lo que el demandado debía acreditar que aquél cometió un error científico injustificado para un profesional de esa categoría. En respuesta, le reprocha la censura haber preterido la contestación de la demanda en la que –arguye– ve esa admisión, en consonancia con el interrogatorio rendido por el demandado, que para la censura fue cercenado por el *ad quem*. A los anteriores dislates le endilga otros, referidos a la omisión en la apreciación de los informes de prensa y publibreportajes y el dictamen pericial rendido por los oftalmólogos Dueñas y Perea.

E. En lo que hace a la contestación de la demanda, presenta la impugnante numerosas frases extraídas de allí, con las que interpreta que el galeno asumió una obligación determinada.

En esta pieza procesal, sabido es que pueden allí describirse hechos que coincidan con los que alega el demandante como sustento de sus pretensiones, o simplemente admitirse estos configurándose así, y en la

medida en que se encuentren cumplidas las demás exigencias de que trata el artículo 195 del Código de Procedimiento Civil, una confesión cuya omitida apreciación, entonces, es la que arguye la censura en esta acusación.

Pero la lectura atenta de la contestación de la demanda, sin la aislada interpretación de algunos vocablos, giros y frases que ella contiene, y que es lo que propone la acusación, deja a las claras que el galeno interpelado no admitió que la principal obligación a su cargo fuese de resultado. Repárese, en efecto, no sólo en el hecho de que hubiese propuesto como excepción el cumplimiento suyo de una obligación de medio (f. 61), sino la abundante explicación que, de manera resumida, incluye a continuación la Corte, junto a las respuestas que dio al predicamento que la actora hizo de los informes de prensa:

1. En cuanto a estas publicaciones, la pasiva las admitió, pero precisó que para agosto de 1996 *“los parámetros científicos para realizar el tratamiento implementado al paciente permitían intervenciones con rangos mayores para corrección de miopía a la que presentaba en ese instante la paciente María Cristina Aguirre Gallo”* (f. 85, c. 1). Para corroborar lo anterior, aporta y comenta publicaciones científicas de la época, destacando que para 1996 y hasta 1998 se operaban miopías altas con la misma técnica y los mismos parámetros de la demandante para cuando fue intervenida.

2. Aclara que respecto de la estabilización de la miopía, la condición se refiere a personas jóvenes puesto que

a medida que la edad avanza la miopía se estabiliza y es así como una persona de 47 años como es el caso de María Cristina Aguirre Gallo, puede predicarse que ya es estable. Además, señala que la historia clínica denota que entre 1987 y 1993 el grado de miopía de la actora era estable (19.0 dioptrías), siendo insignificantes las variaciones (media dioptría en el ojo derecho y un cuarto en el izquierdo) que además dependen en gran parte de información de la propia paciente y de la habilidad del examinador.

3. Expresa que en la publicación del 8 de febrero de 2000, posterior a la intervención quirúrgica, los aparatos son de última tecnología, por supuesto diferentes a los de la época de la intervención a la actora cuando se empleó la más avanzada en ese momento (excimer láser con programa de multizona, que controla el equipo láser) y que permitía cubrir miopías más altas. Ese programa correspondía a lo más actualizado en ese momento pero fue reemplazado en la época del publrreportaje con un sistema ("técnica del planoscan") con tratamientos de miopía más limitados. Y hoy ya se cuestiona su reemplazo por una tecnología más avanzada ("frente de onda"). De todo ello indica que la tecnología de avanzada está basada en la experiencia pasada y en las nuevas investigaciones en procura de mayor perfeccionamiento para brindar al paciente mejores resultados.

4. En relación con que el ojo deba estar sano, tal condición dice la pasiva que es obvia porque es una contradicción que esté enfermo para una cirugía. Se refiere

esta exigencia a enfermedades sistémicas como diabetes, insuficiencia renal, etcétera, o específicas como enfermedades de la córnea (úlceras activas, distrofias, etc.) y de manera particular otra cualquiera que afecte la córnea (como membrana dura, transparente y superficial del ojo). Es evidente, remata, que no están contraindicados los defectos refractivos porque precisamente la cirugía va dirigida a corregirlos.

En suma, destaca el oftalmólogo asistente que los hechos objeto de controversia acontecieron en agosto de 1996 y las entrevistas y publrreportajes fueron de años posteriores (1999 a 2002).

5. De otra parte, se refiere a la primera cirugía que en octubre de 1995 intentó hacer en relación con el ojo derecho la cual fue cancelada por un incidente que se presentó durante su práctica (*"corte superficial corneal fallido, al desprenderse incidentalmente el anillo que bajo vacío sujeta el ojo al momento de desplazarse automáticamente el microquerátomo, generado en este caso por sobresalto y movimiento reflejo del ojo"*), el cual está previsto dentro de los riesgos y complicaciones usuales en el proceso quirúrgico y que le hizo saber con anticipación a la paciente. Esta cirugía la practicó posteriormente, el 27 de agosto de 1996, con consentimiento de ella.

6. Explica seguidamente que la operación del ojo izquierdo, realizada después del derecho para minimizar los riesgos, tuvo igualmente como objeto corregir miopía alta y reducir la dependencia a los lentes de contacto y a las gafas

sumamente gruesas, aclarando que se trataba de *reducir* y no de *eliminar o corregir totalmente* la dependencia a esos lentes y gafas.

7. En cuanto a la inestabilidad en el grado de miopía en los últimos controles médicos, afirma que ello puede deberse a inexactitudes en la refracción subjetiva (en la prescripción de las lentes basadas en la información errada transmitida por la paciente) y no a una verdadera progresión de la miopía. Esas inexactitudes se deben a múltiples factores como que en una miopía alta con condición limitada es más inexacta la refracción, en especial cuando su afinamiento depende de la información subjetiva; también la refracción objetiva, la que realiza el examinador, depende del reflejo retinal sobre la pupila que en la paciente es muy tenue. Y finalmente puede deberse a un error en la prescripción o elaboración de las lentes de contacto, en especial rígidas.

8. En punto de la miopía degenerativa como contraindicada para la cirugía, manifiesta el demandado que son hallazgos anotados en la historia clínica desde la primera consulta hace 26 años; que significa un defecto de refracción o anomalía de origen genético más que una enfermedad, pues ésta requiere una condición previa de normalidad que no tiene la miopía. Además, que no se le conoce la causa, no tiene cura pero es susceptible de compensarse con los recursos ópticos como gafas, lentes de contactos y cirugías. Se refiere seguidamente a lo que la historia clínica registra: mala visión con intolerancia a los lentes de contacto rígidos gas permeables con dificultades en la elaboración correcta de

ellos de modo que, *“con el interés de la paciente por la cirugía refractiva se evaluaron conjuntamente los riesgos vs. beneficios de la nueva tecnología, la keratomileusis in situ con láser o Lasik, procedimiento con tecnología de avanzada que permite tallar con excimer láser una lente sobre la córnea para compensar la miopía, con similar efecto óptico pero con mejor tolerancia que las lentes de contacto”*.

9. Precisa que la paciente recibió una amplia información referente al procedimiento quirúrgico, los cambios refractivos que sufría la córnea por efecto de la aplicación del Lasik, los riesgos y peligros usuales de la cirugía ocular (desprendimiento de retina, infecciones, hiper correcciones o hipo correcciones, entre otras), las cuales fueron repetidas en varias consultas previas a la cirugía, explicándole además que la medicina no es una ciencia exacta.

