

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACION CIVIL

Magistrado Ponente
Dr. JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ

Bogotá, D. C., treinta (30) de enero de dos mil uno (2001)

Referencia: Expediente No. 5507

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, de 6 de octubre de 1994, mediante la cual se definió la segunda instancia del proceso ordinario promovido por Eduardo Afanador Salomón y Alba Luz Gordillo Hernández, en nombre propio y en representación de sus hijas María Juliana y Luisa María Afanador Gordillo, contra José Antonio Rivas Correa.

ANTECEDENTES

1. Los citados demandantes pretendieron que se declarara que el demandado incumplió el contrato de prestación de servicios profesionales celebrado con

Eduardo Afanador Salomón, *"al dar lugar al accidente que ocasionó la ruptura del tímpano del oído izquierdo"* del paciente, durante la intervención quirúrgica contratada. Además, se impetró declarar que como consecuencia de dicho accidente, el señor Afanador *"sufre una permanente disminución de la capacidad auditiva de su oído izquierdo y padece la dolencia conocida como síndrome de tinnitus que han determinado la disminución de su capacidad de trabajo"*. Consecuentemente el señor Eduardo Afanador Salomón reclamó que el demandado fuera condenado a indemnizarle los perjuicios económicos ocasionados, así como el daño moral, derivado del dolor y la tristeza que le origina el verse disminuido en su capacidad auditiva y laboral.

Los otros demandantes, pretendieron a título de responsabilidad civil extracontractual la indemnización del daño moral por la aflicción sufrida al ver a su cónyuge y padre, afectado física y psicológicamente.

2. Los demandantes invocaron como causa de lo pretendido los siguientes hechos:

2.1. El 20 de octubre de 1987, Eduardo Afanador asistió por primera vez al consultorio de José Antonio Rivas, médico especialista en otología (oídos). El motivo de la consulta, dice la historia clínica que aparece en

el computador del centro médico, fue: "*Consulta por presentar sensación de oído derecho tapado de mes y medio de evolución. Hipoacusia izquierda leve. Rinorrea carraspeo obstrucción nasal con escurrimiento posterior*". En la historia clínica se anotó con 2 equis (XX) que al asistir por primera vez a consulta el oído mejor era el izquierdo.

2.2. La impresión diagnóstica consignada en la historia clínica fue: "*1.) Desviación septal izquierda. 2.) Exostosis cae (conducto auditivo externo) bilateral. y 3.) Sinusitis maxilar bilateral*". Según la historia clínica, el corolario de la impresión diagnóstica fue: "*Orden médica de la 1a. vez. Senos paranasales y tórax. Estudio alérgico infeccioso y prequirúrgicos. Requiere extirpación exostosis CAE (conducto auditivo externo) bil. (bilateral). Control con resultados*".

2.3. El 18 de noviembre de 1987, el paciente vuelve al Centro para un primer control, con los resultados de los exámenes prequirúrgicos ordenados, que según la historia clínica se refiere a un preanestésico - paciente ASA 1.

2.4. El 25 de noviembre de 1987, Eduardo Afanador es intervenido quirúrgicamente en el Hospital Militar. Dice la historia clínica: "*En la fecha se practica extirpación exostosis conducto auditivo externo*

bilateralmente. Ampliación del conducto con fresa visualizándose la membrana timpánica, reposición de la piel del conducto bilateralmente". La historia clínica N° 404586 del Hospital Militar es coincidente con la historia clínica del consultorio particular del cirujano demandado.

2.5. El primero de diciembre el paciente regresa a control. Según la historia clínica evoluciona satisfactoriamente. Esta indica que el 14 de diciembre el paciente *"relata sensación de oído izquierdo tapado. Con tinnitus. Otoscopia izq. membrana timpánica perforada. Otoscopia der. normal"*.

2.6. El día de la intervención quirúrgica no se anotó en la historia clínica que el paciente tuviera roto el tímpano izquierdo. Dicho tímpano aparece perforado el 14 de diciembre según reporta la historia clínica. Por lo tanto, la perforación ocurrió durante la intervención quirúrgica.

2.7. Dice la historia clínica del control efectuado el 20 de enero de 1988: *"Continúa con tinnitus oído izquierdo. Otoscopia izquierda descamación epitelial, membrana timpánica perforada. Se coloca papel de cigarrillo en perf. Otoscopia derecha normal"*. Y a continuación: *"Se recomienda miringoplastia izquierda. Exámenes prequirúrgicos. Control con resultados"*. El 10 de marzo *"se practicó miringoplastia izquierda colocándose*

injerto de aponeurosis por debajo del resto timpánico y sostenido con Belfoam prensado y seco”.

2.8. La miringoplastia izquierda, o sea la intervención quirúrgica para reconstruir la membrana timpánica izquierda, perforada durante la intervención quirúrgica del 25 de noviembre de 1988, fue realizada por el demandado sin ningún costo por concepto de servicios profesionales como cirujano.

2.9. Según la historia clínica, el 5 de abril de 1988, el paciente presentaba el siguiente cuadro: *“Asintomático. Otoscopia izquierda neotímpano íntegro”*. En mayo 19: *“relata continúa presentando tinnitus oído izquierdo”*. La historia clínica concluye así: *“Otoscopia izquierda neotímpano íntegro con microgranulaciones en porción postero inferior de membrana timpánica se cauterizan con nitrato de plata. Se prueba audífono AM 120 PPT en oído izquierdo con lo cual relata mejora ruido y audición”*. Y luego: *“Se instauro tratamiento médico. Se recomienda evaluación de audífono para oído izquierdo para mejorar audición y que disminuya el tinnitus. Control abierto”*.

2.10. En diligencia llevada a cabo en el Juzgado 31 Civil del Circuito de Bogotá, el 26 de febrero de 1990, el demandado aceptó que la historia clínica que se le

puso de presente es una copia de la original que reposa en el Centro Médico Otológico.

2.11. De acuerdo con lo expuesto, durante la intervención quirúrgica se le rompió el tímpano a Eduardo Afanador. Luego apareció el tinnitus. No hay duda de que la causa de tal síndrome en el oído izquierdo fue el accidente quirúrgico relatado.

2.12. En el tratamiento del síndrome denominado tinnitus, es poco lo que se ha avanzado. Quien lo padece debe soportar un perenne tintineo, por lo que muchas veces los pacientes se someten a tratamiento psiquiátrico, por cuanto pierden su capacidad de trabajo y su estabilidad psicológica, convirtiéndose en personas de muy mal genio.

2.13. Hasta antes de la intervención quirúrgica, Eduardo Afanador presentaba una tendencia ascendente en su actividad económica. Dicha tendencia desapareció a partir y como consecuencia del error quirúrgico cometido por el demandado. Además, la vida familiar y personal de Eduardo Afanador se han visto afectadas por el desequilibrio psicológico que éste ha experimentado como consecuencia directa del síndrome de tinnitus, pues no ha podido desarrollar su trabajo de

ingeniero agrónomo con la eficiencia y el éxito que lo hacía antes del accidente quirúrgico.

2.14. Del matrimonio contraído por Eduardo Afanador y Alba Luz Gordillo, nacieron 2 niñas: María Juliana y Luisa María. Esposa e hijas han visto deteriorar la calidad de la relación afectiva que cada una de ellas mantiene con Eduardo Afanador.

3. Al responder la demanda, el demandado aceptó unos hechos, negó otros, e hizo precisiones respecto de los demás, afirmando que en la intervención llevada a cabo el 25 de noviembre de 1987, no se presentó accidente quirúrgico alguno, que las transcripciones hechas en la demanda fueron tomadas, no de la historia clínica del paciente, sino de un resumen de ella, y que Eduardo Afanador acudió a controles posteriores, distintos a aquél que la demanda menciona como último.

4. El Juzgado 19 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante sentencia de 26 de octubre de 1993, negó las pretensiones de la demanda.

Por sentencia de 6 de octubre de 1994, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, confirmó en todas sus partes la sentencia del a quo, al

resolver el recurso de apelación propuesto por la parte demandante.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Luego de referirse a los antecedentes del caso, anota el Tribunal que las obligaciones que competen a médicos y clínicas son de medio. Seguidamente dice que la distinción entre éstas y las de resultado, ha servido a la jurisprudencia prevalente en el campo de la responsabilidad contractual, para imponer al acreedor de la primera la carga de demostrar que el deudor no fue cuidadoso o diligente. De ahí entonces, que en caso de reclamación el paciente debe probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar la ausencia de curación, puesto que aquélla no se presume.

Luego expone la sentencia:

"No obstante, algún sector de la doctrina afirma que la legislación civil colombiana no permite acudir a la diferencia anterior, de estirpe francesa, con el argumento de que esa ella (sic.) no contempla el sistema tripartito de la culpa, ni prevé que la inejecución de un contrato presume la culpa del deudor, como sí sucede en aquella. Perspectiva de la cual se concluye que en nuestro régimen, establecida la inejecución de las obligaciones

nacidas de un contrato, el deudor debe acreditar que el incumplimiento le es inimputable por causa de fuerza mayor o, si se obligó a realizar una serie de actos, que obró con la diligencia y cuidado -ausencia de culpa- necesarios según la utilidad o beneficios buscados con la negociación, en los términos del artículo 1604 del Código Civil, independientemente si su prestación era de medio o de resultado (Arts. 1604, 1730 y 1757 ejusdem).

"De donde, en tratándose de responsabilidad contractual, el médico tiene a su cargo demostrar que actuó con el conocimiento suficiente y con el cuidado y diligencia sumo con el que otro en su lugar, versado en la misma ciencia, hubiese responsablemente actuado en igualdad de circunstancias. O, lo que es lo mismo, que el médico tiene que probar la idoneidad del tratamiento que prescribió al paciente o de la intervención que practicó" (La Responsabilidad Civil Médica, Felipe Vallejo García. Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia N°s 300-301).

"La Sala acoge la segunda de las tesis expuestas, ya que el artículo 1137 del Código Civil Francés, del que emana el concepto de obligaciones de medio y de resultado, no fue reproducido en el correspondiente al colombiano y en cambio en éste, a diferencia de aquél, en el citado 1604 estatuye la responsabilidad del deudor de

acuerdo con la especie de culpa establecida en proporción a la utilidad que a su favor surge del contrato, y determina que la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo.

"El daño es la innegable fuente de la relación imperativa de resarcir, ya provenga de la violación de deberes genéricos de conducta o emane de obligaciones específicas impuestas por un negocio jurídico. Y si acaece lo segundo de inmediato aparece la necesidad de ameritar la existencia del negocio entre demandante y demandado, su legalidad y la causalidad del daño con la conducta del último, la cual de entrada ha de suponerse descuidada".

A juicio del Tribunal, aparece demostrado en el proceso que la dolencia auditiva del demandante no obedece a culpa contractual del demandado. Al respecto anota:

El 25 de noviembre de 1987, el galeno José Antonio Rivas efectuó en el demandante una meatoplastia bilateral con fresado de la exostosis bilateral. En la historia clínica se consignó que se habían ampliado con fresa los conductos auditivos externos de ambos oídos, sin complicaciones, visualizándose la membrana timpánica, reposición de la piel del conducto bilateralmente.

El 14 de diciembre Eduardo Afanador relató la sensación de tener tapado el oído izquierdo con tinnitus, encontrándose, previa otoscopia, perforada la membrana timpánica de ese oído. Como la dolencia continuó, el demandado practicó una miringoplastia izquierda colocándose injerto de aponeurosis por debajo del resto timpánico y sostenido con Belfoam prensado y seco. Dada la persistencia de la dolencia, se prescribió el uso de audífono.

Para el Tribunal es claro que los profesionales que intervinieron en la inicial operación quirúrgica coinciden todos con el médico José Antonio Rivas, por lo que no puede concluirse que la ruptura de la membrana timpánica del oído izquierdo se produjo por el fresado de la exostosis, como se alega en la demanda.

Para tal efecto se refiere así a la prueba testimonial:

"Carmen Lucía Bermúdez Rubiano - instrumentadora-, César Alfonso Ortiz Benalcázar - anesthesiólogo-, Norberto Gabriel Diazgranados -médico residente del Hospital Militar y segundo ayudante en la cirugía- y Ernesto Correa -primer ayudante-, son contestes en afirmar que la intervención quirúrgica a que se alude fue cumplida con el éxito esperado y que en esa oportunidad,

no después, se constató por intermedio de un ´visor lateral´ que la membrana timpánica del oído izquierdo no había sufrido lesión alguna”.

Luego afirma:

“Carmen Lucía Bermúdez Rubiano y César Alfonso Ortiz Benalcázar fueron tachados como testigos sospechosos, por relaciones laborales con el demandado. La del segundo no es evidente y en cambio si lo es en relación con la primera. Empero, en atención a los relatos coincidentes de estos declarantes con los demás y con lo que expresa la historia clínica, no impugnada por los demandantes, la firmeza circunstancial del dicho de todos, su especializada experiencia profesional y la cabal concordancia de sus opiniones con la pericial que obra en autos en torno a las posibles causas de la dolencia -tinnitus- que sufre el demandante, no hay elementos de juicio para desechar el testimonio de los citados Carmen Lucía Bermúdez Rubiano y César Alfonso Ortiz Belalcázar, pero tampoco los de los restantes deponentes”.

Además, el médico Miguel Humberto Parra Pinto, quien elaboró la historia clínica de Eduardo Afanador, *“resalta la alergia de éste originada al leer la prensa, que le producía ´rinorrea o sea salida de moco y estornudos´ y en una ´sinusitis maxilar bilateral´, recuerda, siguiendo la*

historia, que el 9 de diciembre de 1987 aquél le comentó que 'sentía un poco tapado el oído izquierdo', lo que pone en duda la afirmación según la cual ese comentario había sido hecho por lo menos dos días después de la intervención quirúrgica, y opina que el procedimiento de la segunda operación fue el indicado para corregir la membrana timpánica".

Con todo, la sentencia advierte que los miembros de la Sala no tienen los conocimientos indispensables para hacer un juicio de valor sobre la técnica quirúrgica empleada, la incidencia de la distancia entre el punto de actividad de la fresa y la membrana timpánica, la bondad del material de la fresa, la predisponibilidad del paciente a sufrir tinnitus, la enorme velocidad de la fresa, ni, en fin, sobre las diversas causas que pueden originar la dolencia de Eduardo Afanador. *"Por tanto -dice- si el libelo descansa en un accidente quirúrgico en el oído izquierdo de Eduardo Afanador Salomón, constituido en la ruptura de su membrana timpánica, que tal equivale a su primera pretensión, cuyo acaecimiento descarta la sala, por contera no son de recibo las pretensiones consecuenciales o las declaraciones relativas a la disminución auditiva del oído izquierdo de Eduardo Afanador Salomón, a su 'dolencia conocida como síndrome de tinnitus' y a los perjuicios económicos y morales que en la demanda se relatan.*

"No se olvida que el perito clínico forense del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses estima como probable, entre otras causas postoperatorias, que la 'ruptura de la membrana timpánica se hubiera perforado durante el procedimiento quirúrgico', lo cual entiende como un riesgo inherente a la operación a que fue sometido Eduardo Afanador en razón de que ella 'imposibilita una adecuada visualización por la obstrucción... que produce y la estrechez del campo operatorio'.