10. Indica también que para la época de la operación quirúrgica, se desconocía el verdadero significado de *islas centrales* como factor incidental consecuente de la cirugía y que *“se interpretaban como una variable topográfica normal y los tratamientos de miopías”*, el cual aparece en la literatura oftalmológica mundial apenas en 1998 como fenómeno adverso, pues hasta entonces era considerado como una variación topográfica normal posoperatoria; que tampoco se conocían las *ectasias iatrogénicas* como efecto imprevisible de la aplicación del láser o las *ectasias emergentes* como consecuencia de preexistencia subclínica no detectada con la tecnología del momento. *“Se tenía la mejor tecnología para la época con la cual se evaluó y se intervino a la paciente María Cristina Aguirre;*

desconociendo que años después con la adquisición de nueva tecnología como el topógrafo Orbscam, se detectaría en anomalías corneales preexistentes que no fueron posibles de evaluar en la época de la intervención de la paciente, por no contar con esta tecnología contemporánea con la época... Este nuevo topógrafo permite diagnosticar más fácilmente la predisposición a ectasias aún en miopías bajas como también queratoconos frustos o ectasias subclínicas como pudo haberlas tenido la paciente en referencia y que no fueron detectadas en su momento por carecer entonces de este recurso” (fls. 133 y 134, c. 1).

11. Sobre el aplanamiento inducido por el láser, dice el interpelado que era precisamente lo que se buscaba, esto es, una “*córnea oblate post cirugía refractiva*”, una córnea más plana en el centro que en la periferia y que se comporta como una lente negativa de las usadas para corregir la miopía.

12. En relación con las consecuencias a que se refiere la parte actora, dice el interpelado que antes de ser operada, la demandante, sin los lentes de contacto, distinguía solamente los dedos de la mano colocados a un metro de distancia, y que después de la cirugía logra ver la segunda línea de letras (20/200) sin ayuda óptica para el ojo derecho y tercera línea (20/160) de letras para el izquierdo.

13. Sobre los exámenes especializados ordenados por la doctora Carmen Barraquer, dice que tres años después se menciona la aparición de una catarata nuclear en el ojo derecho que es una patología relacionada con la edad y sin injerencia alguna con la operación cuestionada, catarata que junto a las lesiones maculares pueden explicar los trastornos

y la baja visión y no propiamente a la ectasia corneal incipiente.

14. Respecto de la afirmación de la parte demandante, referida a que la visión borrosa que indujo a la actora a acudir al consultorio del doctor Felipe Betancourt, y quien dijo que el procedimiento a seguir sería el de la extracción de los cristalinos, manifestó ser falso en cuanto se refiere a un procedimiento de extracción para reducir un astigmatismo corneal, pero estaría en lo cierto si la visión borrosa es consecuencia de un proceso de catarata y no de los cambios restrictivos de la córnea. *“La contraparte en su afán de exagerar la información se confunde y, pretende imputar de la visión borrosa al procedimiento de cirugía refractiva que logró su objetivo de compensar en un 90 por ciento su alta miopía”*.

15. En fin, el resultado insatisfactorio (visión borrosa y distorsionada) que manifestó la parte actora lo atribuye el galeno demandado a un fenómeno de causa desconocida e imprevisible para la época de la intervención como fue la aparición de islas centrales, consideradas como una variable normal de topografía y cuyo fenómeno se vino a entender dos años después con la primera publicación de Seiler en 1998.

F. De acuerdo con lo anterior, debe inferirse que el hecho de que el demandado hubiese indicado que la intención y propósito de la cirugía era corregir la miopía alta de la demandante y reducir su dependencia a lentes y gafas; que hubiese considerado la cirugía como un sustituto de los

lentes de contacto por la intolerancia que presentaba frente a estos; que hubiese planeado el resultado de corregir esa miopía; que hubiese explicado la miopía como un defecto y no una enfermedad y por consiguiente como algo susceptible de ser corregido; en fin, que hubiese afirmado que esa miopía fuese susceptible de compensarse; cuando todo eso afirmó, lo hizo en el marco de una extensa explicación, según ya se anotó, sin que tales afirmaciones comprendan una admisión acerca de haber prometido un resultado.

En lo que respecta al interrogatorio rendido por el demandado, y del cual la censura establece también una confesión de que aquél utilizó el equipo láser para obtener un resultado específico, la lectura que del mismo hace la Corte arroja una visión por entero diferente, compartiendo esta acusación las mismas glosas que antes se hicieron en relación con la contestación de la demanda. En efecto en esa declaración se lee que el demandado dijo que a la demandante se le practicaron dos cirugías, primero en el ojo derecho y luego en el ojo izquierdo; que la primera se realizó en forma normal y que se había intentado diez meses antes pero fue suspendida, según el protocolo, en forma prudente en vista de que se presentó un fallo en el corte corneal por movimiento brusco e inesperado, pero que se realizó después por solicitud de la paciente en la fecha programada así como la segunda, y ninguna presentó complicación alguna pues el resultado quirúrgico *“fue el previsto y comentado con la paciente de practicar una reducción de su alta miopía, por la intolerancia que presentaba en los últimos tiempos a las lentes de contacto”* (f. 5, c.3); que la paciente se motivó por la cirugía refractiva en vista de

tener intolerancia a los lentes de contacto y no poder usar gafas de alto poder, razón por la cual se le explicó que se podía reducir la cantidad de dioptrías con el objeto de poder usar gafas más delgadas o en su defecto lentes blandos de contacto; que ese era el objeto de la cirugía y, en efecto, *“para el ojo derecho y el ojo izquierdo era aproximadamente de -19 dioptrías, y como mencioné anteriormente, se planeó con un software que podía corregir altas miopías para esa época, el resultado está consignado en los controles postoperatorios teniendo un mejor resultado en el ojo izquierdo que en el ojo derecho”* (f. 7); que él realizó las cirugías, que el equipo láser en esa época contaba con un software multi zona que permitía corregir miopías altas y se digitaban los datos de la historia en el equipo, pues ese programa permitía calcular la zona óptica, la profundidad de ablación, el número de zonas de acuerdo con la edad, corrección de cilindro y la zona de transición previo al procedimiento quirúrgico para realizar el procedimiento y por eso usaba una valoración previa de la unidad de cirugía refractiva.

G. Se aprecia pues, que las explicaciones ofrecidas por el demandado dan cuenta, no de la admisión de haberse comprometido a obtener un resultado, sino de cuáles fueron los que se obtuvieron y la forma como el equipo de entonces ayudaba a conseguirlos.

Luego, si no se encuentra yerro alguno en la conclusión del Tribunal ni menos uno que con el carácter de evidente o que salte a la vista en la apreciación de este a la contestación de la demanda y al interrogatorio de parte resumido, no otro camino queda que el de entender que subsiste la afirmación,

derivada de la naturaleza de la obligación primaria a cargo de los médicos, de que lo afirmado por el *ad quem* se mantiene, esto es, que la obligación primaria contraída por el interpelado era de medios, a resultas de lo cual, y en aplicación de la jurisprudencia antes anotada, debía el recurrente esforzarse por demostrar que la conducta del galeno estuvo alejada de la praxis médica acompasada a la *lex artis* del momento en el entorno de los hechos, concretada en actos o en omisiones que condujeran a la causación del daño reclamado.

H. Sobre los informes de prensa y el dictamen pericial debe decirse, preliminarmente, que ninguno de estos medios puede en línea de principio evidenciar la real intención de las partes cuando acordaron las cirugías practicadas, pues los informes no se refieren concretamente a dicho convenio si no en forma general al procedimiento quirúrgico publicitado. Y el dictamen arroja luces sobre la técnica utilizada mas no sobre el consentimiento formado entre las partes intervinientes en torno a las indicadas operaciones quirúrgicas.

En relación con esos informes de prensa y los publrreportajes a que alude la demandante, indudablemente no fueron objeto de comentario alguno por parte del Tribunal; pero si se repara en el hecho de que la relación médico-paciente que en este caso comenzó en 1977 y continuó por largo del tiempo, difícilmente podría enmarcarse ella en una mera relación de consumo, por lo demás concepto este que tuvo su ingreso positivo, con posterioridad a los hechos que

se debaten, esto es, a partir de la ley 1480 de 2011 (estatuto del consumidor), en la que, con todo, se indica que *“en la prestación de servicios en el que el prestador tiene una obligación de medio, la garantía está dada, no por el resultado, sino por las condiciones de calidad en la prestación del servicio, según las condiciones establecidas en normas de carácter obligatorio, en las ofrecidas o en las ordinarias y habituales del mercado”*. En otras palabras, aun cuando se admite en los nuevos tiempos en donde predomina el derecho del consumo en numerosas relaciones contractuales otrora reguladas por la legislación civil y aun por la mercantil, que la protección que el Estado brinda a la parte débil -el consumidor- tiene por objeto precisamente garantizar que por la vía de la información masiva y valiéndose de las necesidades del usuario, no resulte este engañado en detrimento de sus intereses y bienes, en este particular caso en donde según lo que se viene diciendo, la obligación del médico es de medios, y en donde las partes tenían una prolongada relación médico-paciente en el curso de la cual se discutió en varias ocasiones la posibilidad de la cirugía, ninguna utilidad práctica se genera si se toman en cuenta esas publicaciones.