*"El criterio científico anterior no se opone al dicho de los testigos antes mencionados, pues con posterioridad se complementó en el sentido que 'la membrana timpánica del oído se puede apreciar después de retirarla **exostosis** que produce obstrucción del conducto auditivo externo, que además de la obstrucción mecánica impide apreciar el tímpano, en el preoperatorio, pero una vez realizada la cirugía en el mismo acto quirúrgico se observa dicha membrana, lo cual debe hacerse para apreciar su integridad'. Desde luego, a estas circunstancias postoperatorias se refirieron los aludidos deponentes".*

LA DEMANDA DE CASACIÓN

1. En el único cargo formulado, con apoyo en la causal primera de casación, se denuncia la sentencia compendiada por haber quebrantado indirectamente, por

falta de aplicación, los artículos 288, 306, 1505, 1602 a 1604, 1613 a 1615, 2341 y 2342 del Código Civil, y por violación medio, los artículos 177 y 179 del Código de Procedimiento Civil, como consecuencia de errores de hecho y de derecho en "*materia probatoria*".

2. Con relación a los errores de facto, el censor los concreta en las pruebas que a continuación se singularizan:

2.1. Se omitió apreciar la confesión contenida en la contestación al hecho séptimo de la demanda y lo consignado sobre el particular en la audiencia de conciliación, en cuanto era "*cierto*" que el 25 de noviembre de 1987 se practicó a Eduardo Afanador Salomón, sin ningún tipo de complicación y utilizando "*una fresa de diamante con un material sintético que protege el remanente de la piel y el tímpano de posibles rupturas*", "*extirpación exostosis conducto auditivo externo bilateralmente. Ampliación del conducto con fresa visualizándose la membrana timpánica, reposición de la piel del conducto bilateralmente*" (folios 39, 89 y 100, C-1).

En la comprobación del error, el recurrente sostiene que nadie discute si era buena o mala, adecuada o inadecuada la técnica empleada, como para que el Tribunal hubiese dicho que no tenía los "*conocimientos*

indispensables para hacer un juicio de valor” sobre el particular”. Lo que se reprocha es no haber visto en esos hechos que el empleo de “una fresa de diamante girando a miles de revoluciones por minuto, en un conducto estrecho y corto, que termina con una membrana muy sensible, como es el tímpano, es un procedimiento muy riesgo de tocar y romper el tímpano”.

2.2. Se supuso en la demanda el hecho atinente a la velocidad de la fresa, como para que el Tribunal hubiese dicho que no tenía los “*conocimientos indispensables para hacer un juicio de valor... sobre la inmensurable velocidad de la fresa que conduce al riesgo inminente de la ruptura de la membrana timpánica*”, porque lo cierto es que el tema de la fresa fue tratado en el hecho séptimo del libelo, “*pero no de su velocidad*”.

Para demostrar el error el recurrente expresa que “*es indiferente*” el número de revoluciones a que giraba la fresa por minuto. Lo importante es que se trataba de una “*fresa de diamante*”, no por invención de la parte actora, sino porque así se transcribe en la historia clínica y lo manifiesta el demandado al contestar el hecho séptimo de la demanda. Por manera que cualquiera sea la velocidad a que gire la fresa dentro del conducto auditivo, vale decir, a 1000, 2000 o 5000 revoluciones por minuto, debe ser una que permita romper el hueso del cráneo y “*si*

fue capaz de romper el cráneo, obviamente podía con un mínimo roce romper el tímpano”.

2.3. Invención de la prueba acerca de que la *“distancia entre el tímpano y el lugar en donde se amplió el conducto auditivo externo excluía el daño”,* alegaba la *“posibilidad de un daño”* de la *“membrana timpánica”* al confesar el Tribunal su ignorancia sobre que no tenía los *“conocimientos indispensables para hacer un juicio de valor...sobre la incidencia de la distancia entre el punto de actividad de la fresa con la que se realizó -conducto auditivo externo- y la membrana timpánica”.*

De manera que si el Tribunal ignoraba la incidencia de la distancia entre el punto de actividad de la fresa con la que se amplió el conducto auditivo externo y la membrana del tímpano, supuso, entonces, la existencia de la prueba sobre la *“imposibilidad de la existencia del daño”.* En otras palabras, partió de la base de que la prueba sobre el hecho de la distancia no existía y sin embargo declaró que esa *“distancia no probada aleja la posibilidad de la existencia del daño”.*

2.4. Se pretermitió la apreciación del dictamen de medicina legal decretado de oficio por el sentenciador (folios 30-31 y 93-94, C-2), en donde los expertos señalan que entre las diferentes causas del

síndrome de "**tinnitus**", "*se encuentra el rompimiento del tímpano por trauma quirúrgico*".

Si el Tribunal hubiese apreciado la prueba, "*habría concluido que la membrana timpánica puede romperse como consecuencia de un trauma quirúrgico, y que el rompimiento del tímpano puede producir tinnitus, aunque esta no es la única causa, y no que no tenía los conocimientos indispensables para hacer un juicio de valor...sobre las diversas causas que pueden originar la dolencia de Eduardo Afanador Salomón, entre ellas el rompimiento de la membrana timpánica del oído*".

2.5. No se apreció el hecho catorce de la demanda y la confesión contenida en la diligencia de conciliación y fijación de los hechos objeto de controversia, en cuanto una vez se recomendó practicar al demandante Eduardo Afanador Salomón "*miringoplastia izquierda*" (hecho doce), es decir, la "*intervención quirúrgica para reconstruir la membrana izquierda, perforada durante la intervención quirúrgica del 25 de noviembre de 1988 (sic.)*", la intervención la realizó el propio demandado el 10 de marzo de 1988 (hecho trece), "*sin ningún costo por servicios profesionales como cirujano*".

Al desarrollar el error el impugnante manifiesta la "*enorme dificultad que entrañaba probar que*

el rompimiento del tímpano ocurrió durante la cirugía”, pero lo cierto es que lo referente a la gratuidad del servicio quedó acreditado, tal cual se declaró en la diligencia de conciliación y fijación de hechos, así al contestarse el hecho catorce de la demanda se haya dicho, sin explicación alguna, que no era “cierto como está planteado”. La generosidad, concluye, no puede tener sino una causa, esto es, que el que “reparó fue el mismo que rompió”, por lo que la “gratuidad de la miringoplastia viene entonces a convertirse en un indicio necesario de que la ruptura del tímpano fue durante la operación, indicio que corrobora y hace verosímil la confesión de que el tímpano fue perforado en la intervención quirúrgica”.

3. Los errores de derecho, el censor los explica e identifica de la siguiente manera:

3.1. Cuando el juez ignora un hecho que supone conocimientos técnicos, es una obligación suya, que no una facultad, de decretar pruebas de oficio, si lo considera necesario para fallar, tal cual en reiteradas ocasiones lo ha sostenido la Corte.

En el presente caso, si el Tribunal no tenía los conocimientos indispensables sobre la incidencia de la distancia entre el punto de actividad de la fresa con la que se amplió el conducto auditivo externo y la membrana del

tímpano, así como *“sobre la bondad del material de la fresa que rompe huesos pero deja intactos los tejidos blandos, según la tesis de la parte demandada”*, resultaba imperioso decretar de oficio, para llenar su ignorancia, un dictamen pericial en aras de precisar con exactitud no sólo esa distancia, sino también si la *“fresa que se usa para destruir la parte del duro hueso del cráneo que forma el conducto auditivo externo, rompe el cráneo pero deja intactos los tejidos blandos”*. Pero como no lo hizo, es palpable la violación medio del artículo 179 del Código de Procedimiento Civil.

3.2. Respecto de la referida bondad de la fresa, al igual que sobre la *“predisponibilidad del paciente de sufrir de tinnitus”*, son hechos exceptivos propuestos por la parte demandada.

Empero, al no probarse esos hechos, el primero al ser imposible de demostrar por ser contrario a la lógica y el segundo porque Eduardo Afanador Salomón jamás tuvo proclividad a ello, lo correcto era no tenerlos en cuenta para dar por probadas las excepciones y negar las pretensiones de la demanda, pero al obrarse de esa manera se incurrió en transgresión medio del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto el Tribunal invirtió la carga de la prueba, a pesar de haber dicho que no tenía

las conocimientos indispensables para hacer un juicio de valor sobre uno y otro tópico.

4. Si el Tribunal no hubiese incurrido en los errores de hecho y de derecho denunciados, concluye el recurrente, necesariamente, en lugar de absolver, había tenido que declarar no probadas las excepciones y condenado al demandado a resarcir los perjuicios con fundamento en las normas legales que en el campo contractual y extracontractual fueron citadas en el cargo, las cuales resultaron siendo, por rebote, inaplicadas.

CONSIDERACIONES

1. Como aspecto de orden y con el fin de delimitar el problema, debe significarse que la demanda que hubo de dar origen a este proceso propone una acumulación subjetiva de pretensiones: las propuestas por el señor Eduardo Afanador Salomón derivadas del incumplimiento contractual que le imputa al demandado, y las formuladas por los otros demandantes, quienes pretenden la indemnización del daño moral, según dijeron, a título de responsabilidad civil extracontractual, aunque invocando un factum idéntico al del señor Afanador Salomón, con quien manifestaron tener unión matrimonial y vínculos de consanguinidad (hijos), respectivamente.

2. Tratando la responsabilidad civil de los médicos por la prestación del servicio profesional, desde hace algún tiempo, la Corte ha venido predicando que ésta es una responsabilidad que se deduce mediando la demostración de la culpa, independientemente de que la pretensión indemnizatoria tenga una causa contractual o extracontractual. Desde luego, que ésta no ha sido la constante posición de la Corporación, porque, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, en sentencia dictada el 14 de octubre de 1959 (G.J. No. 2217, pág. 759 y s.s.), inmotivadamente se sostuvo como principio general que a la responsabilidad extracontractual del médico era *"aplicable el artículo 2356 del Código Civil por tratarse de actividades peligrosas"*. Además, anteladamente había trabajado el tema bajo el criterio de la presunción de culpa, exactamente en sentencia de 14 de marzo de 1942, donde examinando un caso de responsabilidad civil extracontractual, no obstante hacer todo un análisis probatorio para deducir la falta de prudencia del médico demandado, invocó como fundamento de derecho, entre otros, el artículo 2356 del Código Civil, y remató su estudio diciendo *"el error de diagnóstico o de tratamiento puede disminuir y aún excluir la culpa y la responsabilidad por parte de un médico, cuando se trate de casos que aún permanezcan dentro del campo de la controversia científica, más no, así en aquellos que, como el presente -el mal de rabia- la ciencia médica tiene ya suficientemente estudiados"*

y conocidos, de suerte que ha de presumirse que un facultativo competente y diligente no puede ignorar, en presencia de uno de esos casos, lo que le corresponde hacer para salvar la vida del paciente que a su saber y a su diligencia se confía”.

De otro lado, ya en el punto de la responsabilidad contractual del médico, tampoco puede olvidarse como antecedente doctrinal, así se haya producido extrañamente a propósito de caso diferente (incumplimiento de un contrato de asistencia técnica y financiera para cultivo de tomate), el planteado en la sentencia de casación de 3 de noviembre de 1977, donde la Corte poniendo un ejemplo con ocasión del análisis del requisito de que el daño debía ser consecuencia directa del incumplimiento de la obligación, formuló, por lo menos para el ejemplo, se repite, una inversión de la carga probatoria en el tema de la responsabilidad médica. Dijo la Corte en dicha providencia: *“Esta condición o requisito del daño aparece de suyo en el proceso. Si el paciente fallece, valga de nuevo el ejemplo, y sus herederos afirman que el médico obligado a tratarlo suspendió o disminuyó sus servicios desde determinado momento, no puede exigírseles que demuestren que el fallecimiento de su causante se produjo precisamente por la supresión o disminución del tratamiento. Es el médico a quien corresponde demostrar, ora que sí prestó competentemente*

sus servicios hasta el final, ora que no pudo continuar prestándolos por fuerza mayor o caso fortuito, ora que aún el supuesto de haberlos prestado hasta última hora el paciente hubiera fallecido de todos modos" (G.J. No. 2398, pág. 332). Igualmente la sentencia de 26 de noviembre de 1986 (G.J. No. 2423, págs. 359 y s.s.), donde, con respecto al mismo tema, la Corte presume la culpa para el evento en que se ha asegurado por parte del médico un "*determinado resultado*" y "*no lo obtiene*".

Es en la sentencia de 5 de marzo de 1940 (G.J. t. XLIX, págs. 116 y s.s.), donde la Corte, empieza a esculpir la doctrina de la culpa probada, pues en ella, además de indicar que en este tipo de casos no sólo debe exigirse la demostración de "*la culpa del médico sino también la gravedad*", expresamente descalificó el señalamiento de la actividad médica como "*una empresa de riesgo*", porque una tesis así sería "*inadmisible desde el punto de vista legal y científico*" y haría "*imposible el ejercicio de la profesión*".

Este, que pudiera calificarse como el criterio que por vía de principio general actualmente sostiene la Corte, se reitera en sentencia de 12 de septiembre de 1985 (G.J. No. 2419, págs. 407 y s.s.), afirmándose que "*...el médico tan sólo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo; de*

suerte que en caso de reclamación, éste deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación". Luego en sentencia de 26 de noviembre de 1986 (G.J. No. 2423, págs. 359 y s.s.), se ratificó la doctrina, inclusive invocando la sentencia de 5 de marzo de 1940, pero dejando a salvo, como antes se anotó, en el campo de la responsabilidad contractual, el caso en que en el *"contrato se hubiere asegurado un determinado resultado"* pues *"si no lo obtiene"*, según dice la Corte, *"el médico será culpable y tendrá que indemnizar a la víctima"*, a no ser que logre demostrar alguna causa de *"exoneración"*, agrega la providencia, como la *"fuerza mayor, caso fortuito o culpa de la perjudicada"*. La tesis de la culpa probada la consolidan las sentencias de 8 de mayo de 1990, 12 de julio de 1994 y 8 de septiembre de 1998.