Es que las frases y giros idiomáticos -de suyo equívocos- insertos en los publrreportajes e informes de prensa no pueden sin más ser la expresión de la voluntad del galeno de obligarse a obtener un resultado en las cirugías practicadas a su paciente de hacía más de 20 años, no sólo porque persiste la presunción de que la suya fue una obligación de medio según lo anotado, sino porque aún cuando se califique

esa relación como de consumo¹, allí también lo que garantizaría el demandado habría de ser la idoneidad de la prestación del servicio según las reglas de la técnica imperante entonces, con lo cual se llega a lo mismo que predicó el Tribunal, esto es, a la necesidad de que quede acreditada una mala praxis médica, para derivar de allí una eventual responsabilidad por los daños causados por ella.

I. Aspecto de indudable connotación técnica para el cual el dictamen pericial debe de arrojar claridad. Y en efecto, sobre el que a instancias del Tribunal practicaron los peritos Luis Fernando Dueñas y Pedro Pablo Perea, dice la censura que el Tribunal lo cercenó pues también allí se indica que la obligación era de resultado. Pero, en criterio de la Corte, ello está alejado de la realidad a más de que de su análisis, de una vez puede verse que los expertos avalaron el

¹ En sentencia del 10 de marzo de 2005, antes de la expedición del estatuto del consumidor de 2011, ya entre nosotros se encontraba asentada la concepción de la relación de consumo como se puede leer en esta jurisprudencia: “estima la Corte que, con estrictez, siempre será forzoso indagar en torno a la finalidad concreta que el sujeto —persona natural o jurídica— persigue con la adquisición, utilización o disfrute de un determinado bien o servicio, para reputarlo consumidor sólo en aquellos eventos en que, contextualmente, aspire a la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar, doméstica o empresarial —en tanto no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica propiamente dicha, aunque pueda estar vinculada, de algún modo, a su objeto social—, que es lo que constituye el rasgo característico de una verdadera relación de consumo. Este punto de vista, cabe resaltar, es el que puede identificarse en numerosos ordenamientos jurídicos que, como adelante se examinará, catalogan únicamente como consumidor a quien sea destinatario final del bien o servicio, o, por otro lado, exigen que la adquisición o utilización esté ubicada por fuera de la esfera de actividad profesional o empresarial de quien se dice consumidor; adicionalmente, no está de más anotar que una postura similar es la adoptada por la Superintendencia de Industria y Comercio cuando, dentro de su competencia, ha conceptualizado sobre el alcance del término que se viene estudiando. (conceptos 96027242 de 2 de septiembre de 1996, 96060904 de 28 de noviembre de 1996, 97023655 de 15 de julio de 1997, 99067274 de 4 de febrero de 2000, 02108233 de 17 de enero de 2003 y 03025237 de 9 de mayo de 2003; Cfr. Compendio de doctrina sobre protección del consumidor 1992- 1999, Ministerio de Desarrollo Económico, Superintendencia de Industria y Comercio, 2000, pags. 152-160, y www.sic.gov.co)”

procedimiento quirúrgico cuestionado, utilizado por el galeno demandado. En efecto, categóricamente responden los peritos que *“de acuerdo con historia clínica de la señora María Cristina Aguirre, la paciente sí era apta para el procedimiento de excimer láser”* por razón de su intolerancia a los lentes de contacto, a las gafas por aberraciones ópticas y dificultad en la visión nocturna, por su motivación al solicitar una solución quirúrgica para su miopía (deducción que los peritos extraen de las historias clínicas que sobre la paciente registraron diversos profesionales), porque para el año 1996 la ciencia oftalmológica contaba con el tratamiento de la miopía con procedimientos quirúrgicos como la extracción del cristalino -aún controvertida y cuyo rechazo manifestó la paciente - de mayor riesgo y con la cirugía refractiva con excimer láser que para ese año permitía tratar y reducir altas miopías, y finalmente porque no hay evidencia en la historia clínica de tener la paciente los criterios de exclusión para la cirugía que se le practicó.

Además, dicen los peritos que en la operación se cumplieron los parámetros de evaluación preoperatoria (los cuales detallan), que la paciente recibió información del procedimiento y manifestó por escrito su consentimiento para la cirugía. Afirman que la extracción del cristalino entraña más alto riesgo por eventual desprendimiento de la retina en una miopía alta, es un procedimiento intraocular invasivo que puede resultar en una pérdida de visión severa y está reservado para extracción de cataratas donde existe una patología que justifica el riesgo por lo que *“estuvo bien que para esa época se haya escogido y realizado la cirugía de keratomileusis con*

excimer láser, tecnología universalmente aceptada que para la época mencionada permitía correcciones altas". Agregan que con esa intervención quirúrgica "se logró una reducción muy significativa de su miopía", por lo que el resultado posoperatorio estaba dentro de lo esperado y que "los síntomas de visión borrosa y distorsionada, no fue por la refractiva sino más bien por una condición de catarata".

J. Visto lo anterior, es decir, manteniéndose en pie la afirmación del Tribunal acerca del contenido de la obligación principal asumida por el profesional demandado, que tan sólo se limitaba a emplear todos sus esfuerzos y conocimientos médicos en la obtención de un resultado que no garantizó, debe entonces colegirse que, de acuerdo con el dictamen pericial resumido -cuya errónea apreciación es otra acusación del cargo-, el médico no sólo no adquirió una obligación de resultado sino que no incurrió en una culpa galénica, desde luego que la experticia corrobora la idoneidad de la praxis que adelantó, y avanzó más de lo que el Tribunal concluyó, como quiera que establece que los resultados fueron positivos porque se disminuyó la miopía, por lo que es concluyente en otros elementos de la responsabilidad civil que quedan en esa pericia descartados: el daño, que los expertos atribuyen a las cataratas, y el nexo causal entre la intervención quirúrgica mencionada y esa visión borrosa y doble de que se queja la demandante, pues la primera, se reitera, la hallaron adecuada a la praxis médica del momento por lo que, no solo por descarte sino por haber atribuido ese padecimiento a las cataratas, eliminaron todo nexo causal de la conducta galénica y esa lamentable queja de la actora.

K. De allí que el Tribunal haya dudado de la certeza de la existencia del daño reclamado, pero más aún de que hubiese sido causado por acción u omisión del médico, toda vez que afirmó que *“obró de acuerdo con los procedimientos conocidos en el momento, intervino con lo que la ciencia del arte de esa época permitía como mejor solución a ese alto defecto”* (f. 409, c. Trib.). Agregó esa corporación que no estaba entonces acreditada *“la existencia del daño que pudiera endilgarse a la práctica quirúrgica, puesto que si bien el resultado no fue satisfactorio, no está demostrado que la paciente hubiese empeorado en su salud visual, teniendo efecto causal esa operación”*(f. 32, c. Corte).

Es decir, el Tribunal más que aislar el elemento axial del daño y predicar que no existía, lo que hizo fue poner énfasis en el procedimiento quirúrgico que encontró adecuado para el momento y en la falta de enlace causal entre él y el daño reclamado.