Con relación a la responsabilidad extracontractual del médico, siguiendo los lineamientos del artículo 2341 del C. Civil, la Corte reitera la doctrina sentada el 5 de marzo de 1940, sobre la carga de la prueba de la culpa del médico cuando se trata de deducírsele responsabilidad civil extracontractual por el acto médico defectuoso o inapropiado (medical malpractice, como se dice en USA), descartándose así la aplicabilidad de presunciones de culpa, como las colegidas del artículo 2356 del C. Civil, para cuando el daño se origina como consecuencia del ejercicio de una actividad peligrosa, tal

como lo pregonó la Corte en las referidas sentencias de 1942 y 1959, porque la labor médica está muy lejos de poderse asimilar a ellas.

Ciertamente, el acto médico y quirúrgico muchas veces comporta un riesgo, pero éste, al contrario de lo que sucede con la mayoría de las conductas que la jurisprudencia ha signado como actividades peligrosas en consideración al potencial riesgo que generan y al estado de indefensión en que se colocan los asociados, tiene fundamentos éticos, científicos y de solidaridad que lo justifican y lo proponen ontológica y razonablemente necesario para el bienestar del paciente, y si se quiere legalmente imperativo para quien ha sido capacitado como profesional de la medicina, no sólo por el principio de solidaridad social que como deber ciudadano impone el artículo 95 de la Constitución, sino particularmente, por las *"implicaciones humanísticas que le son inherentes"*, al ejercicio de la medicina, como especialmente lo consagra el artículo 1º parágrafo 1º de la Ley 23 de 1981.

Desde luego que el razonamiento precedente tiene validez, para cuando el acto médico o quirúrgico corresponde a un ejercicio legal de la profesión por persona o institución, que además de capacitada académicamente, está autorizada o habilitada oficialmente para dicha práctica, pues son esos los criterios valorativos que el acto

demanda para entenderlo como de beneficio para el paciente y socialmente justificado, porque como bien lo ha explicado la jurisprudencia externa, *"la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la Medicina 'Lex artis ad hoc"*, debe tener en cuenta *"las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado); siendo sus notas: 1) Como tal 'lex' implica una regla de medición de una conducta, a tenor de unos baremos, que valoran la citada conducta; 2) Objetivo: valorar la corrección o no del resultado de dicha conducta, o su conformidad con la técnica normal requerida, o sea, que esa actuación médica sea adecuada o se corresponda con la generalidad de conductas profesionales ante casos análogos; 3) Técnica: los principios o normas de la profesión médica en cuanto ciencia se proyectan al exterior a través de una técnica y según el arte personal de su autor o profesionalidad: el autor o afectado por la 'lex' es un profesional de la*

Medicina; 4) El objeto sobre que recae: especie de acto (clase de intervención, medios asistenciales, estado del enfermo, gravedad o no, dificultad de ejecución); 5) Concreción de cada acto médico o presupuesto 'ad hoc': tal vez sea éste el aporte que individualiza a dicha 'lex artis'; así como en toda profesión rige una 'lex artis' que condiciona la corrección de su ejercicio, en la médica esa 'lex', aunque tenga un sentido general, responde a las peculiaridades de cada acto, en donde influirán en un sentido u otro los factores antes vistos". (Trib. Supremo de España, Sent. de 11 de marzo de 1991).

Con relación a la responsabilidad contractual, que es la que por lo general se le puede demandar al médico en consideración al vínculo jurídico que se establece entre éste y el paciente, la Corte desde la sentencia de 5 de marzo de 1940, partiendo de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, estimó que por lo regular la obligación que adquiere el médico "es de medio", aunque admitió que "Puede haber casos en que el médico asume una obligación de resultado, como la intervención quirúrgica en una operación de fines estéticos". Todo para concluir, después de advertir que no se pueden sentar reglas absolutas porque la cuestión de hecho y de derecho varía, que en materia de responsabilidad médica contractual, sigue teniendo vigencia el principio de la carga de la demostración de "la culpa del

médico...”, agregando como condición “la gravedad”, que a decir verdad es una graduación que hoy en día no puede aceptarse, porque aún teniendo en cuenta los aspectos tecnológicos y científicos del acto profesional médico, la conducta sigue siendo enmarcable dentro de los límites de la culpa común, pero, sin duda alguna, sin perder de vista la profesionalidad, porque como bien lo dice la doctrina, “el médico responderá cuando cometa un error científico objetivamente injustificable para un profesional de su categoría o clase”.

Igualmente en sentencia de 3 de noviembre de 1977, la Corte consideró que por lo regular las obligaciones que para los médicos surgen, son de medio, de ahí que éstos no se obliguen, según se dijo *“a sanar el enfermo, sino a ejecutar correctamente el acto o serie de actos que, según los principios de su profesión, de ordinario deben ejecutarse para conseguir el resultado. El haber puesto estos medios, con arreglo a la ciencia y a la técnica, constituye el pago de esta clase de obligaciones”.*

Posteriormente, concretamente en sentencia de 12 de septiembre de 1985, ya referenciada, la Corporación luego de ubicar el tema en la responsabilidad contractual y anotar que el contenido de las obligaciones que en virtud del contrato asumen los médicos y los establecimientos hospitalarios, *“variará según la naturaleza*

de la afección que padezca el enfermo y la especialización misma de los servicios que preste la entidad”, sostuvo que “Con relación a las obligaciones que el médico asume frente a su cliente, hoy no se discute que el contrato de servicios profesionales implica para el galeno el compromiso sino exactamente de curar al enfermo, si al menos de suministrarle los cuidados concienzudos, solícitos y conformes con los datos adquiridos por la ciencia, según expresiones con que la jurisprudencia francesa describe su comportamiento. Por tanto, el médico sólo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo; de suerte que en caso de reclamación, éste deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación”.

El Tribunal de instancia en la sentencia examinada, al abordar la culpa en torno a la carga de probarla, afirma: *“ya que el artículo 1137 del Código Civil Francés, del que emana el concepto de obligaciones de medio y de resultado, no fue reproducido en el correspondiente al colombiano y en cambio en éste, a diferencia de aquél, en el citado 1604 estatuye la responsabilidad del deudor de acuerdo con la especie de culpa establecida en proporción a la utilidad que a su favor surge del contrato, y determina que la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”.*

Este criterio del ad quem en manera alguna puede compartirlo la Corte, pues en él, como ocurre con algunas posiciones doctrinarias, se sienta un principio general absoluto de presunción de culpa contractual a cargo de los médicos, que ciertamente, como ha venido exponiéndose, es un tratamiento no equilibrado, y contrario a la previsión del inciso final del mismo artículo 1604 que invoca el Tribunal, donde luego del planteamiento inicial sobre la graduación de culpas y la carga de la prueba de la diligencia y cuidado, se establece que todo lo preceptuado, *"se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes"*.

Aunque la Corte en otras ocasiones, tal como se observa en la reseña jurisprudencial, ha partido de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, para definir la distribución de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual del médico, lo cierto es que sin desconocer la importancia de la sistematización y denominación de las obligaciones *"de moyens"* y *"de résultat"*, atribuida a René Demogue, que sin duda alguna juegan rol importante para efectos de determinar el comportamiento que debe asumirse, lo fundamental está en identificar el contenido y alcance del contrato de prestación de servicios médicos celebrado en el caso concreto, porque es este contrato específico el que va a indicar los deberes jurídicos que hubo de asumir el médico, y por contera el

comportamiento de la carga de la prueba en torno a los elementos que configuran su responsabilidad y particularmente de la culpa, porque bien puede suceder, como en efecto ocurre, que el régimen jurídico específico excepcione el general de los primeros incisos del artículo 1604 del Código Civil, conforme lo autoriza el inciso final de la norma.