Por consiguiente, cuando el recurrente se esfuerza por demostrar que el daño en las córneas de la paciente fue producido por el médico demandado, tildando de omiso al Tribunal en la apreciación del resumen de la historia clínica de la oftalmóloga María Clara Arbeláez, el certificado del optómetra en Héctor David Rodríguez, los certificados historias clínicas expedidos por los optómetras Margarita Rosa Caicedo, Claudia Alvernia Lobo y Lucrecia Polanco, la historia clínica de la doctora Carmen Barraquer y las topografías corneales, dejó ciertamente de controvertir la conclusión técnica que los auxiliares de la justicia plasmaron en su dictamen y que sirvió al Tribunal para afirmar que la

praxis médica cuestionada en realidad fue adecuada y que no tuvo incidencia causal con el daño reclamado. Porque lo único que, en materia del daño, reclamó la censura en el cargo se contrajo a que en su dictamen los peritos indicaron que *“lo anterior corresponde a una hipo corrección como lo describe la autora Arbeláez es decir que no se logró la corrección total y quedó un remanente de miopía y astigmatismo residual”* (f. 51, c. Corte).

Pero esta última afirmación que, es innegable, aparece en el dictamen está descontextualizada. Porque en líneas antecedentes, afirman los peritos, en respuesta acerca de si la cirugía practicada era la recomendada para corregir los defectos visuales a la demandante en aquel tiempo, que existen otros procedimientos, pero más riesgosos, como la extracción del cristalino, por lo que estuvo bien para la época que se hubiese escogido y realizado la cirugía cuestionada, *“tecnología universalmente aceptada que para la época en mención permitía correcciones altas”*. A la pregunta acerca de si habiéndose producido el resultado esperado o, en su defecto, no habiéndose logrado, qué circunstancia originó la falla, respondieron los peritos que en efecto sí se había logrado el resultado esperado, que se logró una reducción significativa en la miopía, en fin, que *“el resultado posoperatorio estaba dentro de lo esperado”*. Y que en la historia de la oftalmóloga doctora Arbeláez, un año después registra una *“mejor visión corregida de 20/50 en ambos ojos”*, comparando los datos con la miopía preoperatoria para corroborar que en efecto si se presentó la reducción en la cantidad de miopía.

L. En lo que concierne a la culpa, que el Tribunal no encontró acreditada, pues el galeno demandado había procedido de conformidad con la *lex artis* de la época, el recurrente reitera lo tocante a que aquél había contraído una obligación de resultado, punto este que quedó adecuadamente despejado al comienzo de estas consideraciones.

Por otra parte, debe señalarse que no cometió yerro fáctico alguno el Tribunal cuando consideró que las declaraciones de los optómetras daban cuenta de su falta de idoneidad para conceptuar sobre el procedimiento quirúrgico, si eso fue lo que en efecto dijeron.

M. A estas alturas, resulta claro que la conclusión del Tribunal acerca de la buena praxis médica del interpelado, en sí misma excluyente de culpa alguna que se le pueda imputar a su conducta y la falta de nexo causal entre el daño reclamado y la intervención quirúrgica han quedado en firme, por lo que queda por dilucidar el reclamo de la censura atinente a que el Tribunal cometió yerro fáctico en la apreciación del consentimiento informado, por alterarlo agregándole contenidos que allí no figuran y en fin, por no advertir que en dicho consentimiento a la paciente no se le entregaron las informaciones completas y claras referidas a los riesgos y efectos adversos derivados del procedimiento quirúrgico que le fue practicado. Adicionalmente, la casacionista da cuenta de que en la historia clínica no aparece constancia del médico demandado sobre que se le

hubiese advertido a la paciente en consulta previa y antecedente a la cirugía sobre los riesgos o efectos adversos que llegasen a ocurrir.

Ello es cierto. Pero de allí no se sigue que los daños reclamados sean la consecuencia inevitable del incumplimiento atribuido al galeno sobre la necesaria y suficiente información que debe brindar a su paciente con miras a que esta, en forma libre y voluntaria, pueda ejercer su derecho de autodeterminarse en lo tocante a la intervención médica que se le plantea, pueda contar con información suficiente acerca de las diversas opciones que la ciencia ofrece a su padecimiento y cuente además con conocimiento adecuado sobre los riesgos previstos, usuales o no, en cada una de las posibilidades.

En efecto, si el daño jurídicamente relevante es aquella lesión antijurídica a un interés lícito ajeno, debe establecerse que la conducta violatoria de ese interés esté causalmente conectada con el perjuicio objeto de reclamación judicial. En esta litis son los daños materiales y morales padecidos por la demandante *“como consecuencia de las cirugías que le practicó”* el demandado *“cuando la paciente no calificaba en forma óptima y segura para esta clase de cirugía”* (f. 69, c. 1).

Si ello es así, como en verdad lo es, resulta intrascendente entrar a dilucidar el incumplimiento del deber de información a cargo del médico de modo que pueda confirmarse que el consentimiento que con antelación a las intervenciones quirúrgicas obtuvo de la paciente y

demandante, no fue el producto de la decisión de esta, libre, consciente y con pleno conocimiento de las consecuencias, esto es, un consentimiento informado. Y es intrascendente si se tiene en cuenta que el daño que se reclama tiene una causa perfectamente determinada en la demanda: las cirugías y no la ausencia de consentimiento informado.

Lo anterior tiene un basamento fuerte y es la ausencia de nexo causal entre la violación del deber de información y la lesión corporal padecida. Es que el interés jurídico tutelado cuando se requiere que el paciente dé asentimiento a la práctica quirúrgica previa información suficiente que ha obtenido de la misma y de otros pormenores según lo dicho, radica en la protección de derechos constitucionales fundamentales (autonomía, libertad y dignidad humana) y no propiamente la evitación de un perjuicio que, con información o sin ella, puede llegar a materializarse como secuela de la intervención quirúrgica que comporta riesgos.

Así las cosas, el cargo no sale adelante.

Como quiera que la contraparte hizo presencia en el trámite del recurso, es del caso condenar en costas a la recurrente.

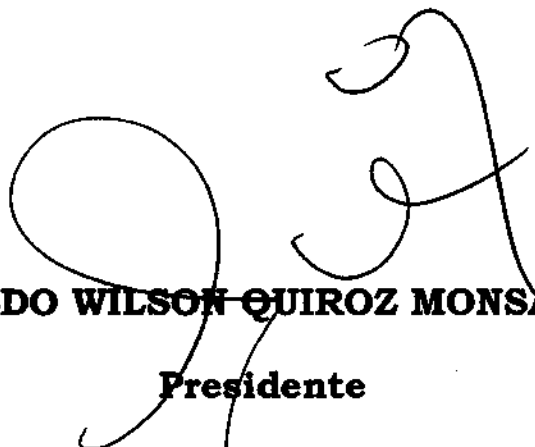
DECISIÓN

En mérito de lo discurrido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en

nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali, de fecha 16 de diciembre de 2014 en el proceso que María Cristina Aguirre Gallo entabló a José Manuel Fernández Martí.

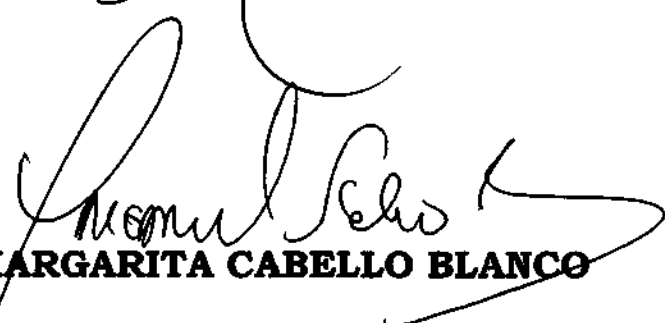
Costas a cargo de la parte recurrente. Se fija por concepto de agencias en derecho la suma de \$3.000.000.oo., en favor de los demandados que hicieron presencia en este trámite, dando respuesta al recurso.

Cópiese, notifíquese y, en su momento, devuélvase.

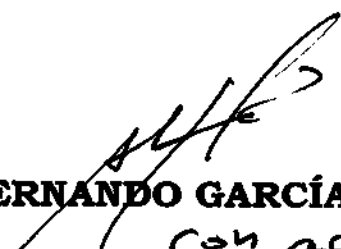


AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Presidente



MARGARITA CABELLO BLANCO



ALVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

con aclaración de voto



LUIS ALONSO RICO PUERTA

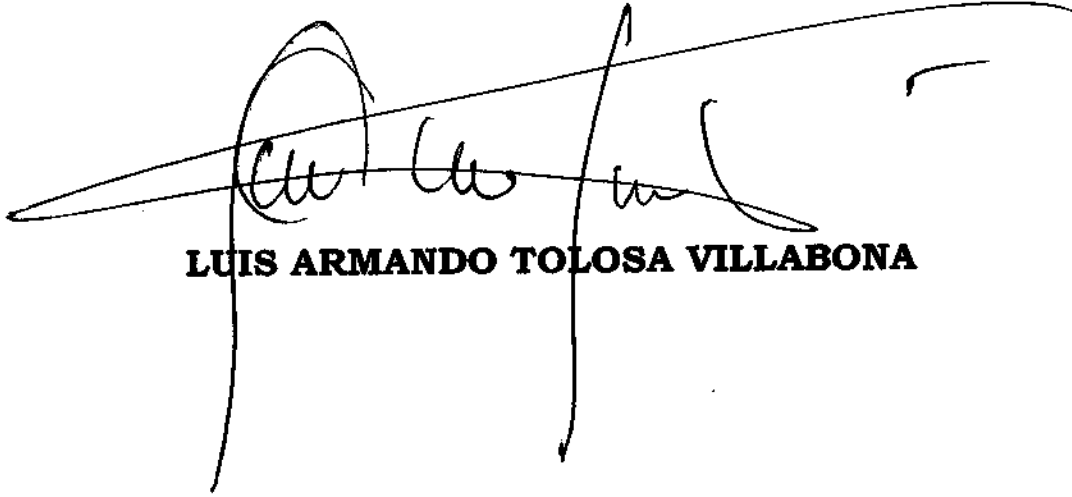
otro voto



ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

Salvo voto.

OCTAVIO AUGUSTO PEJEIRO DUQUE



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

SALVAMENTO DE VOTO

Con el debido respeto, me permito expresar las razones por las cuales no puedo compartir la decisión que se adoptó en la sentencia de casación.

1. En el fallo de casación se afirmó que la actora no demostró que el compromiso asumido por el médico demandado fue de resultado, por lo que no desvirtuó la valoración que el tribunal hizo del convenio privado que contiene una obligación de medios.

Al respecto, hay que precisar que el carácter de una obligación como de medios o de resultado no depende del querer de los contratantes, ni se infiere del tenor literal de las estipulaciones, sino que está determinado de manera *a priori* por el tipo de convenio que las partes configuran; es decir que la tipología del contrato es impuesta por el arquetipo o modelo normativo de la prestación convenida, con independencia de lo que los contratantes expresen.

Así lo advierte el artículo 1603 del Código Civil, cuando señala que los contratos *“obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”*.

En tal virtud, una compraventa dejaría de ser compraventa si el vendedor no asume la obligación de entregar la cosa y el comprador no se obliga a pagar el precio. Un contrato de construcción de obra sería cualquier cosa menos de construcción si el constructor no se obliga a terminar la obra encomendada sino a “poner todo de su parte” para lograr tal propósito. Y un contrato en el que el transportador no asuma la obligación de conducir al pasajero sano y salvo a su lugar de destino sería algo distinto al contrato comercial de transporte.

En todos esos ejemplos se trata de obligaciones de resultado, pues la naturaleza del convenio así lo impone, independientemente de lo que las partes estipulen.

La misma lógica se aplica al contrato de prestación de servicios médicos para la recuperación de la salud del paciente, que generalmente es una obligación “de medios” porque la naturaleza de la prestación convenida así lo dicta, pues frente a la enfermedad del paciente el médico no puede obligarse más allá de lo que está dentro de sus posibilidades reales, por mucho que desee obtener un resultado específico. En tal caso el médico sólo se obliga a poner todo su conocimiento y destreza al servicio del enfermo cuya vida se encuentra en peligro; siendo intrascendente lo que las partes acuerden a tal respecto.

En cambio, en el contrato de prestación de servicios médicos que no se celebra para el restablecimiento de la salud del paciente sino para obtener un resultado que no es necesario porque la vida, la salud y la integridad física no están en peligro, la naturaleza de la obligación determina que se trata de una prestación de resultado, aunque el médico imponga lo contrario en el clausulado. De no ser así nadie se sometería a una intervención quirúrgica que no es necesaria y, por el contrario, pondría en peligro su vida o salud al quedar en manos de los caprichos de la fortuna o de la simple disposición de los medios. Si los clientes de los servicios médicos que no son necesarios para la recuperación de la salud se someten a ese tipo de procedimientos es porque su eficacia ha demostrado altas probabilidades de obtener un resultado determinado.

En el caso que examinó la Corte, la actora acudió ante el oftalmólogo para que le practicara una cirugía refractiva que le permitiera disminuir su miopía, siendo esa intervención quirúrgica un procedimiento seguro y de bajo riesgo con altas probabilidades de éxito, como suele promocionarse y venderse. Pero no se puso en manos del médico para quedar peor de lo que estaba, según los

designios del azar. No es razonable que una persona que ve bien con lentes se practique una operación que no promete ningún éxito y, por el contrario, la dejará viendo menos.

Por ello resultan irrelevantes las alusiones en las que se concentró la mayor parte de la motivación de la decisión, referidas a la ausencia de prueba del carácter “de resultado” de la obligación, porque tal categorización no depende de lo que las partes pacten en el contrato o logren probar en el proceso, sino que corresponde a la calificación de la acción sustancial que hace el juez.

Es un sinsentido afirmar que la categorización del tipo de acción que rige el caso depende de la valoración de las pruebas que hace el juez al momento de dictar la sentencia de fondo; pues esa labor debe hacerla en el umbral de la fase probatoria, cuando se determina el tema de lo que debe quedar probado en el proceso y se asignan las cargas probatorias a cada una de las partes según lo que establecen las normas sustanciales.

En efecto, la principal diferencia entre las obligaciones de medio y las de resultado radica en que en las primeras el deudor puede eximirse de responsabilidad por su incumplimiento si demuestra que actuó con la diligencia o cuidado que habría tenido una persona prudente, mientras que en las de resultado las únicas causales que exoneran de responsabilidad al deudor incumplido son la causa extraña y la culpa exclusiva de la víctima, pues basta demostrar que el contrato se incumplió o se ejecutó de manera tardía, imperfecta o incompleta para que surja la obligación de pagar la indemnización que corresponda, o pedir el cumplimiento coactivo cuando ello es posible (artículo 1546 del Código Civil).

Por regla general, el acreedor contractual no tiene que demostrar la culpa del deudor, pues ésta se presume con la mera inejecución o ejecución incompleta o

demorada de la prestación convenida. Es decir que la carga de la prueba del cumplimiento del deber de prudencia es soportada por el deudor incumplido cuando esa causal eximente de responsabilidad es admisible, lo cual únicamente ocurre en las obligaciones de medios. En las de resultado, por el contrario, se prescinde del elemento subjetivo de la responsabilidad porque el cumplimiento de los deberes de cuidado es irrelevante para exonerar al deudor, quien soporta la carga de no probar que la inejecución o la ejecución defectuosa no le es atribuible a él sino a un elemento extraño o a la propia víctima, de manera exclusiva.

De ahí que el inciso 3º del artículo 1604 del Código Civil sólo se aplica a las obligaciones contractuales propiamente dichas, es decir a las de resultado; lo cual es explicable porque para la época de redacción de la ley civil no existía la reciente clasificación doctrinal entre obligaciones de medio y de resultado.