Acerca de la naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios médicos, la jurisprudencia de la Corte no ha sido uniforme, como no lo es la postura de la doctrina, que ha visto en este contrato unas veces arrendamiento de servicios, como también lo sostuvo la Corte en sentencia de 30 de octubre de 1915 (G.J. 1282 y 1283, pág. 204), o un contrato al que se le aplican las normas del mandato, como se predicó en sentencias de 29 de marzo de 1923 (G.J. t. XXX, pág. 52), 7 de diciembre de 1923 (G.J. t. XXX, pág. 238) y 29 de octubre de 1930 (G.J. t. XXXVIII, pág. 243), o una locación de obra, o un contrato atípico, o un contrato "*multiforme*" o "*proteiforme*", o "*variable*", es decir, un contrato que en abstracto no se puede clasificar, como ahora lo entiende la Corte, dada la falta de una regulación específica del mismo, porque en concreto, es decir, teniendo en cuenta la relación efectivamente ajustada, bien pudiera configurarse como uno u otro contrato de los típicamente previstos por la ley: arrendamiento de servicios, confección de obra, mandato,

de trabajo, etc., o un contrato atípico, o si se quiere "*sui generis*", como lo califica otro sector doctrinal, inclusive la Corte cuando en sentencia de 26 de noviembre de 1986, predicó, sin hacer calificación o clasificación alguna, que al contrato médico de prestación de servicios profesionales le eran aplicables "*las normas del título XII del libro cuarto del Código Civil, sobre efectos de las obligaciones y no las relativas a la responsabilidad extracontractual...*", pues como lo sostuvo la Corte en la sentencia de 5 de marzo de 1940, no es posible sentar reglas absolutas porque la cuestión de hecho y de derecho varía, así como la apreciación de la culpa del médico.

De ahí, entonces, que con independencia del caso concreto, no es dable, ni prudente, sentar precisos criterios de evaluación probatoria, como lo hizo el Tribunal, pues es la relación jurídica particularmente creada, como ya quedó dicho, la que ofrecerá los elementos para identificar cuál fue realmente la prestación prometida, para a partir de ella proceder al análisis del comportamiento del profesional de la medicina y así establecer la relación de causalidad con el daño sufrido por el paciente, porque definitivamente el médico no puede responder sino cuando su comportamiento, dentro de la estimativa profesional, fue determinante del perjuicio causado.

Aunque para la Corte es claro que los presupuestos de la responsabilidad civil del médico no son extraños al régimen general de la responsabilidad (un comportamiento activo o pasivo, violación del deber de asistencia y cuidado propios de la profesión, que el obrar antijurídico sea imputable subjetivamente al médico, a título de dolo o culpa, el daño patrimonial o extrapatrimonial y la relación de causalidad adecuada entre el daño sufrido y el comportamiento médico primeramente señalado), y que en torno a ese panorama axiológico debe operar el principio de la carga de la prueba (artículo 177 del Código de Procedimiento Civil), visto con un sentido dinámico, socializante y moralizador, esto es, distribuyéndola entre las partes para demandar de cada una la prueba de los hechos que están en posibilidad de demostrar y constituyen fundamento de sus alegaciones, pues éste es el principio implícito en la norma cuando exonera de prueba las afirmaciones o negaciones indefinidas, precisamente por la dificultad de concretarlas en el tiempo o en el espacio, y por ende de probarlas, resulta pertinente hacer ver que el meollo del problema antes que en la demostración de la culpa, está es en la relación de causalidad entre el comportamiento del médico y el daño sufrido por el paciente, porque como desde 1940 lo afirmó la Corte en la sentencia de 5 de marzo, que es ciertamente importante, *"el médico no será responsable de*

la culpa o falta que se le imputan, sino cuando éstas hayan sido determinantes del perjuicio causado”.

En conclusión y para ser coherentes en el estudio del tema, se pudiera afirmar que en este tipo de responsabilidad como en cualquiera otra, deben concurrir todos los elementos o presupuestos materiales para el éxito de la pretensión, empezando por supuesto con la prueba del contrato, que es carga del paciente, puesto que es esta relación jurídica la que lo hace acreedor de la prestación del servicio médico, de la atención y el cuidado. Igualmente, corresponde al paciente, probar el daño padecido (lesión física o psíquica) y consecuentemente el perjuicio patrimonial o moral cuyo resarcimiento pretende. Ahora, probado este último elemento, sin duda alguna, como antes se explicó, que lo nuclear del problema está en la relación de causalidad adecuada entre el comportamiento activo o pasivo del deudor y el daño padecido por el acreedor, pues es aquí donde entran en juego los deberes jurídicos de atención y cuidado que en el caso concreto hubo de asumir el médico y el fenómeno de la imputabilidad, es decir, la atribución subjetiva, a título de dolo o culpa. Pero es precisamente en este sector del comportamiento en relación con las prestaciones debidas, donde no es posible sentar reglas probatorias absolutas con independencia del caso concreto, pues los habrá donde el onus probandi permanezca inmodificable, o donde sea dable hacer actuar

presunciones judiciales, como aquellas que en ocasiones referenciadas ha tenido en cuenta la Corte, pero también aquellos donde cobre vigencia ese carácter dinámico de la carga de la prueba, para exigir de cada una de las partes dentro de un marco de lealtad y colaboración, y dadas las circunstancias de hecho, la prueba de los supuestos configurantes del tema de decisión. Todo, se reitera, teniendo en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica, complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como el tiempo y el lugar del ejercicio, pues no de otra manera, con justicia y equidad, se pudiera determinar la corrección del acto médico (lex artix).

3. Situados en el caso concreto se tiene:

3.1. Según la demanda el señor Eduardo Afanador Salomón acudió a los servicios del médico demandado, especialista en otología, porque presentaba "*sensación de oído derecho tapado de mes y medio de evolución...*", cuya impresión diagnóstica describe la historia clínica y aparece consignada en los antecedentes de esta providencia. Que en desarrollo de esa relación el 25 de noviembre de 1987 se le practicó una intervención quirúrgica para realizar "*extirpación exostosis conducto auditivo externo bilateralmente. Ampliación conducto con*

fresa visualizándose la membrana timpánica, reposición de la piel del conducto bilateralmente". Que en cumplimiento de esta intervención se produjo el "rompimiento del tímpano", que hubo de dejar como secuela "el tinnitus" que actualmente padece el demandante y afecta su vida de relación.