Según la aludida disposición, *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe a quien ha debido emplearlo”*; lo cual es incompatible con las obligaciones “de medio”, en las que la prueba del cumplimiento de los deberes de prudencia no corresponde a quien debió emplearlo, pues el damnificado es quien asume la carga de la prueba de la culpa del demandado.

La carga de la prueba que impone el inciso 3º del artículo 1604 del Código Civil, en suma, no puede invocarse en las obligaciones contractuales “de medios” ni en ninguna situación que corresponda a los casos que se rigen por la *responsabilidad por culpa*, pues en ellos la carga de la prueba de la violación de los deberes de diligencia o cuidado corresponde siempre al demandante que afirma haber resultado perjudicado con ocasión de la conducta culposa del demandado.

Desde luego que todas esas apreciaciones sobre los elementos estructurales del tipo de acción que deben

quedar demostrados en el proceso para la prosperidad de las pretensiones o de las excepciones, así como la asignación de las cargas probatorias que se imponen a partir de esa calificación, son valoraciones jurídicas que tiene que hacer el juez previamente al decreto de las pruebas, pues precisamente esa calificación le permitirá identificar el tema de lo que será materia de demostración en el proceso.

Por cuanto tales valoraciones son cuestiones jurídicas de carácter general, impersonal y abstracto, pero no asuntos “de hecho”, no dependen de lo que las partes logren demostrar en cada caso.

De ahí que no sea coherente afirmar que la categorización del tipo de acción que rige el caso como “de medios” o “de resultado” depende de la valoración probatoria que hace el juez al momento de dictar la sentencia que resuelve el fondo del asunto, porque esa labor no es una consecuencia de la apreciación material de las pruebas sino la condición para que tal valoración sea posible.

El argumento planteado por esta Sala, según el cual el carácter de la obligación como “de medios” o “de resultado” depende de lo que las partes logren probar en el proceso es, en suma, insostenible; pues no sería más que poner las cosas al revés, sin ahondar en las repercusiones que tal suposición apareja en la indeterminación de la decisión judicial, cuyos fundamentos jurídicos quedarían relegados a las contingencias de cada situación particular.

2. Dejando a un lado las inconsistencias conceptuales que evidencia la sentencia de casación, y centrando la atención únicamente en lo que quedó probado en el proceso, lo cierto es que se demostraron todos los elementos de la responsabilidad demandada, incluida la culpa del facultativo; por lo que la discusión

de si la obligación era de medios o de resultado se torna irrelevante en este caso.

Quedó demostrado que la señora María Cristina Aguirre celebró un contrato de prestación de servicios médicos con el doctor José Manuel Fernández, con el fin de someterse a una cirugía refractiva de corrección de miopía (lasik).

Las cirugías se practicaron el 27 y 29 de agosto de 1996, a pesar de que la paciente no estaba calificada para someterse a ese tipo de operación, pues presentaba varios factores de riesgo.

El médico nunca informó a la paciente sobre los riesgos de la cirugía y sus posibles efectos adversos, siendo ese su deber profesional.

A los pocos días de practicadas las cirugías en ambos ojos, la paciente empezó a presentar visión muy pobre, disminuida, poco nítida e inestable, distorsión de imágenes, visión doble, desplazamiento y repetición de imágenes por el ojo derecho, adelgazamiento extremo e irregularidades de las córneas (ectasia) con islas de depresión, protuberancias, dilataciones, e imposibilidad de acomodación de lentes de contacto; todo lo cual la dejó en un estado peor al que estaba antes de practicarse la operación, al punto de haber perdido la visión casi por completo; lo que le impidió volver a trabajar y le causó graves padecimientos psicológicos.

Según el fallo de segunda instancia, «si bien se presentó el fallido restablecimiento o mejoramiento ocular de la paciente, sin embargo no llega a presentarse nítidamente que se hubiese producido el daño. La paciente padecía desde años atrás de esa alta miopía y la cirugía lo que pretendió fue el mejoramiento ocular, sin que se hubiese producido el resultado esperado, empero no por acción u omisión del médico, quien como se demuestra, obró con de acuerdo con los procedimientos conocidos en el momento, intervino con lo

que la ciencia del arte de esa época permita como mejor solución a ese alto defecto». [Folios 408-709, cuad. Tribunal]

La inconsistencia del razonamiento del sentenciador *ad quem* es evidente, puesto que confundió el elemento que estaba analizando, el daño, con la supuesta prudencia que tuvo el médico al obrar “*de acuerdo con los procedimientos conocidos en el momento*”, lo cual es un tema propio de la culpa y no del daño.

El daño en la responsabilidad civil es el menoscabo o lesión que sufre un bien jurídicamente tutelado por el derecho civil y susceptible de indemnización. El solo hecho de que la cirugía refractiva produjo la disminución de las facultades visuales de la actora es indicativo de la existencia del daño. Si tal daño es imputable o no al demandado y si éste obró con culpa o con prudencia, son asuntos distintos que el tribunal no supo diferenciar.

Quedó demostrado, en cambio, que el resultado esperado con la cirugía fue fallido, como lo corroboraron las distintas pruebas recopiladas en el proceso; entre las cuales se encuentra el concepto de expertos en optometría y el resultado de la junta de calificación de invalidez, que afirmaron que la operación que se realizó a la paciente ocasionó graves daños a sus córneas, tales como exagerado aplanamiento, irregularidades centrales de ablación, asimetría e irregularidad de la superficie corneal con áreas de gran curvatura, hipocorrección bilateral, astigmatismo miópico y visión doble.

No está sujeto a discusión que la paciente padecía de un alto grado de miopía desde hacía varios años. Precisamente por ello acudió al oftalmólogo para corregirla, de lo contrario no se hubiera sometido a la cirugía de lasik. Pero el daño que se le imputa al demandado no es la miopía de la actora, sino las consecuencias lesivas que le produjo una cirugía mal practicada, en contra de los estándares de la profesión y

sin tener en cuenta los riesgos a los que estaba sometida la paciente, que impedían la realización de la operación.

Ahora bien, todos esos elementos de conocimiento no le parecieron al tribunal pruebas suficientes de la “nitidez” del daño; con lo que se apartó de los estándares probatorios del proceso civil, que no requieren “plena prueba”, ni resultados nítidos o ciertos, sino probables; y tal probabilidad quedó suficientemente corroborada, como se explicó con anterioridad.

Respecto de la “relación de causalidad” entre el daño sufrido por la paciente y el procedimiento quirúrgico que el demandado le practicó, obra en el expediente un certificado de optómetra en el que consta que la disminución considerable de sus facultades visuales fue consecuencia *“secundaria a la cirugía refractiva”*.

De igual modo, consta en la historia clínica el resumen elaborado por la doctora María Clara Arbeláez, en el que informó que la paciente sufrió una hipocorrección bilateral en la cirugía de lasik a la que fue sometida, por lo que se hacía necesario el implante de lentes de contactos duros, para mejorar su visión.

Asimismo, el concepto del doctor Héctor David Rodríguez Gaitán fue enfático en afirmar que la intolerancia a los lentes de contacto y las secuelas en la visión de la paciente se debieron a una variación (aplanamiento) en la curvatura de la córnea. *“Esta variación de la curvatura de la córnea es el resultado del procedimiento de la cirugía refractiva LASIK, en la cual se busca un aplanamiento de la porción central de la córnea que es directamente proporcional a la magnitud del defecto que se va a corregir, es decir cuanto más alta sea la miopía mayor va a ser el aplanamiento de la córnea”*.

Es decir que el médico demandado no calculó correctamente el procedimiento y aplanó demasiado la

córnea de la paciente, lo cual le ocasionó las lesiones por las cuales lo demandó.

También el dictamen de la junta de calificación de invalidez concluyó que el origen del daño fue el *“aplanamiento inducido de córnea, cataratas posquirúrgicas, astigmatismo y diplopía”*.

Estas pruebas, junto con los indicios que corroboran que el estado de visión de la paciente empeoró con la cirugía que le practicó el demandado, son suficientes para tener por demostrados el daño y su correlación de imputación con la conducta del agente. Luego, no se comprende cómo es posible que el tribunal no haya visto la prueba “del daño” y de la “relación de causalidad” entre éste y la cirugía que se practicó a la paciente.