3.2. El Tribunal, como ya quedó dicho, partiendo del anterior estado de hecho, luego de expresar que en el régimen jurídico colombiano *"establecida la inejecución de las obligaciones nacidas de un contrato, el deudor debe acreditar que el incumplimiento le es inimputable por causa de fuerza mayor o, si se obligó a realizar una serie de actos, que obró con la diligencia y cuidado -ausencia de culpa- necesarios según la utilidad o beneficios buscados con la negociación, en los términos del artículo 1604 del Código Civil, independientemente si su prestación es de medio o resultado (arts. 1604, 1730 y 1757 ejusdem)",* concluyó que en el proceso aparece demostrado que la dolencia auditiva del demandante no obedece a culpa contractual del demandado, pues aunque acepta la perforación de la membrana timpánica, dice que no está demostrado que ésta se haya producido por el fresado de la exostosis, como se alega en la demanda. Para llegar a esta conclusión se apoya en el testimonio de Carmen Lucía Bermúdez Rubiano -instrumentadora-, Cesar Alfonso Ortiz Benalcázar -anestesiólogo-, Norberto Gabriel

Diazgranados -médico residente del Hospital Militar y segundo ayudante en la cirugía- y Ernesto Correa -primer ayudante-, quienes dan cuenta del éxito de la intervención quirúrgica *"y que en esa oportunidad, no después, se constató por intermedio de un 'visor lateral' que la membrana timpánica del oído izquierdo no había sufrido lesión alguna"*. Luego, después de ponderar los mencionados testimonios y descartar la tacha que contra dos de ellos se propuso, invoca la declaración del médico Miguel Humberto Parra Pinto, quien elaboró la historia clínica del demandante y recuerda, siguiendo la misma, *"que el 9 de diciembre de 1987 aquél le comentó que 'sentía un poco tapado el oído izquierdo', lo que pone en duda la afirmación según la cual ese comentario había sido hecho por lo menos dos días después de la intervención quirúrgica..."*

Por lo demás, el ad quem para dar fundamento a su decisión acude a la prueba *"pericial que obra en autos en torno a las posibles causas de la dolencia -tinnitus- que sufre el demandante"*, la cual halla acorde con la prueba de testigos. Igualmente se refiere al informe del *"perito clínico forense del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses"*, quien estima como probable, entre otras causas postoperatorias, que la *"ruptura de la membrana timpánica se hubiera perforado, durante el procedimiento quirúrgico, lo cual entiende como un riesgo*

inherente a la operación a que fue sometido Eduardo Afanador en razón de que ella 'imposibilita una adecuada visualización por la obstrucción... que produce y la estrechez del campo operatorio'. Perito este que en un complemento explicó que "una vez realizada la cirugía en el mismo acto quirúrgico se observa dicha membrana, lo cual debe hacerse para apreciar su integridad", punto este al que también "se refirieron los aludidos deponentes".

4. Independientemente de la causa que haya podido generar el "*síndrome de tinnitus*", lo que en el proceso se deja por averiguado, tanto por el Tribunal como por las partes, es el rompimiento de la "*membrana timpánica*" del oído izquierdo de EDUARDO AFANADOR SALOMON. La discrepancia estriba en si ese rompimiento se produjo o no por el fresado de la exostosis.

4.1. En torno a los errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba, repetidamente se viene diciendo que su existencia no es suficiente para desvirtuar una sentencia en casación, sino que es necesario demostrar la fundada expresión de su influencia en la decisión combatida, porque como ésta ingresa a ese medio extraordinario de impugnación amparada por las presunciones de legalidad y acierto, al censor le corresponde indicar las equivocaciones en que incurrió el sentenciador, individualizando las apreciaciones erradas y señalando en forma precisa en qué consiste la desviación,

lo cual implica adelantar una labor dialéctica que conlleva a confrontar las pruebas respectivas con las conclusiones que de las mismas derivó el sentenciador, para previa esa labor de parangón establecer si en verdad incurrió en los desatinos imputados.

Así mismo, dado el carácter estricto y dispositivo del recurso en comentario, en cuanto la Corte sólo puede transitar por el sendero fijado precedentemente por el recurrente en la demanda de casación, sin que le sea permitido suplirla o complementarla, también se ha reiterado que para que una acusación sea cabal y completa, al recurrente obligatoriamente le corresponde combatir y quebrar uno a uno los pilares importantes y decisivos sobre los cuales se asienta la sentencia, *“impidiendo que quede en pie algún soporte que, por sí sólo pueda darle respaldo a la decisión que se impugna”* (CCXL, primer semestre, página 82, sentencia de 1º de febrero de 1996).

4.2. Salvo los yerros señalados en los numerales 2.5 y 3.2 del compendio del cargo, los demás errores denunciados tienen como elemento común la afirmación del Tribunal sobre que carecía de los *“conocimientos técnicos indispensables para hacer un juicio de valor”* acerca de la técnica quirúrgica empleada en la *“extirpación exostosis conducto auditivo externo bilateralmente”*, evacuada el 25 de noviembre de 1987, así

como sobre la incidencia de la distancia entre el punto de actividad de la fresa y la membrana timpánica, al igual que respecto de la velocidad y bondad del material de aquélla, como tampoco sobre las posibles causas de la dolencia del paciente (numerales 2.1, 2.2, 2.3, 2.4 y 3.1, *ibídem*).

Con relación a que el Tribunal no tenía los conocimientos necesarios sobre la bondad del material de la fresa y respecto de la incidencia de la distancia entre el punto de actividad de ésta y la membrana timpánica, el censor únicamente lo critica por no haber decretado pruebas de oficio para suplir su ignorancia. En cuanto a la técnica empleada en la exostosis y lo relativo a la velocidad de la fresa, el recurrente manifiesta que lo primero nadie lo discute y lo segundo no fue tratado en el hecho séptimo de la demanda, simplemente lo que reprocha es que el sentenciador inobservó que el empleo de una fresa de diamante girando a miles de revoluciones por minuto para romper el hueso del cráneo, en un conducto estrecho que termina con la membrana timpánica, *"es un procedimiento muy riesgozo de tocar y romper el tímpano"*, inclusive con un *"mínimo roce"*. Respecto a que si se hubiere tenido en cuenta que en el dictamen pericial se expresa que entre las diferentes causas del *"síndrome de tinnitus"* se encuentra el *"rompimiento del tímpano por trauma quirúrgico"*, el impugnante sostiene que el juzgador *"habría concluido que la membrana timpánica puede romperse como*

consecuencia de un trauma quirúrgico, y que el rompimiento del tímpano puede producir tinnitus". Por último, en lo tocante con la prueba que se supuso para concluir en la *"imposibilidad de la existencia del daño"*, el censor simplemente conecta su parecer con la *"confesión"* del sentenciador sobre que ignoraba la distancia entre el tímpano y el lugar donde se amplió el conducto auditivo.

Frente a lo anterior, el Tribunal explicó que de las pruebas citadas en el numeral 3.2 de estas consideraciones, no se podía concluir que la *"ruptura de la membrana timpánica del oído izquierdo justamente se produjo por el 'fresado de la exostosis'"*, porque los especialistas que asistieron e intervinieron en la operación son contestes en afirmar que la misma fue *"cumplida con el éxito esperado y que en esa oportunidad, no después, se constató por un visor lateral que la membrana timpánica del oído izquierdo no había sufrido lesión alguna"*, fuera de que en una cirugía como la descrita era imposible *"pasar inadvertida la perforación de la membrana timpánica 'porque se estaba haciendo bajo visión microscópica directa' y, porque de haberse observado, se hubiera reparado 'durante el mismo procedimiento con la colocación de un injerto'"*. Además, dice, si bien el dictamen de Medicina Legal y Ciencias Forenses pone de presente el riesgo de la ruptura de la membrana timpánica en la operación, pues se *"imposibilita una adecuada visualización por la*

obstrucción...que produce y la estrechez del campo operatorio", lo cierto es que al complementarse la prueba se expresa que "una vez realizada la cirugía en el mismo acto quirúrgico se observa dicha membrana, lo cual debe hacerse para apreciar su integridad", circunstancias postoperatorias a las que precisamente se "refirieron los aludidos deponentes".