En lo que respecta a la culpa, hay pruebas suficientes que corroboran que la intervención del médico en la cirugía fue imperita, pues calculó mal el procedimiento y se excedió en el aplanamiento de la córnea.

La culpa profesional no se limita a la negligencia o imprudencia por apartarse de los estándares establecidos por la respectiva profesión u oficio; también consiste en la falta de destreza para realizar con eficacia la labor encomendada. Aun con estricta observancia de la *lex artis*, el profesional puede no ser tan hábil en el manejo y uso de sus bártulos.

De manera que la falta de maestría en el dominio de los instrumentos o utensilios es indicativa de la ausencia de pericia en el arte médico, dado que los daños que con tal desacierto se produjeron no son imputables a las condiciones fisiológicas preexistentes de la paciente, ni fueron “inherentes” a la cirugía, o un desenlace fatal e inevitable de un procedimiento bien practicado; ni se debieron a una causa extraña o a la injerencia del azar. Simplemente, fueron el resultado de una operación mal

realizada, y sobre ello existe suficiente ilustración en el acervo probatorio.

Todos los requisitos de la responsabilidad civil quedaron demostrados. Luego, si el tribunal no los vio no fue por falta de pruebas, sino porque no valoró el significado de los elementos de conocimiento aportados al proceso.

Por su parte, la sentencia de la Corte perdió su rumbo al adentrarse en una variedad de consideraciones impertinentes en materia probatoria, al desconocer los postulados fundamentales de la responsabilidad por mala praxis médica, y al dar mayor importancia a disquisiciones sobre el incumplimiento de unos requisitos de “técnica de casación” de dudosas bases conceptuales que opacaron lo esencial en un caso de fácil resolución en el que se demostraron todos los elementos estructurales del tipo de acción demandada.

3. En todo caso, la sentencia de casación reconoció que no hay prueba del consentimiento informado que el médico debió solicitar a la paciente luego de explicarle los riesgos y efectos adversos que podían derivarse de la cirugía [folio 46]; lo que cambia la situación con relación a la imputación de los daños derivados de esos riesgos, como se explica a continuación.

Al final del fallo de casación se afirmó que *«resulta intrascendente entrar a dilucidar el incumplimiento del deber de información a cargo del médico de modo que pueda confirmarse que el consentimiento que con antelación a las intervenciones quirúrgicas obtuvo de la paciente y demandante no fue el producto de la decisión de ésta, libre consciente y con pleno conocimiento de las consecuencias, esto es un consentimiento informado. Y es intrascendente si se tiene en cuenta que el daño que se reclama tiene una causa perfectamente determinada en la demanda: las cirugías y no la ausencia de consentimiento informado.*

Lo anterior tiene un basamento fuerte y es la ausencia de nexo causal entre la violación del deber de la información y la lesión corporal padecida. Es que el interés jurídico tutelado cuando se requiere que el paciente dé asentimiento a la práctica quirúrgica previa información suficiente que ha obtenido de la misma y de otros pormenores según lo dicho, radica en la protección de derechos constitucionales fundamentales (autonomía, libertad y dignidad humana) y no propiamente la evitación de un perjuicio que, con información o sin ella, puede llegar a materializarse como secuela de la intervención quirúrgica que comporta riesgos». [f.f. 46 y 47]

La anterior afirmación envuelve varias falacias y contradicciones que invalidan el razonamiento jurídico.

i) En primer lugar, considero que no es posible afirmar que la ausencia de consentimiento informado es intrascendente en los casos de responsabilidad médica, sobre todo después de haber admitido que con el consentimiento informado se busca proteger bienes de relevancia constitucional como la autonomía, la libertad y la dignidad humana.

La contradicción es evidente si se tiene en cuenta que la ausencia de consentimiento informado lesiona bienes jurídicos de superior raigambre que están protegidos por el derecho de la responsabilidad civil porque son categorías autónomas constitutivas de daños a los bienes personalísimos de carácter constitucional.

La conclusión que se imponía era diametralmente opuesta a la que adoptó la Sala: la falta de consentimiento informado genera *per se* un daño a un bien jurídico tutelado por el ordenamiento civil, por lo que constituye un daño autónomo que debe ser indemnizado.

Por ello, no es admisible exigir la prueba del “nexo causal” entre la falta de consentimiento y los daños derivados de la culpa médica, pues los bienes jurídicos que se tutelan con la exigencia del consentimiento son distintos a la salud y la vida del paciente, como lo

reconoció el mismo fallo de casación; de ahí la incoherencia de tal planteamiento. Si el mismo fallo admitió que el bien jurídico tutelado no es la integridad personal, entonces es manifiestamente absurdo exigir la prueba de la “relación causal” entre la falta de consentimiento informado y los daños a la integridad física y moral del paciente.

El consentimiento informado que se obtiene del paciente es un requisito que debe cumplir el médico y, por tanto, su ausencia constituye un factor de culpa respecto de la lesión a la libertad y autonomía del paciente; por lo que su sola violación genera responsabilidad civil, sin que se requiera demostrar una “relación causal” entre la falta de consentimiento del paciente y el daño derivado de la infracción de los estándares de la *lex artis medicorum*, pues la culpa médica por mala praxis lesiona bienes jurídicos distintos.

Exigir la prueba de la “relación causal” entre la falta de consentimiento del paciente y los daños que sufre en su integridad física es, en suma, una falacia de atinencia, específicamente la de “causa falsa” (*non causa per causam*).

ii) Ahora bien, en lo que respecta a la indemnización de los daños jurídicamente atribuibles a la culpa médica, es inadmisibile pedir la prueba del nexo causal entre tales resultados y la ausencia del consentimiento informado, pues las omisiones o abstenciones no causan nada en términos naturalistas.

Suponer que puede haber un “nexo causal” entre el consentimiento informado del paciente -o su ausencia- y las lesiones a la salud o integridad física del paciente significa incurrir en la falacia denominada “*post hoc ergo propter hoc*”; que consiste en creer que un acontecimiento es causa de otro simplemente porque se observa que el primero es anterior al segundo.

En el flujo de acontecimientos y de condiciones no causales que influyen en los daños a la vida o la salud del paciente,¹ se observa un orden temporal en el que primero se brinda o se deja de ofrecer la información sobre el estado del riesgo que entraña el procedimiento médico, después ocurre el acto u omisión médica y, finalmente, sucede el resultado esperado o un efecto adverso. Pero ello no quiere decir que entre esas condiciones existan o deban existir “relaciones causales”.

La única relación causal que puede presentarse entre esos sucesos se da entre una acción imprudente o imperita del médico y el evento adverso, pero jamás entre una omisión o inactividad y ese resultado.

Mas, en ningún caso hay o puede haber un “nexo causal” entre el consentimiento informado (o su ausencia) y la consecuencia lesiva cuya indemnización se reclama; lo cual es muy fácil de demostrar al realizar un análisis contrafáctico de causalidad.

En efecto, si la información que se brinda (o se deja de ofrecer) al paciente antes de la cirugía pudiera incidir causalmente en el daño padecido, se presentaría, por lo menos, una situación hipotética en la que, al eliminar imaginariamente esa condición del flujo de acontecimientos intervinientes, desaparecería de modo necesario el resultado lesivo aunque subsistan las demás causas que confluyeron en él. En ello consiste el test *sine qua non*, que sólo es apto para identificar causas necesarias.

Pero lo que se observa es que esa situación hipotética no podría ocurrir jamás porque en todos los casos los daños se presentarían o dejarían de presentarse con o sin la información que el paciente tenga acerca de

¹ Las manifestaciones funcionales del organismo humano actuando sobre sí mismo, la retroalimentación sistémica, los procesos dialécticos, la generación estocástica o no-lineal de procesos irreversibles alejados del equilibrio y las omisiones con relevancia jurídica, son algunas de las muchas formas de determinación sin causación que se dan en la realidad.

los riesgos que comporta el procedimiento médico: si se elimina imaginariamente el suministro de información al paciente sobre los riesgos que implica el procedimiento al que será sometido, el daño puede producirse de todas maneras, porque las lesiones a su integridad física no derivan de la falta de información sino de la conducta culposa del facultativo, de las condiciones fisiológicas u orgánicas del paciente, o de un factor externo a las posibilidades de decisión de ambos.

Justamente eso fue lo que ocurrió en el caso que se examina, en el que el empeoramiento de la visión de la actora se produjo por el aplanamiento excesivo que de su córnea hizo el oftalmólogo, lo cual se habría producido igualmente con o sin la información sobre los riesgos de la cirugía.

El resultado lesivo, en síntesis, se habría presentado independientemente de la información con la que contara la paciente sobre las secuelas de la intervención médica; o, lo que es lo mismo, la información que una persona almacena en su cerebro no tiene la aptitud de incidir “causalmente” en un resultado de la naturaleza, a menos que esos pensamientos se concreten en acciones materiales.²

De ahí que la falta del consentimiento informado es una circunstancia colateral que puede o no presentarse junto con el flujo causal desencadenante del daño, pero no tiene ninguna incidencia en el mismo.

La ausencia de información sobre los riesgos que implica la cirugía es una “variable exógena”, cuya evolución es independiente de las variables (de estado y de flujo) del resto del sistema; que en el caso concreto está conformado por todas las condiciones jurídicamente relevantes que permiten atribuir responsabilidad.

² Únicamente los canales materiales producen variaciones causales; los canales de información jamás tienen incidencia causal, aunque sí pueden ser valorados como condiciones jurídicamente relevantes en un proceso de imputación.

De manera rotunda, puede afirmarse que entre el consentimiento informado o su ausencia y los daños que sufre el paciente con ocasión de la deficiente prestación del servicio de salud, no hay ni puede haber ningún “nexo de causalidad”; porque no es lo que el paciente diga o escriba en un formulario lo que tiene la aptitud de generarle un daño, sino la conducta del profesional.

Precisamente por ello, la queja de la demandante consistió en que no se le dio la oportunidad de impedir el flujo de acontecimientos que ocasionaron el daño, pues de haber sabido el alto riesgo que suponía la cirugía, no se habría sometido a ella. De haber contado con información suficiente e idónea, la actora habría podido evitar exponerse a un riesgo innecesario. Pero esa *falta* de intervención causal es, justamente, lo máximo a lo que hubiera podido dar lugar la información suministrada; jamás a una “relación causal” entre tal omisión y el daño padecido.

Una cosa distinta es que los daños puedan atribuirse jurídicamente (imputarse) al incumplimiento del deber de brindar al paciente la información suficiente sobre la creación de los riesgos que entraña el procedimiento médico, pero ello es una situación absolutamente distinta de la “relación causal”, como se explica a continuación.

iii) Con la exigencia del consentimiento informado, se busca que el paciente tenga la posibilidad de elegir sobre la asunción de los riesgos que aparea el tratamiento o procedimiento médico: si el paciente conoce y admite los riesgos inherentes a la intervención médica, entonces asume “como suyos” los daños derivados de ese riesgo, lo cual supone, naturalmente, que esté en posibilidad material de comprender la información y de brindar el consentimiento; lo que no ocurriría, por ejemplo, si se encuentra en estado de inconsciencia.

Pero cuando el paciente está en imposibilidad material de brindar su consentimiento libre e informado y la intervención del médico es necesaria para la recuperación de la salud de aquél, no es posible responsabilizar al profesional por los daños que no se derivan de su culpa sino de las condiciones inherentes al procedimiento requerido para la conservación de la vitalidad de su paciente.

Hay que tener presente que la incidencia del consentimiento informado se circunscribe a la asignación de los riesgos inherentes o colaterales al acto médico prudente y estandarizado según el conocimiento científico afianzado. Pero si no se trata de un riesgo propio de la intervención, sino de uno creado con la conducta culpable del facultativo, todas las alusiones a la ausencia de consentimiento informado se tornan innecesarias cuando la culpa médica es el factor jurídico relevante en la generación de los perjuicios.

Además de tutelar el derecho a la información como categoría autónoma cuya violación amerita ser indemnizada, la ausencia del consentimiento cumple una función como factor jurídico de atribución del resultado lesivo al médico que cercena al paciente la posibilidad de elegir sobre el destino de su propia vida.

La relevancia de la figura del consentimiento informado respecto de los bienes jurídicos relacionados con la vida e integridad física del paciente consiste en que éste pudo advertir la existencia de opciones diferentes en el tratamiento a seguir, o que conoció los riesgos y beneficios de las alternativas con las que contaba; por lo que la negación de esas opciones implica para el médico que violó el derecho a la información no sólo la obligación de indemnizar el menoscabo de ese derecho superior sino, además, la asunción de los riesgos derivados de su conducta activa u omisiva, independientemente de que ésta sea culpable o no. Desde luego que la asunción del riesgo entraña la posibilidad de eximirse de

responsabilidad con la prueba de un factor material o jurídico ajeno a sus posibilidades de decisión, como la “causa extraña” o las condiciones fisiológicas del organismo del paciente.

El profesional de la medicina que no informa a su paciente sobre los riesgos inherentes al procedimiento médico asume tales riesgos como suyos, con independencia de si el procedimiento es necesario o no para la recuperación de la vitalidad del paciente (siempre que éste tenga la posibilidad material de comprender las implicaciones de la información suministrada); porque la asunción de los riesgos no depende de la necesidad del procedimiento o tratamiento sino de la posibilidad que tiene el paciente de decidir sobre su propio destino.

Aunque el procedimiento médico fuere necesario para la preservación de la vida, sólo el titular del bien máspreciado está facultado para disponer sobre él, por lo que el ordenamiento le garantiza poder decidir si asume las posibles secuelas de la intervención médica o si escoge no soportarlas a pesar de las consecuencias adversas que comporte tal elección.

La violación del consentimiento informado (que se probó en el proceso según se admitió en la sentencia de casación) cumple, entonces, dos funciones distintas en el instituto de la responsabilidad médica: *i)* respecto del daño al bien jurídico superior del derecho a la información, es un perjuicio autónomo que amerita *per se* una indemnización; y, *ii)* con relación a los daños a la salud o integridad física del paciente, es un factor jurídico de atribución de esos perjuicios a la conducta del médico cuando éste le cercena la posibilidad de decidir libremente sobre el destino de su existencia.

En ninguno de esos casos hay que entrar en consideraciones sobre la “culpa” médica por infringir los deberes profesionales de prudencia según los estándares de la *lex artis ad hoc*, porque la infracción de tales deberes no tiene ninguna correlación jurídica con el cumplimiento del

deber de información. Se trata, en suma, de dos relaciones jurídicas diferentes.

En ese orden, el médico es civilmente responsable por los daños producidos a la integridad física del paciente cuando le cercena la posibilidad de decidir sobre la asunción de los riesgos inherentes a la intervención médica, independientemente de que su conducta sea culpable o no, o de que el procedimiento médico sea necesario o no para la recuperación de la vitalidad del paciente. De igual modo, es responsable si se demuestra que su conducta culposa fue el factor jurídicamente determinante del resultado adverso, con independencia de cualquier consideración sobre el consentimiento brindado por el paciente. La independencia de ambos procesos de imputación es indicativa de la ausencia de causalidad entre sus condicionantes.

Mas, en ningún caso es admisible exigir la prueba del “nexo causal” entre la “ausencia del consentimiento” y los daños sufridos por el paciente, por las razones que se explicaron con anterioridad.

4. La sentencia del tribunal, en suma, tenía que ser casada por esta Corte para, en su remplazo, condenar al demandado por los daños que ocasionó a la actora, toda vez que quedaron demostrados todos los elementos de la responsabilidad que se demandó.

De los Señores Magistrados,


ARIEL SALAZAR RAMÍREZ
Magistrado