Como se advierte, el Tribunal "*descarta*" en forma contundente que la ruptura de la membrana timpánica haya acaecido en un "*accidente quirúrgico*", concretamente en la extirpación exostosis del conducto auditivo externo bilateral, lo cual significa que para absolver a la parte demandada no encontró probada la relación de causalidad adecuada entre el comportamiento quirúrgico y el daño padecido. En cambio, el censor manifiesta hallar probado ese elemento de la responsabilidad, pero como una simple petición de principio, porque no lo demuestra, pues la verdad es que ningún argumento expone para poner al descubierto la desviación del juzgador que justifique, por lo tanto, la enmienda que reclama mediante el recurso extraordinario de casación, es decir, cómo, si no fuera por los yerros a que se hizo alusión, se habría variado la decisión final.

Al contrario, lo que opone son sus propias conclusiones, a manera de un alegato de instancia, a partir

de meras conjeturas, como que independientemente de la velocidad de la fresa de diamante y de su bondad, su empleo en un conducto estrecho para remover parte del hueso del conducto auditivo, es un procedimiento que implica riesgo de *"tocar y romper el tímpano"*, pero no que su uso fatalmente conlleve ese resultado. Lo mismo debe predicarse de las causas del *"síndrome de tinnitus"*, porque si bien una de ellas es el *"rompimiento del tímpano por trauma quirúrgico"*, igual da dejar sentado que ese trauma es el causante de la dolencia, si la premisa mayor de la construcción lógica relativa a que la ruptura del tímpano no se produjo por el fresado de la exostosis, no es removida. En ese sentido, ninguna trascendencia traería la supuesta suposición de la prueba de la distancia entre el tímpano y el lugar donde se amplió el conducto auditivo con la fresa, o si se ignoraba esa distancia nada se sacaría con establecerla, inclusive mediante el decreto de pruebas de oficio, porque, repítese, la decisión combatida descarta por completo la ruptura de la membrana del tímpano en un accidente quirúrgico.

Desde luego, como lo expuso recientemente esta Corporación en sentencia de 16 de agosto de 2000, aludiendo a los fallos de 27 de febrero de 1978, 26 de octubre de 1988, 12 de septiembre de 1994 y 11 de noviembre de 1999, en lo que concierne al recurso de casación, *"el omitido deber de verificación oficiosa debe*

tornarse trascendente, esto es, el error del Tribunal al no decretar las pruebas de oficio debe repercutir o incidir en la resolución del conflicto al punto que si no se hubiere cometido el yerro, el sentido del fallo hubiese sido otro”.

4.3. Ahora, que el Tribunal invirtió la carga de la prueba de los hechos referidos a la bondad de la fresa y a la predisponibilidad del paciente de sufrir tinnitus (numeral 3.2 del compendio del cargo), pues al no probarse lo correcto era no tenerlos en cuenta para dar por demostradas las excepciones de mérito, incurriéndose así en error de derecho, es algo que no resiste análisis, porque si la absolución del demandado se originó en la falta de relación de causalidad necesaria entre el fresado de la exostosis y la ruptura de la membrana timpánica, se descarta que se haya podido reconocer expresa o implícitamente excepciones relativas a esos hechos.

Por lo demás, en el evento de haber sido esa la base de la construcción lógica de la sentencia, el error no sería de derecho sino de hecho, por cuanto al afirmarse que como esos hechos no estaban probados, no se podía negar las pretensiones de la demanda, la base del error sería la suposición de la prueba de tales hechos. Pero aún analizándose el punto como yerro fáctico, la Corte tropezaría con su intrascendencia, porque como se dijo, la absolución del demandado se originó en causa distinta a la

bondad de la fresa y a la predisponibilidad del paciente de sufrir el síndrome de tinnitus.

4.4. Respecto a que el Tribunal no tuvo en cuenta la confesión relativa a que el propio demandado practicó, en forma gratuita, el 10 de marzo de 1988, la "miringoplastia", el error de facto denunciado no se encuentra configurado.

Como se sabe, el error de hecho en la apreciación de la demanda, de su contestación o de determinada prueba, que se exige para infirmar una sentencia en casación, debe reunir las características de manifiesto y trascendente, lo cual ocurre cuando se detecta al rompe, o sea, sin mayor análisis, y cuando ha sido suficiente para determinar la decisión final. El error es manifiesto, dice la Corte, en los casos en que puede *"apreciarse a simple vista, sin necesidad de esfuerzo en el razonamiento"*, y determinante, cuando guarda *"relación de causa a efecto con la resolución judicial contenida en el fallo que se acusa, de tal manera que ésta sea producto del yerro"* (CCXVVI, 483, sentencia de 29 de mayo de 1992).

En verdad, el error de hecho denunciado no está en haberse omitido apreciar la confesión sobre que la ruptura del tímpano se produjo con el fresado de la exostosis, porque de ser así, dicha conclusión sí sería

totalmente contraria con la realidad procesal, pues como quedó anotado, el demandado siempre ha rechazado tal circunstancia. Si bien la parte actora afirmó en el hecho catorce de la demanda que la *"meringoplastia izquierda, o sea la intervención quirúrgica para reconstruir la membrana timpánica izquierda, perforada durante la intervención del 25 de noviembre de 1988 (sic.)"*, fue realizada *"sin ningún costo"*, al contestarse ese hecho el demandado manifestó que *"No es cierto como está planteado"*. De otra parte, lo que se tuvo por acreditado sobre el particular en la audiencia de conciliación no fue lo relativo a la ruptura del tímpano, sino a la gratuidad de la segunda cirugía, pues expresamente en dicha diligencia se consignó, de lo cual se guarda silencio, que durante la *"intervención quirúrgica del 25 de noviembre"* *"no hubo perforación, en lo demás, el hecho es cierto"* (folio 101, C-1).

Lo que propone, entonces, la acusación es que el Tribunal omitió apreciar el *"indicio necesario"* sobre que la ruptura del tímpano ocurrió en la intervención quirúrgica de 25 de noviembre de 1987, derivado de la confesión del demandado sobre la gratuidad de la meringoplastia practicada el 10 de marzo de 1988, porque al decir del censor, esa generosidad debe tener una causa y la única causa *"no puede ser sino que el que reparó fue el mismo que rompió"*.

El error denunciado, empero, no existe porque no es manifiesto, en consideración a que la gratuidad de la segunda intervención quirúrgica no conduce fatalmente a indicar que la ruptura de la membrana del tímpano del oído izquierdo se produjo por la extirpación de la exostosis, y esto por supuesto descarta el que se haya podido omitir apreciar un "*indicio necesario*".

Por lo demás, la contingencia de la conclusión que se ensaya resulta intrascendente frente a la prueba directa acerca de la inexistencia del accidente quirúrgico, lo cual a la postre se constituyó en el fundamento basilar de la absolución del demandado. Pero como esa prueba no fue objeto de ataque en el recurso de casación, es de suyo suficiente para seguir soportando las presunciones de legalidad y acierto en que descansa la sentencia recurrida.

5. Así las cosas, al no encontrarse estructurado ninguno de los errores denunciados, el cargo no está llamado a abrirse paso. Consecuentemente, la Corte se ve relevada de cualquier análisis relativo a la clasificación del contrato ajustado entre las partes y del problema de la imputabilidad del demandado, según lo que se expuso en la parte teórica de las consideraciones.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de 6 de octubre 6 de 1994, mediante la cual se definió la segunda instancia del proceso ordinario promovido por Eduardo Afanador Salomón y Alba Luz Gordillo Hernández, en nombre propio y en representación de sus hijas María Juliana y Luisa María Afanador Gordillo, contra José Antonio Rivas Correa.

Costas a cargo de la parte recurrente.
Tásense.

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

CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO

NICOLAS BECHARA SIMANCAS

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES

JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ

JORGE SANTOS BALLESTEROS

SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO