

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA SEXTA DE DECISIÓN CIVIL**

ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
Magistrada Ponente

Bogotá D.C, veinticinco (25) de septiembre de dos mil veinticuatro (2024)
(Discutido y aprobado en sala de la misma fecha)

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante Juan David Martín López, contra la sentencia de fecha 19 de octubre de 2022, proferida por el Juez Treinta y Dos (32) Civil del Circuito de Bogotá D.C., en virtud a que el trámite que corresponde a la instancia se ha agotado.

I. ANTECEDENTES

1.- La demanda

1.1.- Por medio de apoderado judicial, el señor Juan David Martín López demandó de la jurisdicción¹ que se declarara al Hospital Universitario Clínica San Rafael y a la profesional de la salud Carolina Carvajal Forero, civil y solidariamente responsables por la defectuosa prestación del servicio médico por ausencia de diligencia, prudencia y pericia en la cirugía de faloplastia que le fue realizada el 4 de agosto de 2018, y, que, en consecuencia, se les condenara al pago de las

¹ Archivos digitales 01DemandaAnexos y 06SubsanacionDemanda del C01CuadernoPrincipal_CERRADO del cuaderno principal.

sumas de \$3.337.307, \$24.409.586, \$10.000.000, \$70.000.000 y \$120.000.000, respectivamente, por concepto de lucro cesante consolidado y futuro, daño emergente futuro, daño moral y daño a la vida de relación; debiendo la aseguradora Allianz S.A., asumir el 100% de los rubros a que fuere condenado el ente hospitalario; asimismo, que cancelaran las costas del proceso. De otra parte, que se ordenara a los dos primeros realizar las cirugías necesarias para *“lograr una idónea reconstrucción de su faloplastia hasta que su prótesis quede al menos funcional para orinar, situada en una zona que le permita movilizarse sin incomodidad y, de ser posible porque el demandante todavía tenga tejido nervioso de su clítoris, que sea susceptible de adquirir sensibilidad erógena, independientemente de que haya o no erección, cosa que no se reclama”*.

En subsidio petitionó que, de concluirse que entre el demandante y los demandados, se celebró un contrato de prestación de servicios y que existió incumplimiento *“de las obligaciones (sic) medios a cargo de las demandadas, consistentes en la elección de los procedimientos idóneos, adecuados y acordes a la ciencia médica para la consecución del fin perseguido, la cual fuera la exitosa implantación de un pene medianamente estético y funcional”*, se les declare responsables por los daños y perjuicios que le causaron, ordenándoles agotar la reparación debida en los términos reseñados en el párrafo inmediatamente anterior.

1.2.- Sustento fáctico

El demandante Juan David Martín López sustentó las súplicas formuladas así:

Afirmó que, el 13 de abril de 2009 interpuso acción de tutela contra la Eps Salud Vida, reclamando la cobertura del procedimiento médico especializado de reasignación definitiva de sexo hacia el masculino; respecto de la cual, el Juzgado Segundo Promiscuo de Chía, amparó

su derecho fundamental y ordenó a la accionada expedir las autorizaciones requeridas para la materialización de esa cirugía.

Refirió que, en el año 2008 fue diagnosticado con *“distrofia de género o síndrome de Harry Benjamín”*, según consta en su historia clínica y que, ante la ausencia de recursos *“decidió emprender esta batalla legal con fundamento en el amparo de sus derechos constitucionales, que en efecto le fueron reconocidos”*.

Indicó que, esa Eps asumió la realización de sus cirugías de histerectomía, ooforectomía y mastectomía bilateral, todas con resultados satisfactorios, permitiéndole acercarse más a su propósito de *“convertirse en hombre”*.

Enunció que, para ese momento, solo estaba pendiente que la entidad médica cotizara el costo de la cirugía denominada *“faloplastia”*, consistente en la reconstrucción del pene, que le permitiría consolidar su cambio de sexo; al cual, le asignó un precio de \$8.500.000, sin tener en cuenta que *“estuviera sufriendo ya problemas de autoestima, dificultad para conseguir empleo y para disfrutar normalmente de las relaciones interpersonales, como lo demuestra la historia clínica”*.

Adujó que, el 4 de agosto de 2018 ingresó al Hospital San Rafael, previa autorización de la Eps, que se le indicaron las *“consecuencias favorables con el colgajo libre para la asignación, esto es, la piel con la que se construiría el pene, que por decisión de la junta médica del hospital en el año 2015, sería la de su muslo, cuando la ciencia recomienda que sea, mejor, la del antebrazo o la del peroné, pues tiene menos grasa haciéndose más factible su constitución. **He aquí la primera falla profesional constitutiva de culpa médica**”*.

Agregó que, en un comienzo, se sugirió la ejecución de la cirugía en dos etapas, pero la directora del Hospital -Doctora Carvajal- optó por hacerla el mismo día, tras once horas de cirugía, fue trasladado a la

unidad de cuidados intensivos para que se monitoreara su progreso al calificarse su estado de alto riesgo; además, que no se le practicó en debida forma la cistotomía, por cuanto, se le insertó un catéter en la vejiga a través del abdomen, para que eliminara la orina, mientras que, *“lo esperado por él, de lógica, era poder orinar por el pene que le habían construido”*.

Expuso que, ni el centro hospitalario, ni la médico asignada, tenían experiencia en ese tipo de procedimiento; que, ella no era uróloga, sino cirujana plástica; que ha debido abstenerse de realizarlo, aunque la Eps lo hubiere autorizado, *“pues intervenir en un asunto tan complejo y poco explorado por la ciencia médica colombiana constituía un riesgo muy alto para el paciente, que determina a posteriori la culpa médica, ante la fatal complicación que narraré más adelante. Es así como esta imprudencia configura, también, la culpa médica en cabeza de los demandados”*.

Señaló que, el 6 de agosto, tras determinarse que su evolución no era favorable, pues presentó mucho dolor por la aparición de edemas locales, problemas con el colgajo y un trombo intravascular en la vena de anastomosis del colgajo antelo lateral del muslo, fue sometido a otro procedimiento nominado *“cirugía anastomosis venosa”*, con el propósito de corregir el trombo; el cual, también fue practicado por la doctora Carvajal.

Informó que, su estado de salud no mejoró, por el contrario, se suscitó un *“trombo venoso en anastomosis de vena safena”*; por ello, el 10 de agosto, para evitar una infección en la que se evidenció *“sufrimiento del colgajo ALT por trauma y ruptura traumática de anastomosis nerviosa, con regulares condiciones generales”*, por ello, se le realizó una intubación orotraqueal más infusión de dopamina.

Manifestó que, producto del daño moral que sufrió por el evidente fracaso de la cirugía primigenia, intentó suicidarse mediante

“estrangulación cervical fallida”, a la par, que tenía tendencia a taquicardia; razón por la que, luego de su salida de la UCI, dada el 11 de agosto, se recomendó tratamiento psiquiátrico que acompañara su recuperación física.

Narró que, el 23 de agosto siguiente, continuó presentando arritmia cardíaca inusual, estrés psicológico y *“orgánico atribuido a hospitalización y proceso quirúrgico”*; pero, a los dos días, previo concepto de la doctora Carvajal, el Hospital ordenó su salida, recetándole analgésicos, antibióticos y control con especialistas de cirugía plástica, mientras que expidió incapacidad por 30 días, *“obviando por completo que su deber como profesional era seguir su tratamiento hasta lograr la recuperación definitiva, negligencia que configura también su culpa médica”*.

Arguyó que, el 30 de agosto, regresó al centro médico, por el área de urgencias, permaneciendo allí hasta el 21 de septiembre, al presentar graves problemas de movilidad en sus piernas, pus en la zona anal, profundo dolor, infección en el área de la cirugía, inflamación notoria, sangrado en la herida y pérdida de los injertos en su muslo derecho; todo ello, ratificadorio de la mala praxis suscitada en ese asunto.

Reveló que, el 6 de septiembre, se le practicó *“desbridamiento”* y se le valoró por la especialidad de urología, a fin de determinar si era necesario ejecutar otra cistotomía con cambio de sonda; que, en efecto, se surtió el 8 de septiembre, *“sin que esto excluya lo inaceptable que es haber tenido que acudir dos veces a un procedimiento relativamente sencillo para la práctica médica”*.

Exteriorizó que, el 13 de septiembre, se le diagnosticó *“delirium multifactorial, pensamiento lógico, ideación delirante, afecto ansioso, introspección negativa, juicio y raciocinio comprometidos”*, siéndole prescritos dos medicamentos antidepresivos, a saber, haloperidol y Lorazepam, *“lo cual demuestra el daño moral que padecía entonces el*

demandante, así como la afectación a su vida de relación, pues claramente una persona con tal flujo mental no puede desarrollarse normalmente en sociedad”.

Reiteró que, tras su salida del centro médico, tenía que permanecer postrado en cama día y noche, dependiendo de su hermana Andrea Martínez López, itérese, por las secuelas que venía presentado por razón de la cirugía de paraparesia, a saber, incontinencia fecal y urinaria, depresión y desesperación; que, *“sencillamente no le han dejado vivir normalmente desde entonces, como él lo esperaba, siendo este el daño indemnizable”.*

Ilustró que, el 1 de octubre, se acercó al Hospital San Antonio de Chía, en donde le recomendaron iniciar una terapia física intensiva integral, que incluyera los campos de psiquiatría, psicología, fisiología y neurología; lo cual, fue ignorado por la médico demandada, precisamente, porque no tenía conocimiento sobre los preceptos teóricos de la faloplastia, que debía cubrir su Eps, puesto que, no tenía los recursos económicos suficientes para solventarlo, máxime cuando vivía en estrato dos y no tenía empleo.

Argumentó que, impetró otra acción de tutela, que fue asignada al Juzgado Segundo Penal Municipal de Chía, radicado 2018-00456, profiriéndose, el 9 de noviembre, fallo que ordenó a la Eps, en el término de 48 horas, agotar los trámites administrativos tendientes a la entrega futura de los insumos que se requerían, por ejemplo, 270 pañales y servicio de enfermería por 24 horas.

Aseveró que, el 19 de noviembre de 2018, asistió por urgencias al Hospital San Rafael y aunque estaba prohibido por la ciencia médica porque generaba un ocultamiento de la causa del daño, le formularon una gran cantidad medicamentos y se le sugirió valoración por especialista frente a la sintomatología de *“sangrado en la herida operatoria, dolor, secreción en colgajo genital, así como orina purulentas*

en su cistotomía, reflejándose en estas consecuencias lo defectuoso de los procedimientos a él realizados, perfectamente evitables con un manejo apegado a la lex artis médica”.

Relató que, durante los tres primeros meses del año 2019, la Eps acató ese fallo de tutela, enviando profesionales de la salud a su domicilio, quienes, coincidían en calificar de desesperanzador su caso; de hecho, el 21 de enero, su médico refirió a la presencia de *“diuresis por meato”*, resaltando que era urgente que se le valorara por urología por los defectos presentados en la implantación de la sonda, instrumento que ni siquiera estaba cumpliendo la función de rigor, pues no podía orinar por ahí.

Describió que, el 28 de febrero, la doctora Maritza Stefania Vera, lo notó ansioso, confirmando que la zona no cumplía papel alguno y estaba sin drenaje, manifestando, además, que tenía pobre movilidad de sus articulaciones, especialmente, la rodilla izquierda, *“cuya causa no era otra que los defectos de praxis en la cirugía de marras”*; a la par, el 8 de marzo, el profesional Johnny Condori concluyó que presentaba *“dificultad para la diuresis”*, y, el 14 de marzo, el doctor Arturo Alejandro Déniz estimó que *“el paciente debe continuar y culminar proceso de reasignación de sexo en su hospital tratante”*, con lo que dio a entender que el Hospital San Rafael había incurrido en mala praxis médica, no obstante, enunció que *“este tipo de procedimientos no se realizan en la red hospitalaria de Bogotá”*, lo que de contera demuestra que él fue *“el perfecto ratón de laboratorio”*.

Explicó que, el 2 de mayo, la doctora Carvajal lo valoró y recomendó *“reconsiderar opciones quirúrgicas reconstructivas de meato ureal obstruido”*, admitiendo que la cirugía que realizó fue defectuosa, *“pero (...) sin hacer lo que tenía que hacer, que era practicar la mentada reconstrucción, como culminación del proceso de reasignación iniciado y dejado a medida marcha, según lo recomienda la ciencia médica”*.

Aclaró que, el 11 de mayo, el especialista en urología retiró la sonda de la cistotomía y recomendó evaluar en conjunto la reconstrucción de uretra en colgajo, comoquiera que estaba destruido a causa de esa cirugía y aun así el Hospital continuó desconociendo su responsabilidad y no se ofreció a realizar lo requerido.

Comentó que, el 26 de junio, la Eps le realizó radiografía renal, encontrando en buen estado los riñones; el 26 de agosto, le asignó cita por psiquiatría, que sugirió que el procedimiento de reasignación sexual fuera desplegado por un equipo completo de cirugías plástica, urología, endocrinología, psicología, trabajo social y psiquiatría, *“lo que demuestra el precario e incompleto estado en que el HOSPITAL SAN RAFAEL y la doctora CARVAJAL dejaron al demandante, entregado completamente a su suerte”*.

Advirtió que, el 5 de septiembre, se le practicó la terapia física número veinte; y que, el día 24, su médico radiólogo le realizó una resonancia magnética en su muslo derecho, hallando *“atrofia difusa de los músculos sartorio y vasto lateral e incipiente atrofia y/o edema de la porción proximal del músculo vasto medial”*, advirtiendo en el izquierdo condiciones lamentables, *“todo raíz de que la doctora CARVAJAL, haya obtenido de allí el colgajo que la buena ciencia médica recomienda tomar del antebrazo o del peroné en esta clase de cirugías, precisamente a fin de evitar las susodichas complicaciones que terminaron por arruinarle al demandante su libre locomoción, afectando así directamente su vida de relación, como su esfera sentimental”*; además, se advirtió lesión en el retináculo de la rodilla izquierda y otra en el nervio femoral del costado, que causaba que su marcha se diera con patrón alternante, lento e inestable, situación que alertó a los especialistas, mientras que, lo obligó a permanecer en cama o cuando menos sentado día y noche el año 2019, 2020 y parte de 2021.

Describió que, el 27 de mayo, el electro diagnóstico de miembros inferiores fijó la presencia de signos de axonotmesis del nervio femoral

derecho, de neurotmesis del nervio femoral izquierdo con proceso de denervación distal del cuádriceps y de neuropatía periférica del nervio femorocutáneo más severa del lado izquierdo; resultado que permitían concluir que, a causa de la cirugía, perdió el uso normal de sus extremidades inferiores, lo que debe indemnizársele, pues no corresponde a un eventual resultado propio de la realización de esta, *“De ser así, no se habría sometido a ella, premisa que el derecho médico toma como fundamento para clasificar las obligaciones derivadas de la cirugía plástica como de resultado”*; añadió que, la cirugía que requería, era de carácter reconstructivo o estético y en tal sentido, el Hospital y la profesional de la salud adquirieron una obligación de resultado, que incumplieron.

Anunció que, según su historia clínica, el Hospital no le brindó información fidedigna, certera, precisa, detallada y puntual de cara a los riesgos propios del procedimiento *“sobre las consecuencias y posibles efectos colaterales, limitándose siempre a asegurar, sin prueba alguna de que así hubiera sido, que al paciente se le brindó la información, que éste la entendió y la aceptó, aseveración que en lo absoluto es suficiente para cumplir con la obligación integral de información, **por lo que se configura aquí un acto culposo que deslegitima de facto la intervención médica en su esencia y conduce, sin ambages, a la responsabilidad civil**”*.

Reprochó que, ni Hospital ni la médico demandada, en la fase de recuperación, hubieren *“hecho nada encaminado a producir de la mejoría y recuperación del paciente, alegando que por problemas administrativos con la EPS no se pudo continuar fase posoperatoria (sic), (...). Por eso, una cirugía que debía cumplirse en mínimo 4 etapas seguidas de un riguroso trámite de recuperación, se hizo en tan sólo 11 horas, por salir del paso, privándose al paciente de la etapa ulterior que tan necesaria era para cumplir su propósito, y que la lex artis establece como obligación de continuar el tratamiento e iniciado con antelación, a cargo del facultativo”*.

Instruyó que, *“Salta a la vista la culpa médica en cabeza de la Dra. CARVAJAL cuando se comparan sus decisiones en torno a la faloplastia y la forma como la cumplió, incluida la nefasta inculcación del catéter que arruinó el sistema diurético de JUAN DAVID, con lo que habría hecho el “buen médico”, el “profesional idóneo”, que era obtener el colgajo del antebrazo o del peroné, introducir la sonda correctamente para evitar infecciones y garantizar la continencia y, lo más importante, estar pendiente de la recuperación del paciente, brindar la atención requerida sin limitarse a “evaluar, recomendar o sugerir” como quien libra a la víctima a su suerte, todo lo cual demuestra, además de un desinterés que es culposo, que ninguna de las dos demandadas estaba actualizada en lo que la ciencia contemporánea ha descubierto en este ámbito de las cirugías de género, tan en boga en tiempos posmodernos”*.

Declaró que, el verse postrado en una cama, sin poder moverse ni realizar las actividades de un ser humano, como son, orinar y defecar, entre otras, ha alterado su vida en relación y que ha logrado soportar gracias al apoyo de su hermana y la Asociación Aquelarre Trans.

Pregonó que, la Junta Regional de Invalidez, en dictamen de fecha 18 de septiembre de 2020, calificó la pérdida de su capacidad laboral en 15,5%, pues presenta deficiencia en su sistema nervioso central periférico y lesiones en los nervios femorales izquierdo y derecho y en sus análogos cutáneos laterales; que le impide desarrollar una actividad laboral, más aún, cuando es objeto de discriminación por su condición sexual; aspecto que debe tenerse en cuenta al momento de liquidar el lucro cesante a indemnizar con base en un salario mínimo legal y una edad probable de vida hasta los 80 años.

Por último, que, el 13 de octubre de 2020, envió un derecho de petición al Hospital y a la profesional de la salud, indagando sobre la existencia de póliza de responsabilidad civil para el momento en que se practicó la cirugía, sin que recibiera respuesta; por lo que se vio en la obligación de acudir a nuevo trámite de tutela, que ordenó al primero emitir

pronunciamiento de fondo. Así, se le indicó que la aseguradora era Allianz Seguros S.A., pero que la póliza no había sido renovada, empero, no se le allegó copia del respectivo contrato de seguro.

2. La oposición

2.1.- Superados los motivos que dieron lugar a la inadmisión de la demanda, se profirió el auto del 15 de abril de 2021², que aceptó el libelo y ordenó la notificación de los demandados.

2.2.- El apoderado judicial de la aseguradora Allianz Seguros S.A., dio contestación a la demanda y al llamamiento en garantía, se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones³ las que denominó *“inexistencia de falla médica y de responsabilidad, debido a la actuación diligente, adecuada y cuidadosa del Hospital Universitario Clínica San Rafael”* e *“Incumplimiento del deber de probar el error médico del Hospital Universitario Clínica San Rafael por la parte demandante”*, cimentadas en que el demandante no cumplió con su carga de probar la falla o negligencia médica enrostrada al Hospital; mientras que, las obligaciones adquiridas por esa entidad, eran de medio y no de resultado, evidenciándose que los profesionales de la salud a sus órdenes *“mostraron una debida diligencia en su actuar médico. Todos los procedimientos practicados se sujetaron a los criterios de racionalidad y gradualidad que son requeridos y dictaminados”*.

“Improcedencia del reconocimiento del lucro cesante consolidado y futuro”, en el entendido que, para el reconocimiento de ese concepto, por cuanto, debió acreditarse la alta probabilidad de que la ganancia esperada iba a obtenerse y que era susceptible de evaluarse de manera concreta, *“Sin que ninguna de esas deducciones pueda estar soportada*

² Archivos digitales 08AutoAdmiteDda del C01CuadernoPrincipal_CERRADO del cuaderno principal.

³ Archivos digitales 12 y 45 ContestacionAllianz del C01CuadernoPrincipal_CERRADO del cuaderno principal.

en simples suposiciones o conjeturas, porque de ser así, se estaría en frente de una utilidad meramente hipotética o eventual”, observándose que Juan David Martín López no aportó prueba alguna que fuere útil, necesaria y pertinente para ilustrar que desempeñaba alguna actividad productiva que le generara ingresos económicos, “En consecuencia, se trata de una mera expectativa que atenta contra el carácter cierto del perjuicio y por tanto, no puede presumirse valor alguno para indemnizar el lucro cesante solicitado”.

“Improcedencia e inexistencia de prueba del daño emergente”, bajo la premisa que, en el expediente no obra soporte frente a que el demandante requiera otro procedimiento de cirugía plástica, a más que, “el (...) denominado colgajo libre para reasignación de sexo fue asumido por la EPS. En tal virtud, no habría lugar a solicitar este perjuicio por cuanto no es dable pensar que el nuevo procedimiento se (sic) asumido por el Demandante. En conclusión, no se evidencia un daño consolidado, sino meramente hipotético”.

“Tasación exorbitante del daño moral”, pues lo reclamado en ese ámbito por el señor Martín López, supera el tope máximo establecido por la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, inclusive, en tratándose de pérdida de capacidad laboral superior al 50%.

“Tasación exorbitante del daño a la vida de relación”, en la medida que, esa Corporación ha previsto un máximo de reconocimiento por ese tipo específico de perjuicio, equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, “Es por ello que se evidencia una desmesurada solicitud de perjuicios por concepto de daño a la vida en relación por valor de \$120.000.000. Claramente, es evidente el ánimo especulativo de la errónea tasación del daño a la vida en relación, en tanto la misma resulta exorbitante. Lo anterior, como quiera (sic) que se derivan de una estimación excesiva de los supuestos daños a la vida de relación que pretende y lejos de los criterios jurisprudenciales fijados por la Corte

Suprema de Justicia-Sala de Casación Civil, magistrado ponente: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo del 12 de noviembre de 2019”.

“Genérica o innominada”, para que se declare cualquier circunstancia probada en el proceso y que constituya un hecho eximente de la responsabilidad reclamada por el demandante, que se originen en la ley o en el contrato de seguro, incluida, la caducidad y la prescripción de las acciones derivadas de ese convenio.

“Falta de cobertura temporal del contrato de seguro instrumentado en la póliza de responsabilidad civil profesional clínicas y hospitales 022381629/0”, en el entendido que, ese seguro solo daba cobertura a las indemnizaciones que el asegurado tuviera que pagar por reclamaciones presentadas por primera vez y durante el periodo de su vigencia, siempre que se trataran de hechos ocurridos en ese plazo, para el caso, desde el 18 de diciembre de 2018 y hasta 17 de diciembre de 2019, por el contrario, “se evidencia que la primera reclamación al asegurado fue a través de la solicitud de conciliación extrajudicial que fue radicada el 03 de diciembre de 2020. Es decir, que la Póliza no presta cobertura temporal, en razón a que por la modalidad clames made, la reclamación debe efectuarse en vigencia de la Póliza”.

“Prescripción ordinaria de la acción derivada del contrato de seguro”, ya que el artículo 1081 del Código de Comercio establece el tiempo que debe transcurrir para que se produzca el fenómeno extintivo y también desde cuándo empieza a contarse ese factor temporal, a saber, “la prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción”, coligiéndose que, si la cirugía se realizó el 4 de agosto de 2018, la prescripción de la acción derivada de ese seguro se configuraría “dentro de los dos años siguientes a la ocurrencia y conocimiento de los hechos, no hay lugar a dudas que la acción se encuentra totalmente prescrita. Lo anterior, por cuanto la solicitud de conciliación extrajudicial fue instaurada hasta el 03 de

noviembre de 2020 y la demanda fue radicada el 09 de marzo de 2021. Es decir, de dos años luego de la ocurrencia de los hechos, por lo cual es evidente que, en el presente caso operó el fenómeno de la prescripción”.

“Falta de cobertura material al estar ante riesgos expresamente excluidos en la póliza de seguro responsabilidad civil profesional clínicas y hospitales 022381629/0”, comoquiera que, la práctica de la cirugía plástica de faloplastia correspondió a un riesgo expresamente excluido del amparo de esa póliza, por ello, “el contrato de seguro no podrá verse afectado al encontrarse en una causal de exclusión expresa”.

“Carácter meramente indemnizatorio que revisten los contratos de seguros”, sin que sea de recibo indemnizar el daño reclamado por el demandante, pues tiene como finalidad enriquecerlo y está sustentado en “tasaciones exorbitantes de sus perjuicios no probados”.

“En cualquier caso, de ninguna forma se podrá exceder el límite del valor asegurado”, que, si llegare a estimarse que la póliza si tiene cobertura frente al objeto de litigio y que se materializó el riesgo asegurado, no podía condenarse al pago de una suma superior a la asegurada, de conformidad con lo normado en el artículo 1079 de la norma comercial.

“Límites máximos de responsabilidad del asegurador en lo atinente al deducible”, porque “en el hipotético evento en el que mi representada sea declarada civilmente responsable en virtud de la aplicación del contrato de seguro. Es de suma importancia que el Honorable Juzgador descuenta del importe de la indemnización la suma pactada como deducible expuesta anteriormente”.

2.3.- A su turno, el profesional del derecho que representa los intereses del Hospital Universitario Clínica San Rafael contestó la

demanda y oponiéndose a las pretensiones, propuso como excepciones⁴ las que denominó *“inexistencia de la prueba de la culpa como elemento esencial de la responsabilidad patrimonial”*, porque en el proceso se acreditó la continua prestación de los servicios y tecnologías en salud que requirió el demandante, por ejemplo, en la etapa inicial de la cirugía, en que, tanto el Hospital como la doctora Carvajal pusieron a su disposición *“los más altos estándares de calidad conforme los protocolos, la literatura médica y la lex artis”*, además, que, el paciente fue quien se arrancó el colgajo desde la base, por ello, *“en aras de procurar el éxito procedimental, (...) se le interviene siempre con un equipo multidisciplinario constituido por especialidades en cirugía plástica, urología, psicología, medicina interna, etc.”*; que, la cistotomía que se practicó tenía un carácter transitorio y buscaba que el paciente expulsara la orina por ese conducto, pero que el tratamiento sufrió interrupciones por trámites administrativos de la Eps y por falta de adherencia al tratamiento por parte del paciente, cuando *“a Juan David se le otorga el egreso hospitalario, se encuentra en óptimas condiciones, con una buena evolución de sus cuadros clínicos, con las órdenes y prescripciones médicas suficientes para continuar el tratamiento, como lo son las citas de control con especialistas, medicamentos, terapias físicas, medicina y enfermería domiciliaria, signos de alarma, recomendación y la opción siempre perpetua de acudir a la institución en caso de urgencia”*; concluyó que, como no se probó la culpa de los demandados, las pretensiones no pueden prosperar.

“Inexistencia de la prueba de la causalidad como elemento esencial de la responsabilidad patrimonial”, puesto que, fueron las lesiones que se causó el paciente al intentar suicidarse, las que derivaron en el retroceso del procedimiento clínico y en los daños que no se pudo reparar con las intervenciones posteriores que se le realizaron; así se rompe el nexo de causalidad y *“no les es atribuible la obligación de*

⁴ Archivos digitales 27ContestaciónClínicaSanRafael C01CuadernoPrincipal_CERRADO del cuaderno principal.

reparar. Por lo tanto, no existe una causalidad adecuada -o un hecho jurídicamente relevante- entre la acción u omisión de las hoy demandadas con el daño alegado”.

“Hecho exclusivo de la víctima”, reiterando el anterior argumento, afirma que se configuró un hecho exclusivo de la víctima, que les exonera de responsabilidad.

“Inexistencia del daño material: daño emergente”, toda vez, que, el demandante no costeó la cirugía efectuadas en las instalaciones del Hospital Universitario Clínica San Rafael, ni el tratamiento que luego se le brindó, al encontrarse afiliado al sistema de seguridad social bajo la modalidad subsidiada, siendo imposible que sufriera alguna pérdida patrimonial.

“Inexistencia del daño material: lucro cesante”, porque él no contaba con un trabajo o cualquier otra actividad económica que le reportara utilidades, lo que quiere decir, que “no podría hablarse de una pérdida de ganancias esperadas cuando estas ganancias o utilidades no han existido. Se concluye entonces que este daño no está configurado y mucho menos probado”.

“Indebida tasación de los perjuicios inmateriales”, en razón a que, la estimación efectuada en la demanda frente al daño moral y el daño a la vida de relación es desproporcionado y excesivo, totalmente desconocedor de los postulados dictados por la jurisprudencia nacional en esa área.

“Prescripción e Innominada”, esbozando que, de advertirse estructurada la prescripción de los derechos que se reclaman o alguno otro enervante, aunque no se hayan alegado, se procediera a su declaración.

2.4.- A la par, el apoderado de la galeno Carolina Carvajal Forero contestó la demanda, se opuso a las pretensiones e impetró como excepciones⁵ las que denominó *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*, pues, su vinculación se suscitó con fundamento en el incumplimiento de la diligencia exigida para la prestación médica asumida, falta de diligencia y cuidado dentro de la intervención quirúrgica y falta de controles en la franja del postoperatorio, aspecto en que la responsabilidad en la reparación del daño, le corresponde a la Eps Salud Vida, no a ella.

“Ausencia de culpa”, porque ella es médico especialista en cirugía plástica adscrita a la Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica y Estética, así como microcirujana, *“de los pocos que hay en Bogotá, y quienes tienen estas competencias deben estudiar bastante para lograrlo”*, y, por ende, contaba con la suficiente experticia y competencias para realizar el procedimiento requerido por el demandante; el cual ejecutó conforme a los protocolos que la ciencia médica tenían previstos, *“en el entendido que el procedimiento general de cambio de sexo requiere que se haga en diferentes tiempos quirúrgicos, es por esto que la cirugía practicada el 4 de agosto de 2018, que fue la primera etapa donde se realizó el colgajo salió exitosa, pese a que en su delirium el demandante se lo arrancó, incluso se tomaron las medidas necesarias de salvamento para tener piel y estructura para la segunda y tercera etapa que corresponden a la colocación de implantes de silicona para la formación de los testículos y el mejoramiento estético de los genitales. Incluso, para que el caso que nos ocupa se acudió a un equipo interdisciplinario de urología y cirugía plástica con el fin de realizar la intervención quirúrgica; sin que se encuentre alguna negligencia o imprudencia dentro de los procedimientos practicados así como tampoco del posoperatorio”*; finalmente, que sí se le explicó al paciente, previo a su realización, el procedimiento, sus ventajas y desventajas, constituyendo una

⁵ Archivos digitales 30ContestaciónCarolina C01CuadernoPrincipal_CERRADO del cuaderno principal.

contradicción que se indique *“que (...) realizó todo el procedimiento de reasignación en un solo tiempo quirúrgico, cuando la Historia Clínica es clara en manifestar que el procedimiento no ha finalizado”*.

“Hecho de la víctima”, pese a que, la cirugía requería guardar absoluto reposo para obtener una cicatrización satisfactoria, tres días después, el señor Juan David sufrió un delirium *“que tuvo como consecuencia un intento de suicidio hospitalario al intentar ahorcarse”*, lo que perjudicó el postoperatorio y la cicatrización del colgajo de piel, haciendo necesaria realización de otros procedimientos, tales como, la corrección del trombo intravascular; ese hecho generó una serie de complicaciones que no pueden atribuírsele a la médico, menos aún, cuando ella, en compañía de un equipo interdisciplinario, buscó la recuperación del paciente.

“Debida diligencia y cuidado”, que se acredita por el hecho que, el demandante tiene el colgajo de piel vivo, lo que califica esa fase inicial de la cirugía como exitosa, *“el cual permitiría iniciar con el segundo y tercer tiempo quirúrgico, que consisten en la colocación de implantes para la creación de testículos cuya duración oscila en 3 horas y en la corrección estética (sic) los genitales, respectivamente”*; reiteró que, dentro del postoperatorio brindó una atención médica completa.

“Existencia y validez del consentimiento informado”, ratificando que, en este caso, sí se presentó un consentimiento informado, en la medida que explicó al paciente la cirugía, su razón de ser y los riesgos que podían presentarse en el curso de la misma y con posterioridad, por ello *“la paciente asiente y firma voluntaria (sic) un documento en el que queda plasmado todo lo dicho y se procede a realizar la cirugía”*.

“Inexistencia de perjuicios y mala fe del demandante”, por cuanto, que el demandante no soportó en debida forma sus dichos, mientras que alegó hechos contrarios a la realidad; existiendo al tenor de los artículos 79 a 81 del Código General del Proceso, temeridad y mala fe,

que, podría hacerle merecedor, de una sanción de multa oscilante entre 10 y 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“Genérica”, solicitando que, en el evento que encontrare probada alguna excepción que no se haya alegado, pero que, ponga en evidencia, su ausencia de responsabilidad contractual y/o extracontractual, debía declararse.

2.5.- Por último, la aseguradora La Previsora S.A. Compañía de Seguros, obrando por intermedio de apoderada judicial, quien fuere llamada en garantía por la profesional de la salud demandada, contestó la demanda, esbozando oposición a sus hechos y pretensiones, arguyó como excepciones⁶ las que denominó *“acaecimiento de la causa extraña como eximente de responsabilidad de la aseguradora en el caso concreto”*, en el entendido que, las circunstancias propias del caso y el desenvolvimiento de los infortunados hechos relacionados por el demandante, permitían que se declarara la estructuración de cualquiera de las tres modalidades de la figura jurídica de la causa extraña, a saber, fuerza mayor, hecho de un tercero o un hecho de la víctima, poniendo fin al proceso.

“Ausencia de demostración de la ocurrencia de siniestro en relación con la póliza No. 1058985”, por cuanto, que no se cumplió con la carga probatoria de demostrar el siniestro, su cuantía y el riesgo asegurado por razón del contrato de seguro suscrito entre esa aseguradora y la médico demandada.

“Ausencia de cobertura por exclusión expresamente pactada en la póliza-ausencia de cobertura para la responsabilidad profesional propia del equipo médico”, pues, el clausulado general de esa póliza expresamente fijó en el numeral 2º de la cláusula segunda, la exclusión aplicable a todos los amparos por razón de “LA

⁶ Archivos digitales 12ContestaciónLLamadaPrevisora Cuaderno C05LlamaGarantiaCarolinaAPrevisora del cuaderno principal.

RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL INDIVIDUAL PROPIA DE MÉDICOS Y/U ODONTÓLOGOS, O DE CUALQUIER PROFESIONAL DE LA SALUD”, lo que derivaría en que la situación fáctica invocada por el demandante, esté por fuera del riesgo asegurable asumido por esa empresa, máxime cuando, lo que le reprochó a esa profesional fue no contar con la preparación suficiente para realizar el procedimiento quirúrgico primigenio.

“Ausencia de cobertura por exclusión expresamente pactada en la póliza-ausencia de cobertura para cirugías de cambio de sexo o sus características distintivas” y “ausencia de cobertura por exclusión expresamente pactada en la póliza-ausencia de cobertura para cirugías estéticas o reconstructivas”, retomando la anterior argumentación, descende a la afirmación que en los numerales séptimo y treinta y seis de esa misma cláusula, además, se dispuso, respectivamente y según su orden, como eventos excluidos la *“PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD QUE SE EFECTÚEN CON EL OBJETO DE LOGRAR MODIFICACIONES Y/O CAMBIOS DE SEXO Y/O SUS CARACTERÍSTICAS DISTINTIVAS, AUNQUE SEA CON EL CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE”* y *“CIRUGÍA PLÁSTICA O ESTÉTICA, SOLAMENTE SE OTORGA COBERTURA PARA LA CIRUGÍA RECONSTRUCTIVA POSTERIOR A UN ACCIDENTE Y LA CIRUGÍA CORRECTIVA DE ANOMALÍAS CONGÉNITAS”*.

“Limitación contractual al monto indemnizable”, comoquiera que, su responsabilidad se encuentra limitada por los condicionamientos enunciados en el artículo 1602 del Código Civil, por ende, *“en el improbable caso de que se presente una condena contra Previsora a la hora de valorar el monto es necesario atender a las condiciones de la póliza, con objeto de determinar la limitación contractual al monto indemnizable”*.

“Disponibilidad del valor asegurado”, según la cual, al tenor de lo previsto en el artículo 1111 de ese estatuto, el valor asegurador se

reducirá atendiendo a los siniestros presentados y los pagos que se realizaren por parte de la aseguradora, *“por tanto, a medida que se presenten más reclamaciones por personas con igual o mayor derecho y respecto a los mismos hechos dicho valor se disminuirá en esos importes”*.

“Cobro de lo no debido”, al considerar que, no debe suma alguna al demandante.

“Inexistencia de mora sin incumplimiento”, que, imposibilita que se paguen intereses moratorios por aplicación de los artículos 822 y 833 del Código de Comercio y artículo 1608 del Código Civil.

“Genérica”, para solicitar que se declare probada cualquier otra excepción que resulte probada en el proceso y que *“impida que las pretensiones de la demanda en contra de Previsora prosperen total o parcialmente”*.

3. La sentencia de instancia

El fallador de primer grado⁷ desestimó las pretensiones de la demanda, absteniéndose de analizar las excepciones formuladas por las demandadas y por las llamadas en garantía; sin condenar al demandante al pago de las costas del proceso.

Explicó que, la obligación de la médico demandada, en este asunto, era de medio no de resultado, dada la complejidad y la incipiente práctica del procedimiento realizado al demandante.

Agregó que, tratándose de la responsabilidad médica, se requería que la conducta del profesional de la salud, ya fuere por acción u omisión, estuviere en contravía de los protocolos existentes en la materia, o que

⁷ Archivo 121ActaProceso202100081(sentencia) C06ContinuaciónC01Tomo1 del cuaderno principal

actuar con falta de diligencia o pericia, no existiere compromiso desde el punto de vista ético y humano; siendo necesario todo ello para la obtención de un resultado favorable y cuya ausencia generaría el denominado daño antijurídico.

Adujo que, en la historia clínica aportada, si bien, aparecía detallada la descripción del procedimiento de faloplastia practicado al demandante, en las instalaciones del hospital demandado, según remisión efectuado por la Eps Salud Vida, no emergía de plano el error médico que se les enrostraba a los demandados, por lo que resultaba de amplia utilidad los peritajes y conceptos rendidos por los profesionales en el campo de la medicina convocados al proceso.

Además que, en su interrogatorio, el demandante enunció sobre el servicio que se le brindó, la situación que vivió, la atención posterior y las dificultades que se presentaron para asegurar la continuidad de esa atención; mientras que, el representante legal del Hospital especificó que el asunto le fue remitido por la Eps; por último, la médica demandada habló sobre su experiencia y formación profesional, la forma en que realizó el procedimiento al paciente, de su especialidad y el carácter novedoso de ese caso en el centro hospitalario.

Aludió a las declaraciones de los profesionales de salud citados a la instancia, estos fueron, Leonardo Rojas, Eduardo Orozco Díaz y Ariel José Serrano, para reseñar que, ellos enunciaron que la galeno demandada tenía una formación idónea para desarrollar ese procedimiento; cuáles eran los lugares en que podía tomarse la muestra corporal para la creación del colgajo; que el resultado que se presentó era una posibilidad; que explicaron lo relativo a la funcionalidad del conducto urinario; que se había realizado una junta médica para dar aprobación al procedimiento; que la reasignación de sexo implicaba un proceso compuesto por varias etapas para finiquitar

funcional y estéticamente el miembro viril implantado; señalaron las posibles secuelas que se podían suscitar.

Aclaró que, el perito contratado por la médico demandada, Andrés Esteban Jaramillo del Rio, reseñó que el procedimiento cumplió con los condicionamientos técnicos de rigor, aunque se requería realizar otros adicionales para mejorar el aspecto estético del miembro y dar funcionalidad a la uretra para la expulsión del líquido urinario por ese canal; que, la muestra corporal tomada para realizar el colgajo era una opción adecuada, por lo demás, que se manejaron acertadamente las complicaciones que se presentaron con posterioridad (reintervención para reparar estructuras lesionadas).

Manifestó que, los restantes testimonios (otros médicos que le han brindado atención médica y hermana del demandante), reseñaron las complicaciones y afectaciones que el demandante sufrió en su salud y estilo de vida.

Aseveró que, la prueba en conjunto, no lograba probar la culpa de la médico que practicó la cirugía; que no existía esa conducta antijurídica, por falta de respeto a los protocolos de rigor, de hecho, que no se demostró la existencia de esas pautas para ese tipo específico de cirugía.

Señaló que, el consentimiento informado sí cumplió lo requerido, puesto que, señaló puntalmente las particularidades del procedimiento que se iba a practicar y no fue abstracto.

Estimó que, el hecho que fuere la primera cirugía que realizó la profesional médica demandada en ese centro hospitalario, no era suficiente para concluir que ello hubiere causado el daño; ratificó que no existía prueba a ese respecto.

Refirió que, no era posible aplicar la teoría de la culpa virtual en esta responsabilidad, por la complejidad que implica la ciencia médica y por la ausencia de la prueba que acreditara el daño antijurídico.

Resaltó que, no era dable hacer inferencias de responsabilidad, cuando no existía una prueba o base científica que las respaldara.

Indicó que, ante la improsperidad de las pretensiones de la demanda, no era necesario entrar a resolver las excepciones propuestas por los demandados y los llamados en garantía,

Por último, eximió de condena en costas al demandante, por virtud al principio de equidad y por lo dispuesto en el numeral primero del artículo 365 del C. G. del P., dada la gravedad de la situación que padece.

4. El recurso de apelación

El demandante apeló⁸ el fallo de primer grado y formuló los respectivos reparos, los que oportunamente sustentó concretándolos en los siguientes aspectos:

Reprochó que, no se hiciera un examen crítico de la totalidad de las pruebas recaudadas, acompañada de una explicación y conclusión razonada, mientras que se incurrió en una divagación considerativa, omitiendo deducir indicios a partir de la conducta procesal de las partes, además, que no se aplicaran objetivamente las reglas de la experiencia; incurriendo con todo ello, en un contenido insuficiente en los términos reseñados en el artículo 280 del Código General del Proceso.

⁸ Archivo 119SustentacionRecursoApelacion C06ContinuaciónC01Tomol del cuaderno principal

Afirmó que, se desconoció el contenido del artículo 176 ibidem, por cuanto, no se apreció en su conjunto el caudal probatorio existente, con sustento en una sana crítica; que, no se enunciaron los méritos que se le asignaba a cada elemento de prueba, máxime cuando algunos de ellos fueron tachados de sospechosos; así, estimó que, se suscitó *“una completa desconexión del juez con el problema central del litigio desde el punto de vista técnico -confundiendo, por ejemplo, colgajo con faloplastia, y enfocándose solamente en si era o no viable y aceptable tomar el colgajo del muslo—, y mucho más todavía con la problemática global de la población transgénero, cuyos miembros no pueden considerarse como cualesquiera otros pacientes de cualquier otra cirugía plástica”*.

Indicó que, ese juzgador no actuó con imparcialidad y libre de designios anticipados o prevenciones, pues, impidió la contradicción de ciertos testimonios, arguyendo que *“estos temas ya estaban claros”*, cuando ello no era cierto; que, seleccionó segmentadamente las pruebas de los demandados, pasando por alto las contradicciones y falsedad de los testigos *“del Hospital y de la cirujana eran empleados y colegas respectivamente, por lo que debía sospecharse de su parcialidad, dando un peso al menos igual a las declaraciones de los testigos médicos del demandante, que ninguna relación subjetiva tenían con él. Esto se expresó, finalmente, en una decisión que demuestra cierta (comprensible) incomodidad ideológica hacia la condición trans del demandante y/o hacia el procedimiento quirúrgico que quiso hacerse”*.

Reiteró que, no se acudió a la prueba indicaría que emergía de múltiples elementos, por ejemplo, documento y declaraciones de parte y testimoniales, y, que, permitía deducir la culpa médica de los demandados, sin que pueda verse, la pericial, como la única prueba idónea para demostrar la responsabilidad médica, *“que es lo que parece haber querido decir el juez cuando concluyó que no hubo prueba técnica, pese a que sí la hubo en los testigos y en el peritaje arrimado*

por una demandada, mismo que pertenecía al demandante por virtud del principio de comunidad; y pese a que, como se dijo, los indicios ayudaban bastante en esta tarea”.

Expuso que, el juzgador de primera instancia, hizo mención al principio de inversión de la carga de la prueba, pero no aplicó sus efectos al Hospital que no aportó dictamen alguno, mientras que sus testigos eran dependientes suyos y se contradijeron, *“su Representante Legal no dio ninguna luz sobre la diligencia en su interrogatorio, no demostró el comité multidisciplinario, la experiencia ni en general la debida prudencia; y, en punto a la doctora Carvajal adujo que su peritaje terminó arrojando luz sobre su mala praxis y su falta de pericia y que en su interrogatorio de parte “caviló sobre algunos conceptos técnicos ligados al sistema urinario y al sistema nervioso, sistemas que ella intervino sin ser especialista en la materia, en una cirugía que, confesado por ella, fue la primera que había hecho en Colombia”.*

Agregó que, se aplicó una incorrecta interpretación del principio de la necesidad de la prueba, por cuanto, el juez convirtió en una obligación rígida para el demandante llevar prueba científica de la culpa médica, cuando las decisiones judiciales deben adoptarse con sustento en todas las pruebas, no solo de algunas, itera, que *“tomó distancia de las pruebas documentales, testimoniales e incluso de la pericial contradicha, en las que el demandante sustentó sus pretensiones y alegaciones finales, y dio valor, en cambio, a aquellas que respaldaban las excepciones de ausencia de culpa o diligencia y cuidado que alegaron los demandados en sus respectivas defensas; por supuesto sin comunicar cuál era el mérito dado a cada una de ellas, sino simplemente prescindiendo de cualquier valoración”.*

Señaló que, se exoneró de responsabilidad argumentando que se *“prestó el servicio por remisión de la EPS Saludvida y cumplió todos los protocolos, sin explicar qué efecto jurídico tenía, (...) pasando por alto*

que sí logró probarse i) la inexistencia de un comité multidisciplinario de disforia de género; ii) la falta de experiencia del Hospital en este tipo de cirugías, iii) la violación de la obligación de seguridad, que es de resultado, al permitir que el demandante se causara daño a sí mismo dentro de la U.C.I., y iv) la violación de la obligación de prestar consentimiento informado idóneo, que es de resultado y que se lesionó por las razones que ahondaré con más profundidad al sustentar el recurso”.

Expuso que, fue equívoca la determinación de la obligación a cargo de los demandados, como de medio y no de resultado, dejando a un lado, incluso, el deber de seguridad que le asistía al centro hospitalario respecto de su paciente y que le imponía haber evitado que él se causara lesión alguna en el episodio de delirium que sufrió, máxime cuando ya había consentido permanecer atados de pies y manos y que la cirujana recomendó vigilancia permanente.

Manifestó que, el consentimiento informado que se surtió en este caso, fue obtenido coaccionando al demandante a su suscripción, mientras que debió comprender *“las posibilidades de éxito del procedimiento, así como las posibilidades de concreción de todos los riesgos, con su alcance, sin limitarse a mencionarlos (...) no son válidos simplemente por el hecho de haber sido firmados, sino reflejan la verdadera voluntad libre del agente que se somete a riesgo”.*

Aludió que, no podía equipararse el concepto del comité multidisciplinario de disforia de género al de la junta médica de cirujanos, para concluir que el ente hospitalario cumplió con los protocolos debidos, menos aún, cuando lo discutido debe constar por escrito y no obra aporte de documento tal.

Estimó que, el juzgado descendió a la idea que no se había acreditado la culpa médica, sin prestar atención a los reportes de neurología y fisiatría *“aportados en el traslado de las contestaciones y por virtud de*

la única prueba de oficio decretada, en los que se concluye que la lesión, producida en la zona de intervención, es permanente, ni a las declaraciones testimoniales de los cirujanos, de la propia médica demandante, del perito y del urólogo Dr. Fabio Otero, quienes coincidieron en que el objetivo de la primera etapa era, además de darle vida al colgajo, que el neo pene funcionara para orinar a través de la nueva uretra, cosa que hoy, 4 años después no ocurre”.

Afirmó que, era indebida la idea relativa a que la profesional de la salud obró conforme a los protocolos, *“sin prestar atención al hecho de que no actuó a partir de un comité multidisciplinario (...) de que no continuó el tratamiento quirúrgico que había iniciado (...) y de que cambió sus versiones al abocarse a la explicación de su praxis en tornos a las características de la lesión nerviosa, (...) el juez simplemente dijo que su declaración era creíble, así sin más, pese a que también hubo alarmantes contradicciones y una sorpresiva carencia de prueba documental en torno a su experiencia en esta clase de cirugía”.*

Señaló que, no tuvo en cuenta la documental aportada que ponía en evidencia la falla médica, itérese, respecto a que no era aconsejable generar sensibilidad a partir de una conexión nerviosa en la faloplastia con colgajo, que el procedimiento debía realizarse en varias fases, que no existió un comité multidisciplinario, las complicaciones en la anastomosis, el delirium, los daños en la uretra, falta de rigor del consentimiento informado, entre otros.

Manifestó que, la prueba pericial arrimada al proceso, no fue debidamente valorada, porque nada se dijo frente a la contradicción que se agotó, por ejemplo, que el perito no revisó lo relativo al consentimiento informado y sí concluyó que la cirugía se realizó conforme a los protocolos, mientras que no examinó físicamente al demandante.

Atacó que, se analizara la causalidad entre los actos médicos y el daño, dándole validez a los testimonios de los cirujanos plásticos, aunque no tenían conocimiento en neurología, mientras que se apartó del reporte documental firmado por el doctor Assis Barragán y el testimonio del galeno Israel Serrano Zúñiga, ambos que, *“por sus especialidades, por haber tenido contacto directo con el paciente y, además, por su imparcialidad, podía dar un mejor concepto que el de aquellos testigos, como en el que en efecto ofreció dejando manto de dudas sobre la relación directa entre la praxis y el daño nervioso, que es el más grave y el que más impacta sobre el Daño Moral y sobre el Daño a la Vida en Relación que alegó el demandante”*.

Finalmente, que, se apreciara erradamente el concepto de la culpa virtual, no aplicándola, cuando *“precisamente (...) se usa cuando faltan esas pruebas, pero los resultados lesivos son tan evidentes que no puede dudarse de que provienen de una mala praxis. Y esta evidencia podía surgir no sólo de un análisis conjunto de todas las declaraciones testimoniales, sino de que los daños que al Tribunal se demostrarían como irreversibles y desproporcionados provienen de todos los actos llevados por una médica cirujana que no demostró tener experiencia y que se contradijo a lo largo de sus intervenciones, demostrando más un claro temor a ser condenada, que seguridad y coherencia en punto de su propia actividad, virtudes necesarias para demostrar su pericia y su conocimiento de la materia”*.

Por lo expuesto, solicitó que se revocara el fallo de primera instancia, y, en su lugar, se accediera a sus pretensiones.

II. CONSIDERACIONES

5. Presupuestos procesales

Concurren los presupuestos procesales y no se advierte vicio alguno que invalide lo actuado, por lo se procede a dirimir el mérito de la

controversia, precisando, además, que la competencia de esta instancia está delimitada por los concretos y puntuales reparos formulados por la parte apelante al fallo opugnado, según lo previsto por el artículo 328 del C. G. del P.

6. Análisis de los reparos motivo de la impugnación

6.1. Se reprocha al fallador de primer grado: **(i)** no realizar un examen de la totalidad de las pruebas recaudadas en el proceso, explicando las conclusiones obtenidas, mientras que omitió deducir indicios a partir de la conducta procesal de las partes, así como las reglas de la experiencia y la sana crítica, en general, no acatar lo normado en los artículos 280 y 176 del C. G. del P.; **(ii)** desconocer la tacha de falsedad que se formuló respecto de la prueba testimonial de su contraparte; **(iii)** desconectarse del problema real a resolver, por cuanto, confundió terminología médica y generalizó la situación de la población transgénero con aquella que podía suscitarse en cualquier otro procedimiento de cirugía plástica; **(iv)** actuar con parcialidad en favor de los demandados, con designios anticipados y prevenciones, mientras que impidió la contradicción de ciertos testimonios; **(v)** no acudir a los indicios deducibles de los documentos y declaraciones obrantes en el proceso, para fijar la responsabilidad médica enrostrada a los demandados; **(vi)** no aplicar el principio de la carga de la prueba, para sancionar que los demandados no hubieren presentado pericia alguna y que sus testigos eran sus dependientes e incurrieron en contradicciones, mientras que, sí le impuso al demandante el deber de acreditar con probanza técnica la culpa médica descrita en la demanda; **(vii)** exonerar de responsabilidad a los demandados, pese a que no se surtió un comité interdisciplinario, existió falta de experiencia en el Hospital y la profesional de la salud para el desarrollo del procedimiento primigenio, se permitió que el demandante se hiciera daño en el tiempo que estuvo hospitalizado y no se generó un consentimiento libre y debidamente informado; **(viii)** calificar erróneamente de medios y no de resultado, la obligación

contraída por los demandados; **(ix)** no analizar el contenido de los reportes de neurología y fisiatría que se allegaron al descorrer el traslado de las excepciones, así como los dichos de la médico demandada y el perito designado Fabio Otero, de donde se deducía que no se cumplió el objetivo de darle funcionalidad al colgajo y a la nueva uretra; **(x)** concluir que el actuar de la profesional de la salud se ajustó a los protocolos de rigor; **(xi)** no indicar que el consentimiento informado obtenido no se ajustaba a la legalidad, por cuanto, se obtuvo bajo presión y no comprendió el informe fidedigno e integral de la atención que recibiría; **(xii)** no evidenciar el error en el lugar que escogió para tomar la muestra corporal que daría paso al colgajo; **(xiii)** omitir considerar la oposición surtida respecto del dictamen pericial arrimado a las diligencias; **(xiv)** darle valor a los dichos de los cirujanos plásticos que rindieron testimonio, mientras que no tomó en consideración el informe del doctor Assis Barragán y el testimonio del galeno Israel Serrano Zúñiga; **(xv)** no aplicar la culpa virtual para deducir a partir de ella, la responsabilidad de los demandados.

6.2. La Sala abordará el análisis de la sustentación de la parte impugnante, advirtiendo desde ya, que la tesis del A quo será confirmada, por las razones que a continuación se exponen:

6.3. Respecto a la responsabilidad médica, se ha dicho, que es una especie de la responsabilidad profesional y, por lo tanto, está sujeta a las reglas del ejercicio de la profesión de la medicina y cuando en cualquiera de sus fases (prevención, pronóstico, diagnóstico, intervención, tratamiento, seguimiento y control) se causa un daño, acreditados los demás presupuestos axiológicos de la responsabilidad civil, surge ineluctablemente la obligación de repararlo, pues: *“el acto médico puede generar para el profesional que lo ejercita obligaciones de carácter indemnizatorio por perjuicios causados al paciente, como resultado de incurrir en yerros de diagnóstico y de tratamiento, ya porque actúe con negligencia o impericia en el establecimiento de las causas de la enfermedad o en la naturaleza misma de ésta, ora porque*

a consecuencia de aquellos ordene medicamentos o procedimientos de diversa índole inadecuados que agravan su estado de enfermedad, o bien porque ese estado de agravación se presenta simplemente por exponer al paciente a un riesgo injustificado o que no corresponda a sus condiciones clínico – patológicas” (cas. civ. sentencia de 13 de septiembre de 2002, exp. 6199).

Así mismo, conviene recordar que, en la responsabilidad por daños causados en la práctica médica, y las implicaciones que tal evento tiene en las instituciones del sistema de seguridad social en salud, por el incumplimiento implícito de los deberes que la ley les impone a tales entidades EPS e IPS, la Honorable Corte Suprema de Justicia tiene un criterio consolidado, a saber, que dichas instituciones deben *“cumplir a cabalidad con la administración del riesgo en salud de sus afiliados y los beneficiarios de éstos, así como garantizar la idónea prestación de los servicios contemplados en el plan obligatorio de salud, teniendo en cuenta que su desatención, dilación o descuido, ya sea que provenga de sus propios operadores o de las IPS y profesionales contratados con tal fin”*⁹.

Ahora, no puede perderse de vista que, conforme a las previsiones normativas -ley 1438 de 2011-, la obligación de los profesionales de la medicina es de medio y no de resultado; en ese sentido, ha indicado esa Corporación 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 profesional, 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”*¹⁰.

⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de Casación de septiembre 17 de 2013, SC 17137/2014, SC 8219/16.

¹⁰ SC3919-2021

De manera que, si no logra alcanzar el objetivo propuesto con el tratamiento o la intervención realizada, solamente podrá ser declarado el médico civilmente responsable y condenado a pagar perjuicios si se demuestra que incurrió en culpa por haber abandonado o descuidado al enfermo, por no haber utilizado diligentemente en su atención sus conocimientos científicos o por no haberle aplicado el tratamiento adecuado a su dolencia, a pesar de que se sabía que era el indicado.

Según las previsiones del artículo 16 de la Ley 23 de 1981, puede existir un eximente de responsabilidad médica por riesgos imprevistos que generen reacciones adversas, inmediatas o tardías producto del tratamiento.

Sobre ese tema, ha indicado el máximo órgano jurisdiccional que *“lo que se espera de los médicos, y demás talento humano vinculado a esta actividad, es que estén atentos a los signos que muestren los pacientes con el fin de determinar el plan de acción tendiente a buscar su mejoría, o embellecimiento, sin que pueda exigírsele que evalúen todas las posibilidades de diagnóstico e implementen la totalidad de los tratamientos existentes, pues sería una carga de imposible realización y privaría a otras personas con necesidades reales de que accedan a los servicios en condiciones de oportunidad. De allí que el artículo 13 del decreto 3380 de 1981 excluya la responsabilidad cuando el daño a la salud o a la vida se origine de una situación imprevisible o de difícil previsión, en una clara salvedad «por la imprevisibilidad connatural a esta ciencia» (Cfr. SC9721, 27 jul. 2015, rad. n.º 2002-00566-01). Obviamente, siempre que los médicos hayan realizado las conductas que son propias de la lex artis y no hayan incidido en la ocurrencia del riesgo¹¹“.*

Finalmente, por las condiciones especiales de indefensión en que se encuentra por lo general el paciente al momento de las intervenciones

¹¹ Ibidem

quirúrgicas, para una adecuada protección de la persona, la jurisprudencia ha tomado el camino de introducir la teoría de la “carga dinámica de la prueba”, según la cual, las cargas probatorias dinámicas, imponen el peso de la prueba en cabeza de aquella parte que por su situación se halla en mejores condiciones de acercar la prueba a la causa, sin importar si es demandante o demandado, atendiendo desde luego el principio de la buena fe y los deberes de colaboración de las partes con el órgano jurisdiccional, para la práctica de pruebas y diligencias.

Esa Corporación expresó que *“Fruto de la evolución jurisprudencial que en Colombia ha tenido la responsabilidad médica, desde hace algún tiempo se venía aplicando la “teoría de la carga dinámica de la prueba”, en virtud de la cual debe identificarse si “es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos” o si, por el contrario, esa facilidad la tiene la parte opuesta, tanto en lo que refiere a la “falla del servicio” como a la “relación de causalidad”.*

6.4. Ahora, prescribe el artículo 280 del C. G. del P., que *“la motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas”.*

El artículo 281 siguiente, establece que *“La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta. Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último. En la sentencia se tendrá*

en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio”.

Por último, el artículo 282, prevé que *“En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda. (...) Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes”.*

6.5. De otra parte, expóngase que, el artículo 164 del C. G. del P., instituye que *“Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho”.*

A la par, que, el artículo 165, dispone que *“Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros que sean útiles para la formación del convencimiento del juez”.*

Igualmente, que, el artículo 167 ejusdem, consagra que *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. (...) Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”.*

6.5. Se descende a los reparos primero, segundo, sexto, noveno, décimo, décimo segundo, décimo tercero y décimo cuarto, cuyo estudio será abordado de forma conjunta, dada su identidad argumentativa, que se dirige, en síntesis, a que, contrario a lo aducido

en la sentencia de primer grado, se declare que los demandados sí incurrieron en la falla médica enrostrada y por ende, son responsables por ese hecho y deben indemnizar los perjuicios causados al demandante.

En este ámbito, señálese que, la estructuración de la responsabilidad civil médica, como la que se reclamó por esta vía jurisdiccional, exige la presencia y acreditación de los siguientes cuatro elementos: i) un contrato de prestación de servicios médicos; ii) un incumplimiento del contrato por el médico; iii) un perjuicio ocasionado a la víctima y iv) un nexo causal entre el incumplimiento y el daño.

Los ítems primero y tercero están acreditados, pues, tanto demandante como demandados, aceptan que, el señor Juan David Martín López, fue asignado como usuario a la Ips Hospital Universitario Clínica San Rafael, por remisión realizada por la Eps Salud Vida -previa contratación de rigor-, en el marco de la cobertura médica que le estaba brindando en su reasignación de sexo -a género masculino-; además, que el 4 de agosto de 2018, el paciente ingresó a ese hospital, para que se le realizara reconstrucción de pene, iniciándose con la cirugía denominada “faloplastia”.

En realidad, el punto central de la discusión gira en torno a establecer si las demandadas incumplieron las obligaciones contractuales en el área médico asistencial que les asistía frente al paciente, y de ser así, si existe un nexo de causalidad entre aquello y el daño que se esbozó en la demanda como padecido por él.

En este tema, enúnciese que, el incumplimiento contractual en referencia, puede suscitarse por la inexecución del contrato médico o por su cumplimiento defectuoso; materializándose la segunda hipótesis, cuando el profesional de salud con dolo o culpa causa daño al paciente.

Al respecto, el autor Juan Manuel Prevot, en su libro “Responsabilidad civil de los médicos”, expresó:

“De manera general, la culpa es un defecto, desviación o extravío de la conducta, es apartarse de una regla, baremo o patrón, es la violación de un deber preexistente, es decir, la omisión de la diligencia exigible para prevenir o evitar un daño. En materia médica, por lo general, es considerada como responsabilidad que se funda sobre la falta, es decir, se precisa la demostración de esa falta como factor de atribución para que haya responsabilidad.

(...)

En material civil, tradicionalmente la culpa se ha definido de manera general, como la violación de un deber preexistente que no cometería una persona avisada colocada en las mismas circunstancias del autor del daño.

En este sentido, SAVATIER indica: “La culpa es el incumplimiento de un deber que el agente podía conocer y observar”; para PLANIOL: “La culpa es una falta contra una obligación preexistente”; POTHIER indica sobre este particular que la culpa cuasidelictual: “es el hecho por el cual una persona, sin malignidad, pero mediante una imprudencia que no es excusable, causa un mal a otra”; para los hermanos MAZEUD y TUNC: “La culpa cuasidelictual es un error de conducta tal, que no lo habría cometido una persona cuidadosa situada en las mismas circunstancias externas que el autor del daño”.

Explicando luego que, la falla médica se generará por:

i.- Imprudencia médica, cuando el galeno asume una actitud profesional injustificadamente apresurada, obra de manera precipitada careciendo del juicio previo y necesario que se requiere para prever los resultados; se trata de un actuar irreflexivo, con falta

de cautelas y precauciones, es decir, él ejecuta una conducta activa consistente en hacer lo que no debe.

ii.- Negligencia médica; en el evento que la actitud profesional del médico se materializa en no hacer lo que debe, pudiendo hacerlo; por ejemplo, cuando conociendo sus deberes, sabiendo cómo debe realizar el acto médico y teniendo la posibilidad de hacerlo, pues nada se lo impide, no lo hace.

iii.- Impericia médica; que se configura cuando el médico realiza su actuación profesional sin el conocimiento, la habilidad, la capacidad o la experiencia profesional requerida para un tratamiento o intervención adecuada.

iv.- Violación de los reglamentos; en el entendido que, siendo la medicina una profesión estrictamente reglada, el galeno vulnera por acción u omisión esas directrices.

Entonces, ha de determinarse si en la ejecución del procedimiento de faloplastia practicado al demandante, se incurrió en una falla médica en cuanto a su ejecución y/o posterior manejo, en caso positivo, si esta fue la causa del daño que sufrió el paciente y si existe nexo de causalidad entre uno y otro; enfatizándose que, esa carga probatoria estaba asignada al señor Juan David Martín López.

Al efecto, adviértase que, el artículo 165 del C. G. del P., señala que, son *“medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez”*; mientras que, el artículo 167, dispone que *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (...) Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”*.

Asimismo, que el artículo 191, pregona que la *“confesión requiere: 1. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado. 2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria. 3. Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba. 4. Que sea expresa, consciente y libre. 5. Que verse sobre hechos personales del confesante o de los que tenga o deba tener conocimiento. 6. Que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada. La simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas”*.

A su turno, que el artículo 198, estatuye que *“el juez podrá, de oficio o a solicitud de parte, ordenar la citación de las partes a fin de interrogarlas sobre los hechos relacionados con el proceso”*; en tanto que el artículo 208 prevé que *“Toda persona tiene el deber de rendir el testimonio que se le pida, excepto en los casos determinados por la ley”*.

El artículo 226 del estatuto procesal en comento, consagra que: *“La prueba pericial es procedente para verificar hechos que interesen y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos”*.

Recuérdese que, el maestro Devís Echandía en su obra Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo II, Primera Edición Colombia, Biblioteca Jurídica DIKE, Medellín, página 287, define la peritación como *“una actividad procesal desarrollada, en virtud de encargo judicial, por personas distintas de las partes del proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante la cual se le suministra al juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o cuyo entendimiento escapa a las aptitudes del común de las gentes”*.

Planteamiento que coincide con lo señalado por la Honorable Corte Suprema de Justicia/Sala Civil, en sentencia de 29 de abril de 2005,

Magistrado Ponente Dr. Carlos Ignacio Jaramillo, en el sentido que: *“(...) la peritación únicamente “es procedente para verificar los hechos que interesan al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos”, no para que suplan al juez en la tarea de ponderar las pruebas, siendo claro, en adición, que “el sentenciador de instancia goza de autonomía para calificar y apreciar la firmeza, precisión y calidad de los fundamentos del dictamen pericial (...) mientras la conclusión que él saque no sea contraevidente, sus juicios al respecto son inmodificables”.*

En cuanto refiere al aporte de la prueba pericial que se rinde al interior de un proceso de responsabilidad médica, se trae a cita nuevamente el tratadista Serrano Escobar, quien indica: *“El aporte del perito (...) tiene que ver con ilustrar al juez sobre las patologías, las causas, las consecuencias, sus manifestaciones, las alternativas terapéuticas, los riesgos, los protocolos científicos, los tratamientos y procedimientos efectuados y los que dejaron de hacer durante todo el curso de la atención, en fin, respuestas puntuales a preguntas puntuales en el campo médico”.*

De otra parte, se tiene que el artículo 243 establece: *“Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares”.*

En relación con el valor que le asiste a la documental materializada en la historia clínica de un paciente, en aquellos eventos en que se enrostra falla profesional al médico tratante y/o las entidades que operan como agentes del sistema de seguridad social en salud, se trae a colación lo explicado por el autor Luis Guillermo Serrano Escobas, a saber: *“La importancia de la historia clínica en materia probatoria en*

responsabilidad médica tiene que ver con la circunstancia de que en este documento se relaciona todo lo concerniente a las condiciones de salud del paciente y a la atención que se le prestó, ya sea por el profesional de la salud si la consulta es externa o la entidad asistencial que lo atendió, si requirió hospitalización. Entonces, esos datos allí consignados dan cuenta de la calidad de esa atención, cómo lo encontró el médico y qué se le hizo durante su permanencia en la institución asistencial, cómo evolucionó a la terapia instaurada, lo que permite valorar esa atención conforme los estándares científicos o las reglas de la lex artis. Y, además, posibilita establecer el vínculo causal entre la conducta del profesional de la salud y los resultados adversos”.

Por último, se alude a lo fijado por el Honorable Consejo de Estado/Sala de lo Contencioso Administrativo/Sección Tercera en sentencia de fecha 10 de agosto de 2007, expediente No. 15178, a saber: *“La jurisprudencia de esta Sección, se ha ocupado de estudiar el tema concerniente a las características y exigencias de la historia clínica dentro de los procesos en los cuales se discute la responsabilidad extracontractual del Estado derivada del despliegue de actividades médico-asistenciales y ha precisado la naturaleza jurídica de documento público que corresponde a tales historias y, por ende, su valor probatorio, en los siguientes términos: Es de resaltarse que la clínica asentada en entidades públicas es un documento público, que da fe, desde el punto de vista de su contenido expreso, de la fecha y de las anotaciones que en ella hizo quien la elaboró (art. 264 del C. P. C., y desde el punto de vista negativo, también da fe de lo que no ocurrió, que para este caso revela que al paciente no se le practicó arteriografía”.*

Ahora, se tiene que el demandante, en el escrito génesis de esta acción¹², peticionó el decreto, práctica y/o aportó los elementos de pruebas que se relacionan a continuación:

¹² Archivos digitales 01DemandaAnexos y 06SubsanacionDemanda del C01CuadernoPrincipal_CERRADO del cuaderno principal.

- 20 fotografías tomadas al demandante entre agosto y diciembre de 2019; dictamen de pérdida de capacidad laboral.
- Sentencia del 13 de abril de 2009, proferida por el Juzgado 2 Promiscuo Municipal de Chía, radicado 2009-152.
- 11 folios pertenecientes a la historia clínica de fecha 15 de febrero de 2018.
- 1 folio con cita de control previa a cirugía del 2 de mayo de 2018.
- 9 folios de historia clínica número 4692526.
- 4 folios de descripción quirúrgica de fecha 4 de agosto de 2018.
- 2 folios de descripción quirúrgica de fecha 6 de agosto de 2018.
- 2 folios de descripción quirúrgica de fecha 10 de agosto de 2018.
- 1 folio de descripción quirúrgica de fecha 23 de agosto de 2018.
- 21 folios de descripción quirúrgica de fecha 25 de agosto de 2018.
- 9 folios con fórmulas médicas, recomendaciones e incapacidad de fechas 25, 27 y 30 de agosto y 21 de septiembre de 2018.
- 3 folio de reingreso al Hospital San Rafael por “rectorragia” y “herida sobreinfectada” de fecha 26 de agosto de 2018.
- 2 folios con epicrisis de fecha 27 de agosto de 2018.
- 8 folios de historia clínica 4717922 y 4717533 de 30 de agosto de 2018.
- 1 folio descripción quirúrgica de fecha 6 de septiembre de 2018.
- 1 folio descripción quirúrgica de fecha 13 de septiembre de 2018.
- 9 folios de servicios autorizados, recomendaciones y nueva incapacidad de fecha 21 de septiembre.
- 10 folios de historia clínica de fecha 10 de octubre de 2018.
- 1 folio de consulta de control de fecha 6 de noviembre de 2018.
- Sentencia de tutela del 9 de noviembre de 2018 proferida por el Juzgado 2º Penal Municipal de Chía que ordena a la EPS SALUDVIDA, entre otras, la entrega de los 270 pañales referidos en la demanda.
- 2 folios de epicrisis de fecha 19 de noviembre de 2018.
- 2 folios de historia clínica 4796493 de fecha 19 de noviembre de 2018.
- 8 folios de epicrisis de fecha 22 de noviembre de 2018.

- 5 folios de epicrisis de fecha 23 de noviembre de 2018.
- 3 folios de consulta externa al domicilio del demandante de parte de la Dra. Camila Alejandra Nieto de fecha 12 de diciembre de 2018.
- 3 folios de consulta externa al domicilio del demandante de parte de la Dra. Camila Alejandra Nieto de fecha 21 de enero de 2019.
- 4 folios de consulta externa al domicilio del demandante de parte de la Dra. Maritza Stefania Vera de fecha 28 de febrero de 2019.
- Autorización para aplicación de testosterona de fecha 5 de marzo de 2019.
- 3 folios de consulta externa al domicilio del demandante de parte del Dr. Jhonny Condori de fecha 8 de marzo de 2019.
- 2 folios de la Secretaría de Salud de Cundinamarca con autorización para entrega de pañales en cumplimiento del fallo de tutela de marras, de fecha 12 de marzo de 2019.
- Notificación de SALUDVIDA EPS de cita en cirugía plástica en el Hospital Simón Bolívar el 12 de marzo de 2019.
- 4 folios de notas médicas del Dr. Alejandro Déniz de fecha 14 de marzo de 2019.
- Acta de entrega de pañales por parte de SALUDVIDA EPS del 15 de marzo de 2019.
- 3 folios de consulta externa al domicilio del demandante de parte del Dr. Jhonny Condori de fecha 15 de abril de 2019.
- Ecografía renal del 26 de junio de 2019 tomada por el Dr. Stid Vargas.
- 3 folios de consulta externa al domicilio del demandante de parte del Dr. Jhonny Condori de fecha 5 de julio de 2019.
- 3 folios de cita psiquiátrica con la Dra. Ana Patricia Navarro de fecha 26 de agosto de 2019.
- 3 folios con la vigésima terapia, de nuevo a cargo del Dr. Jhonny Condori de fecha 5 de septiembre de 2019.
- 1 folio con la resonancia magnética en la que se halla el daño a los nervios femorales, de fecha 24 de septiembre de 2019.

- *2 folios con evolución de historia clínica 4950509 del 2 de mayo de 2019.*
- *2 folios con evolución de historia clínica 4959697 del 11 de mayo de 2019.*
- *Páginas 30 a 62 del libro de la Dra. Carmen López Sosa de la Universidad de Salamanca, Cirugía del trastorno de identidad de género, 1994.*
- *Páginas 175 a 182 del artículo del Dr. Casado Pérez y otros para la Sociedad Española de Cirugía Plástica, septiembre de 2005.*
- *Prueba testimonial: Solicitó testimonio de la hermana del demandante Sra. Andrea Ximena Martínez López y Tomar Javier Anzola.*

Mientras que, el Hospital demandado, al dar contestación a la demanda (archivo digital 27ContestaciónClínicaSanRafael del C01CuadernoPrincipal_CERRADO), aportó:

- *Copia simple de la historia clínica de Juan David Martín López.*
- *Copia de los consentimientos informados por él suscritos.*
- *Copia de la inscripción al Registro Especial de Prestadores de Salud y constancia de autoevaluación para habilitación del Hospital Universitario Clínica San Rafael.*
- *Literatura médica relacionada denominada “An dupdate on penile reconstruction” escrito por Julio Garaffa.*
- *Testimonial: Solicitó recibir testimonios de cirujana plástica Carolina Carvajal Forero; médico urólogo Fabio Ernesto Otero Andrade; médico general Carlos Lacouture; médico anesthesiólogo Francisco José de Jesús Garavito Lorza; cirujano plástico Eduardo Orozco.*
- *Interrogatorio de parte al demandante.*

Y, que, la doctora Carolina Carvajal Forero (archivo digital 30ContestaciónCarolina del C01CuadernoPrincipal_CERRADO), deprecó la práctica de interrogatorio de parte al demandante y a ella

misma; la recepción de testimonio del médico anesthesiólogo Francisco José Garavito Lorza y de los médicos especialistas en cirugía plástica Edwin Leonardo Rojas R y Eduardo Orozco Diaz; a la par, que ordenara la práctica de dictamen pericial por parte dos profesionales, respectivamente, especialista en cirugía plástica y en urología; finalmente, aportó copia de su hoja de vida.

En la réplica presentada por el demandante (archivos digitales 32 y 36 del C01CuadernoPrincipal_CERRADO), peticionó el testimonio de los médicos cirujanos José Jaime Rodríguez y Gustavo Mauricio Gilón Córdoba; de los médicos generales Nelsy Ximena Arturo Gutiérrez, Camila Alejandra Nieto García, Maritza Stefania Vera Triana y Johnny Condori; del médico neurofisiológico Luis Alfonso Barragán Assis y el médico ortopedista Ariel José Serrano Zúñiga, asimismo, que se decretara la realización de dictamen pericial por profesional en cirugía plástica para que se estableciera si el demandante requería una reconstrucción de su faloplastia y qué precio tendría ello, por costo particular; mientras que allegó 6 fotografías del estado para esa fecha del colgajo, 7 fotografías de las cicatrices que se generaron en la zona donante, 32 folios de la historia clínica del demandante, 1 citación a la Universidad de la Sabana en la fecha del 3 de julio de 2021, 7 folios de historia clínica de la Unidad de Neurología del Centro Médico Almirante Colón de fecha 27 de mayo de 2020, 2 folios relativos a la consulta por fisiatría suscitada en la Clínica Chía en la fecha del 6 de marzo de 2020, 1 folio relativo a la consulta por ortopedia y traumatología de fecha 14 de septiembre de 2020, solicitudes enviadas a los doctores Giovanni Montealegre Gómez y Luís Bermúdez el 27 de mayo de 2021. Enunció que, se encontraban en curso análisis con neurólogos, ortopedistas y fisiatras, *“de ser posible temporalmente y según lo estime el Despacho, serán aportadas las resultadas de las consultas o cirugías que se realicen para corregir los yerros aquí demandados, después del 3 de junio de 2020, que el demandante tiene la cita en la Universidad de La Sabana”*.

En escrito posterior (archivo digital 42 del C01CuadernoPrincipal_CERRADO) y a modo de prueba sobreviviente, refirió a:

- *Epicrisis de la consulta con el neurocirujano Dr. Diego Quintero, de fecha 3 de junio de 2021.*
- *Orden del mismo médico remitiendo a Juan David Martín a neurología con sub-especialidad en nervio periférica.*
- *Correo enviado por Andrea Ximena Martínez (hermana de Juan David Martín) en el que me comparte las anteriores pruebas documentales.*
- *Testimonio del Dr. Diego Alejandro Rueda Mejía, médico neurocirujano de la Universidad del Bosque que atendió a Juan David el día 3 de junio de 2021 y quien podrá declarar sobre el estado de salud en que halló al paciente, sobre sus secuelas, efectos y consecuencias y, además, sobre el posible nexo de causalidad que pueda existir entre la cirugía de colgajo como antecedente y los daños que él ha podido contemplar. Puede ser notificado en la Clínica Universidad de la Sabana ubicado en la Autopista Norte #7, Puente del Común, Chía, Cundinamarca y en el correo info@clinicaunisabana.edu.co.*

En la audiencia celebrada el 25 de abril de 2022 -artículo 372 del C. G. del P.-, se practicaron los interrogatorios al demandante, al representante legal del Hospital Universitario Clínica San Rafael y a la médico Carolina Carvajal Forero; se decretó la prueba testimonial deprecada por las partes y se autorizó al primero y tercero de los ya citados, para que aportaren dictamen pericial por institución o especialista, conforme lo reglado en el artículo 226 del C. G. del P.

Empero, el 3 de junio de 2022, se solicitó al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, elaborar, en favor del demandante, dictamen pericial “sobre los aspectos referidos en el escrito acopiado en el PDF32, página 27”.

El 6 de junio de 2012, el apoderado judicial de la profesional de salud demandada arrimó dictamen pericial (archivo digital 85 del C01CuadernoPrincipal_CERRADO).

En sesión de audiencia realizada el 13 de junio de 2022 -artículo 373 del C. G. del P-, se recibió testimonio a Nelsy Ximena Arturo Gutiérrez, Tomas Javier Anzola, Andrea Martín López y Edwin Leonardo Rojas Rojas; mientras que, el 14 de junio, se aceptó desistimiento de la testimonial de Camila Nieto, Luis Alfonso Barragán y Carlos Lacouture, recaudándose las declaraciones de Ariel Serrano, Johnny Kondory Villazón, Eduardo Orozco, Fabio Ernesto Otero y el perito Andrés Esteban Jaramillo del Rio (contratado por la médico demandada).

A continuación, se precisará que en la historia clínica del demandante, que obra a archivo digital 16 del C01CuadernoPrincipal_CERRADO, incluyéndose los acápite que se incorporaron junto a su demanda y al recorrer el traslado de las excepciones formuladas por los demandados, se contiene un detalle pormenorizado de la atención en salud que le brindó el Hospital Universitario Clínica San Rafael, resaltándose, para lo que interesa a esta decisión, los siguientes eventos:

El 15 de febrero de 2018, Juan David asistió a consulta por motivo de “REASIGNACIÓN DE SEXO”, emitiéndose estas recomendaciones y observaciones:

“RECOMENDACIONES: PACIETNE (sic) CON DIAGNÓSTICO DE DISFORIA DE GENERO SINDROME HARRY BEJAMIN POR PSIQUIATRIA Y GINECOLOGIA QUIEN SE ENCUNTRA EN PROCESO DE REASIGNACION DE SEXO. PACIENTE QUIEN POR SU DIAGNOSTICO Y CONDISION ACTUAL PRESENTA ALTERASCION (sic) EN AUTOERSTIMA (sic) SEXUALIDAD RELACIONES INTERPERSONALES

DIFICULTAD PARA CONSEGUIR TRABAJO SINDO (sic) MUTILANTE EN EL DESARROLLO DE SU VIDA. POR LO CUAL SE BENEFICIA DE COLGAJO LIBRE ALT YA QUE EN CASO DE REALIZACION DE COLGAJO RADIAL SE ZACRIFICA (sic) UNA ARTERIA PRINCIPAL DE LA MANO Y LAS SECDELAS DEL AREA DONANTE PRODUCE DEFECTO ESTETICO EVIDENTE Y ALTERACIONES EN LA CICATRIZACION. EL PACIENTE REQUIERE MANEJO MULTIDISCIPLINARIO EN CONJUNTO CON UROLOGIA PARA URETROPLASTIA SE EXPICA (sic) PORCEDIMIENTO (sic) SUS RIESGOS COPLICACIONES (sic) Y POSIBLES SECUELAS ASI COMO RIESGO DE PERDIDA DE COLGAJO ASI MISMO SE RETROALIMENTO (sic) SOBRE EL NUMERO DE TIEMPO QUIRURGICO TENIENDO EN CUENTA QUE LA PROTESIS SE COLOCARÁ EN EL SEGUNDO TIEMPO QUIRURGICO. EL PACIENTE ENTIENDE ACEPTA PLAN TERAPEUTICO: Fecha Observaciones NOTAS HCL 2018/02/19 10:11:00 JUNTA MEDICOQUIRURGICA CIRUGIA PLASTICA: SE PRESENTA CASO EN JUNTA MEDICOQUIRURGICA EL DIA DE HOY, SE ANALIZA DIFERENTES POSIBILIDADES DE MANJO, POR DESICION (sic) UNANIME SE CONSIDERA QUE EL PACEINTE ES CANDIDATO PARA RECONSTRUCCION PENEANA CON COLGAJO LIBRE CON PROTESIS EN VARIOS TIEMPOS QUIRURGICOS, SE EXPLICA AL PACIENTE PROCEDIMEITNO QUIRURGICO, SE ACLARA DUDAS, POSIBLES COMPLICACIONES Y SECUELAS, ENTIENDE Y ACEPTA”.

El 21 de abril de 2018, en consulta, por primera vez, por la especialidad de urología, se dejó anotación en estos términos:

“PACIENTE MASCULINO DE 51 CON DX - SINDROME DE HARRY BENJAMIN DE MUJER A HOMBRE EN PROCESO DE REASIGNACION DE SEXO POR ANTECEDENTE DE DISTROFIA DE GENERO SINDROME HARRY BENJAMIN DIAGNÓSTICADO E (sic) EL 2008. PRIMER TIEMPO QUIRURGICO EN EL 2010 (HISTERECTOMIA OOFORECTOMIA (sic) MASTECTOMIA BILATERAL). HOY ASISTE A VALORACION POR MICROCIURUGIA PARA RECONSTRUCCION DE PENE. ANTECEDNETES

PERSONALES: PATOLOGICOS: HIPERTENSION ARTERIAL DENERO 2018 SINDROME DE HARRY BENJAMIN DX EN 2008. MENOPAUSIA PRECOZ POR HISTERECTOMIA. FARMACOLOGIOCS: TESTOSTERONA AMP 1G TRIMESTRAL DESDE HACE 5 AÑOS LOSARTAN 50 MG CADA DIA. ALERGICSO: NIEGA QUIRURGICOS: HISTERECTOMIA OOFORRECTOMIA + MASTECTOMIA BILATERAL EN EL 2010 TURBINOPLASTIA + SEPTOPLASTIA 2013 TOXICOS: NIEGA FAMILIARES. HERMANA CON LINFOMA NO HODKING DX A LOS 40 AÑOS DE EDAD MADRE CON HALZEIMER HIPERTENSA PADRE DIABETICO. INTERCONSULTAS: PSIQUIATRIA: - GINECOOBSTETRICIA JUNIO 2015: "NO HAY CONTRAINDICACION GINECOLOGICA PARA REALIZACION DE FALOPLASTIA" - ANESTESIOLOGIA AGOSTO /2015: PREQUIRURGICA DE FALOPLASTIA: "PACIENTE ASA 1 ASINTOMATICO - CARDIOVASCULAR CLASWE FUNCIONAL MAYOR 4 METS SE AUTORIZA PROCEDIMIENTO". - PSIQUIATRIA MARZO/ 2015:"PACIENTE SIN ELEMENTOS PSOCOPATOLOGICOS GRUESOS QUE CONTRAINDIQUEN EL PROCEDIMIENTO QUE PERMITA COMPLETAR SU REASIGNACION SEXUAL" - PSIQUIATRIA AGOSTO/2015: "PACIENTE A LA ESPERA QUE LA EPS PIDA COTIZACION DE FALOPLASTIA PARA QUE FINALEMNTTE COMPLETE SU PROCESO DE REASIGNACION SEXUAL. - CIRUGIA PLASTICA AGOSTO /2015: "SE DECIDE REALIZACION DE COLGAJO LIBRE MICROVASCULAR EN JUNTA QUIRURGICA DE ANTEBRAZO PARA RECONSTRUCCION PENEANA". -UROLOGIA JUNIO/2015: "VALORADO POR PSIQUIATRIA SE ENTREGA ORDEN DE URETROPLASTIA PENDIENTE PROGRAMACION EN CONJUNTO POR CIRUGIA PLASTICA". ANALISIS PACIENTE EN PLAN DE CIRUGIA DE REASIGNACION DE SEXO EN MANEJO CON TESTOSTERONA SE COMENTA CASO CON DRA CARVAJAL PARA REALIZACION DE COLGAJO Y RECONSTRUCCION DE URETRA SE ENTREGAN ORDENES DE PROCEDIMIENTO".

El 4 de agosto, se realiza la siguiente descripción quirúrgica:

“DESCRIPCION DEL PROCEDIMIENTO

-PREVIA ASEPSIA Y ANATISEPSIA BAJO ANESTESIA GENERAL PREVIA MARCACION DE COLGAJO LIBRE ANTEROLATERAL DE MUSLO Y DE PERFORANTES CON DOPPLER SE REALIZA INCISION MEDIAL LOCALIZACION DE PERFORANTES LEVANTAMIENTO DE MUSCULO FEMORAL SEPARACION DE SEPTUM ESQUELETONIZACION DE PERFORANTE ARTERIA 2 VENAS Y 2 NERVIOS. SE LIGAN RAMAS CON LT 100 Y LT 200 SE ESQUELETONIZA PEDICULO HASTA LA DIVISION CON LA FEMORAL. SE SEPARA COLGAJO DE PEDICULO PRINCIPAL. SE LIGA PEDICULO PRINCIPAL CON LT 200 DOBLE ARTERIA Y VENA. SE REPÁRA MUSCULO RECTO FEMORAL SE DEJA HEMOVACK. AFRONTAMIENTO DE AREA DONANTE Y SE DEJA SISTEMA DE PRESION NEGATIVA. SEGIDAMENTE (Sic) DISEÑO DE URETRA. SE REALIZA URETROPLASTIA CON COLGAJO ALT. SE POSICIONA SONDA SILICONADA DE CALIBRE 18

SE PREPARA AREA RECEPTORA. LOCALIZACION DE 2 NERVIOS CLITORIALES DORSALES. DESEPTILIZACION DE LABIOS MAYORES Y PUBIS. SE REALIZA COLGAJO DE LABIOS MENORES PARA RECONSTRUCCION DE MUÑON DE URERTA SE REALIZA URETROPLASTIA PERINEAL SEGUIDAMENTE SE SUTURA CON VICRYL 3-0 DE URETRA DEL COLGAJO CON COLGAJO LOCAL DE LABIOS MENORES AL REDEDOR DE MUNON DE URETRA LOGRANDO NEOURETRA.

SEGUIDAMENTE SE PROCEDE ADESEPTILIZACION DE MUCOSA VAGINAL Y CIERRE DE MUCOSA VAGINAL CON VICRYL 3-0 OCLUSION DE VAGINA.

SE CONSERVA CLITORIS

BAJO VISION MICROSCOPICA CON TECNICA MICROVASCULAR SE REALIZA ANASTOMOSIS TERMINO TERMINAL DE ARTERIA EPIGASTRICA INFERIOR PROFUNDA Y VENA SAFENA CON ARTERIA CIRCUNFLEJA FEMORAL LATERAL Y VENA COMITANTE

SE REALIZA NEURORRAFIA DE NERVIO CLITORAL DORSAL DERECHO E IZQUIERDO CON NERVIO FEMORAL. CON ETHILON 9.0 Y ETHILON 8-0.

SE REALIZA RECONSTRUCCION PENEANA POSICIONAMIENTO DE COLGAJO LIBRE EN BASE DE PUBIS SE INTRODUCE SONDA SILICONADA DE NEOURETRA

SE FIJAN BORDES DE COLGAJO CON PUBIS. ROTACION DEL COLGAJO EN TUBO LOGRANDO RECONSTRUCCION TOTAL DE PENE. SE INJERTA AREA LATERAL IZQUIERDA DE COLGAJO-SE CUBRE CON BACTRIGRASS.

NO COMPLICACIONES”.

El 6 de agosto, “PREVIA ASEPSIA Y ANTISEPSIA BAJO ANESTESIA LOCAL Y SEDACION SE REALIZA RETIRO DE PUNTOS DE COLGAJO Y DE ABORDAJE PARA ANSTOMOSIS. SE VERIFICA ANASTOMOSIS VENOSA SE ENCUENTRA ANASTOMOSIS TAPADA POR COAGULO SE RETIRA COAGULO SE DISECA NUEVA VENA RECEPTORA SUPERFICIAL SE REALIZA NUEVAMENTE ANASTOMOSIS VENOSA TERMINO TERMINAL BAJO VISION MICROSCOPICA CON TECNICA MICROVASCULAR. SE SUTURA CON ETHILON 9-0 PUNTOS SIMPLES BAJO VISION MICROSCOPICA. SE REALIZA MILKING TEST. SE VERIFICA ADECUADO PASO DE FLUJO SANGUINEO POR LA VENA Y LA ARTERIA SE REPOSICIONA INJERTO SE OBSERVA MEJORIA DE LA CONGESTION VENOSA. CIERRE DE PIEL CON GRAPAS DE PIEL SE VERIFICA HEMOSTASIA. SE FINALIZA PROCEDIMIENTO **SIN COMPLICACIONES**. TODO EL MATERIAL EMPLEADO DURANTE ESTE ACTO QUIRURGICO SE REGISTRA UNO A UNO EN LA HOJA DE GASTOS QUIRURGICA; la hoja de gastos es parte integral de la DESCRIPCIÓN QUIRÚRGICA en el Hospital Universitario Clínica San Rafael -Carolina Carvajal Forero Aug 6 2018 8:41PM”.

El 10 de agosto, “**SE VALORA COLGAJO SE EVIDENCIA SECUNDARIO A DELIRIUM HIPERTACTIVO E INTENTO DE SUICIDIO DESPRENDIMIENTO DE BASE DEL COLGAJO Y MAL**

POSICION DE URETRA EXPOSICION DE URETRA PENEANA Y DESPRENDIMIENTO DE NEOURETRA REALIZADA EN PREVIO PROCEDIMIENTO DESPRENDIDA DESDE LA BASE. - MULTIPLES COAGULOS POR TRAUMA EN LA PERIFERIA DE LAS ANASTOMOSIS. ARRANCAMIENTO DE NERVIOS CLITORIANOS DORSALES Y NERVIOS DE COLGAJO. POR LO CUAL SE PROCEDE A RECONSTRUCCION PENANA - ANASTOMOSIS ARTERIAL CON COAGULOS EN LA PERIFERIA POR MULTIPLES MOVIMIENTOS DURANTE EL DELIRIUM. TODAS SON COMPLICACIONES SECUNDARIAS A ESTADO DE DELIRIUM DEL PACIENTE”.

Ahora, en el dictamen aportado a instancia de la médico Carolina Carvajal Forero, se consignaron, entre otras, las siguientes conclusiones:

“(…)

1. *¿En qué consiste el procedimiento de Faloplastia o reasignación de sexo? Este procedimiento médico ¿es posible realizarse en un solo tiempo quirúrgico?, ¿En varios?*

El procedimiento de faloplastia consiste en crear una estructura tisular que simule un pene con los tejidos propios del paciente, los cuales se conocen como colgajos. Este procedimiento suele realizarse en las reasignaciones de sexo y en los procedimientos reconstructivos del pene por secuelas de trauma o cáncer. Dependiendo de las características de cada paciente este procedimiento puede realizarse en uno o en varios tiempos quirúrgicos.

2. *¿El procedimiento realizado al paciente se clasifica medicamente como estético o reconstructivo?*

Es un procedimiento reconstructivo

“(…)

5. *Conforme a la historia clínica revisada por usted ¿Cuáles procesos fueron realizados por la doctora Carolina Carvajal y cuáles por otra especialidad?*

Según la historia clínica revisada, la doctora Carolina Carvajal realizo un colgajo libre anterolateral de muslo para reconstrucción peneana y el doctor Otero (urólogo) una cistotomía. Posteriormente la doctora Carvajal hizo una reintervención del colgajo por evidenciar trombosis de la vena Safena y otra reintervención por lesión traumática de la uretra y los nervios clitorianos secundario a un delirium.

(...)

7. *¿Es correcto haber tomado como área donante la piel del muslo para realizar el colgajo del paciente?*

Si, el uso de colgajos de muslo ha sido descrito en varios artículos de revistas científicas como una opción adecuada para la reconstrucción del pene.

(...)

9. *¿Qué es una complicación quirúrgica y cuáles son propias del procedimiento practicado al señor Juan David?*

La complicación es el daño o resultado clínico no esperado en un procedimiento médico y que es atribuible a la enfermedad o a las condiciones propias del paciente. Dentro de las complicaciones que pueden presentarse en la reconstrucción de pene con un colgajo libre se destacan: trombosis arterial o venosa de la anastomosis, necrosis del colgajo, infección, sangrado, hematoma, seroma, cicatrización anormal, deformidad, asimetría, lesión de estructuras cercanas al área intervenida, hernias y alteraciones en la sensibilidad entre otras.

(...)

11. *¿Qué es o en qué consiste un delirium en el posoperatorio?*

El delirium es un síndrome multifactorial que se caracteriza por una alteración aguda o subaguda de la conciencia, la atención y el deterioro de la función cognitiva que pueden ir acompañados de trastornos psicomotores o emocionales.

12. De acuerdo con la historia clínica por usted revisada de qué manera contribuyó el intento de suicidio del paciente en la buena o mala evolución de la cirugía.

De acuerdo a la información consignada en la historia clínica, el paciente presentó un intento de suicidio el 7 de agosto con manipulación traumática del área intervenida. Esta situación generó coágulos en el área de la anastomosis, lesión de los nervios reconstruidos, lesión del aspecto posterior de la neouretra y desinserción de la base del pene. Estos factores pueden contribuir a una alteración en la cicatrización, aspecto y sensibilidad del área intervenida.

(...)

14. De acuerdo con la historia clínica ¿La doctora Carvajal manejó adecuadamente las complicaciones presentadas al paciente?

De acuerdo a la historia clínica la doctora Carvajal realizó una reintervención oportuna del paciente cuando evidenció una congestión venosa del colgajo lo que permitió que este tejido sobreviviera. De la misma manera, una vez presentadas las complicaciones secundarias a la manipulación traumática durante el intento de suicidio, la doctora Carvajal hizo otra reintervención para reparar las estructuras lesionadas y reposicionar el colgajo.

(...)

17. ¿De acuerdo con la historia clínica la cirugía de Faloplastia o reasignación de sexo estuvo bien realizada con los parámetros y protocolos médicos requeridos?

Considero que la faloplastia cumplió con los requisitos técnicos y académicos ya que el paciente fue presentado previamente en la junta de especialistas de cirugía plástica del hospital San Rafael, en donde se acordó realizar la cirugía de faloplastia mediante colgajo libre. Se utilizó un colgajo anterolateral de muslo el cual se ha descrito en múltiples publicaciones científicas como una opción válida para hacer una reconstrucción de pene. A pesar de las complicaciones presentadas, el colgajo sobrevivió y constituye una estructura tisular sobre la cual se puede trabajar para conseguir un buen resultado. Sin embargo, considero que se deberían realizar procedimientos adicionales para mejorar el aspecto estético y funcional del paciente”.

Igualmente, adviértase que, la demandada Carolina Carvajal Forero, en su interrogatorio (minuto 2:31:24 y siguientes archivo digital número 74AudienciaPruebas del C01CuadernoPrincipal_CERRADO), expuso que, era especialista en cirugía plástica; que había realizado alrededor de 82 cirugías de cambio de sexo y 280 colgajos libres; que el proceso de reconstrucción de pene se ejecuta en tres etapas, la primera, con el objetivo que la piel del colgajo sirva para reconstrucción del pene, que este se puede realizar con el tejido del muslo, del antebrazo o del peroné; que, uno de los beneficios del primer tejido es que *“no altera un eje fundamental y principal de la mano, en cambio el colgajo radial, altera uno de los principales ejes fundamentales que le dan vida a la piel de la mano, entonces, en ese orden de ideas, el mayor riesgo para poder alterar el eje de la mano es sacando el colgajo de acá y comprometiendo también la parte motora y vascular de la mano”*; narró que el paciente sufrió un delirium postoperatorio, *“intentó suicidarse durante su estadía en la unidad de cuidados intensivos (...) además, al dar patadas por supuesto es una cirugía donde se unen vasos muy pequeños a través de un microscopio, desprendió la base del colgajo, eso significó una complicación secundaria en el postoperatorio del paciente, por lo cual, la indicación era nuevamente pasarlo a cirugía para poderle salvar el colgajo”*; aclaró que *“la uretra no la hizo cirugía plástica, la uretra la hizo urología”*; por

lo demás, que se cumplieron los protocolos necesarios para la microbiología de cambio de sexo, a saber, *“una valoración psiquiatría con un diagnóstico de disforia de género, una valoración por endocrinología con un tratamiento hormonal mayor de 6 meses y tercer lugar, cirugías previas de masculinización o feminización, en el caso de Juan David fue masculinización, pues se hizo mastectomía, histerectomía y ooforectomía”*.

A su vez, que, previamente y como anexo a su contestación a la demanda, allegó su hoja de vida en formato digital, donde se lee que, para la época de los hechos, contaba con formación como médico cirujana (2009), como cirujana plástica reconstructiva y estética (2016) y en microcirugía (2017).

En su declaración, la médico Nelsy Ximena Arturo Gutiérrez (minuto 1:17:34 y siguientes archivo digital 91AudienciaSesionMañana13junio del C01CuadernoPrincipal_CERRADO), indicó, atender en última oportunidad al demandante en el Hospital San Antonio de Chía, que él se encontraba en estado parapléjico y psicológico inestable y que aplicando una impresión diagnóstica de carácter presuntivo fijó la posibilidad de que el padecimiento del señor Martín López, fuere consecuencia del procedimiento quirúrgico que se le realizó, vislumbrando, principalmente, una lesión en las raíces nerviosas de *“la cintura hacía abajo”*.

El testigo Ariel Serrano (minuto 53:10 y siguientes archivo digital 94AudienciaSesionMañana14junio del C01CuadernoPrincipal_CERRADO), manifestó que, examinó al demandante en dos oportunidades *“mucho tiempo después de su cirugía”*; en relación con los exámenes realizados, entre ellos, una resonancia de columna y un electromiograma, dijo que, el paciente tenía una lesión del nervio femorocutáneo, precisando, además, que *“viene de la columna y es el encargado de dar la fuerza al movimiento”*

de los músculos extensores de la rodilla principalmente el cuádriceps"; empero, al ser indagado sobre la posible existencia de un nexo causal entre la práctica de la cirugía y el daño sufrido por el paciente, esbozó *"podría sí, pero eso no es concluyente, puede ser pero puede no ser"*; indicando que, no le era posible afirmar si la lesión del nervio era consecuencia de la cirugía de faloplastia.

A su turno, el médico Johnny Condori, rindió declaración (minuto 1:18:10 y siguientes del archivo digital 94AudienciaSesionMañana14junio del C01CuadernoPrincipal_CERRADO), señaló que atendió al demandante tiempo después de realizada esa cirugía, como médico domiciliario, asimismo que, no podía establecer una relación entre el daño advertido en la humanidad del señor Martín López y ese procedimiento.

El galeno Eduardo Orozco (minuto 2:03:20 archivo digital 94AudienciaSesionMañana14junio del C01CuadernoPrincipal_CERRADO), declaró que, el resultado de la faloplastia fue exitoso, por lo que estimó que era *"improbable lesionar los nervios femorocutáneos en el procedimiento realizado al paciente porque la rama femorocutáneo ya son nervios que van hacia la piel, es decir, que son superficiales"*; agregó que, la extracción del tejido para la reconstrucción peneana podía darse del muslo y que la reconstrucción de la uretra fue desarrollada por el grupo urología, no por la doctora Carvajal.

De su parte, el urólogo Fabio Otero (minuto 3:42:40 archivo digital 94AudienciaSesionMañana14junio del C01CuadernoPrincipal_CERRADO), señaló que, fue convocado para realizarle al paciente el procedimiento de cistostomía, necesario para evacuar la orina de la vejiga, sin advertir complicación alguna; expuso que por razón del trauma que sufrió el paciente, se salió la sonda y fue necesario volver a ubicarla.

Las anteriores referencias probatorias, sustentadas valga decir el resumen de la historia clínica, los testimonios de los profesionales médicos y el dictamen pericial, se puede evidenciar que no hubo complicaciones específicas después de haber sido interferido el demandante por la práctica de la cirugía e igualmente se establece que por parte del Hospital y el cuerpo médico se hicieron las recomendaciones del caso para el postoperatorio, contrario a lo que se expresa por parte del demandante, en cuanto afirma que fue descuidado y enviado a su residencia para su recuperación sin advertir de los cuidados y recomendaciones para evitar cualquier impase.

En estos términos, la Sala manifiesta que, la prueba recaudada permite concluir que, la atención médica brindada al paciente se ajustó a los protocolos y la literatura existente en la materia, como lo explicaron los profesionales de la salud citados para rendir testimonio.

Al respecto, también resultan infundadas las reclamaciones en torno al procedimiento irregular que recibió el paciente por parte del hospital demandado, pues si bien existía un riesgo propio a la cirugía de faloplastia que se le practicó -en el marco del proceso de reconstrucción de pene en curso-, está acreditado que el propio acto de la víctima suscitado el día 10 de agosto, consistente en un episodio de delirium hiperactivo, al intentar suicidarse y desprender el colgajo que días antes le había sido implantado, desde su base, tuvo una incidencia directa, concreta y vinculante respecto de los inconvenientes que surgieron en la etapa posterior a la cirugía y que pusieron en riesgo su integridad corporal, emocional y mental.

Llámesese la atención a que, el apelante hace en extenso una serie de conjeturas sobre los procedimientos médicos recibidos, la atención hospitalaria, los servicios prestados y no prestados, considerándolos insuficientes y causantes del daño material e inmaterial que dice haber sufrido, como por ejemplo el que la cirugía de faloplastia fuera

practicada en una sola sesión y que el funcionamiento de la uretra era un aspecto propia de la competencia del área de urología y, no del saber y ejercicio profesional de la doctora Carvajal en su especialidad de cirugía plástica.

No obstante lo anterior, ninguna de tales apreciaciones realizadas en los alegatos de conclusión y en el recurso de apelación, son afirmadas o sustentadas por especialistas de la medicina; en primer lugar, porque la hoja de vida de la galeno demandada, apoya su competencia y experiencia profesional para la práctica del procedimiento de faloplastia; además, estas conclusiones del apelante no tienen origen científico ni de probabilidad, para que puedan ser acogidas por juez alguno, si en cuenta se tiene que no se probó en qué consistió la falla que se atribuye a los demandados, toda vez que la prueba pericial solicitada por el demandante, si bien fue decretada a su costo y luego, por intermedio de perito adscrito a entidad oficial, no se materializó.

Por ello, el fallador A- quo afirmó que el demandante no había acreditado la culpa que le enrostraban a los dos demandados, menos aún, que existiera un nexo causal entre el comportamiento suscitado por el profesional del área de salud tratante y el daño que el paciente sufrió, entre tanto, como ya quedó ilustrado, no existe elemento probatorio alguno que contradiga fehacientemente y sin margen a duda alguna esa conclusión.

Tesis que se estima razonada, coherente y acorde a los hechos y pruebas recaudadas a lo largo de la instancia, advirtiéndose que la actividad probatoria del demandante no fue efectiva para satisfacer la carga probatoria que le correspondía frente a la estructuración de la falla médica y el nexo de causalidad entre esta y el daño que le fue causado, pues tal acreditación no se limita a enlistar las acciones que debieron o no hacer los médicos, sino a demostrar que hubo una falla en la cadena de servicios y procedimientos prestados por el centro hospitalario, en cada una de sus etapas de diagnóstico, pronóstico,

tratamiento, procedimientos quirúrgicos, etc.; más aún, cuando la defensa de la parte pasiva planteó la presencia de una culpa exclusiva de la víctima, como agente causante -proponderante- de esa lesión.

Por lo demás, es propicio señalar, que no se le exigía al juez de primera instancia, relacionar uno a uno a los elementos probatorios arrimados por el demandante, sino valorar en conjunto las probanzas obrantes en el expediente, explicando qué supuestos fácticos resultaban probados y si era dable o no acceder a lo pretendido por el demandando, o por el contrario, debían denegarse por no satisfacer los postulados de prosperidad fijados en tratándose de responsabilidad médica o por razón de la prosperidad de algunos de los medios enervantes propuestos por los demandados.

Como ya se ilustró atrás, ese funcionario determinó que, si bien, estaba probada la prestación del servicio de salud por parte del hospital y la galeno demandada, existiendo -además- evidencia del daño físico que sufrió el demandante, no existía prueba que acreditara fehacientemente la falla médica enrostrada y el nexo causal que debía presentarse entre esta y el daño; afirmación que, se corresponde con el análisis que realizó en sede de alzada este Tribunal.

Respecto a la tacha de falsedad que formuló el apoderado del demandante, respecto de los testigos convocados por el Hospital por sospecha de parcialidad dada su condición de subalternos y/o dependientes suyos, se indicará que ese acto no conllevaba de forma automática al rechazo de la declaración, pues, tal como lo prevé el artículo 211 del C. G. del P., formulada la tacha, el *“juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso”*.

Entonces, si bien, el juez no anunció expresamente su decisión de la tacha, del contenido de su fallo verbalizado a las partes en sesión de audiencia, se extrae que la resolvió tácitamente de forma desfavorable,

dándole credibilidad a lo informado por los testigos, no solo porque sus dichos eran coincidentes con otros elementos probatorios, sino por razón de su formación y experiencia profesional, conocimiento de la situación fáctica debatida en el proceso y a que no obraba prueba en contrario eficaz para desvirtuar sus dichos.

En cuanto guarda relación con la omisión de constituir un comité interdisciplinario, se tiene que la documental incorporada y la testimonial recibida en audiencia, dan cuenta de que el Hospital brindó un acompañamiento al paciente en diversas áreas de la salud, antes y después de realizada la cirugía.

Frente a la contradicción del dictamen pericial arrimado a instancia de la médico demandada, indíquese, que, el artículo 228 del C. G. del P., prevé la posibilidad de controvertir la prueba pericial, mediante *“la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones”*, mientras que, el artículo 232 siguiente, establece que el juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia y las demás pruebas que obren en el proceso.

Tal y como se apreció en la primera instancia, la parte actora no solicitó en la etapa probatoria la aclaración, complementación u objeción al dictamen médico, la cual propone un término para que las partes en ejercicio del derecho de contradicción hagan los respectivos cuestionamientos al perito, que es la persona que sí posee el conocimiento científico del que carece el juez. Sin embargo, tal actividad no fue desarrollada por las partes, especialmente del demandante quien se limitó en sus alegaciones a plantear dudas por fuera de los términos previstos en la ley, lo que obliga a que las mismas sean descartadas en la valoración de las pruebas.

Así, se colige que, el juez A quo en su fallo apreció integralmente la experticia allegada, contrastándola con las restantes pruebas recolectadas en la instancia judicial, por ejemplo, documental y testimonial, asignándole validez a su contenido, aspecto que, en concordancias con las consideraciones ya expuestas, se razona ajustada a derecho y a la realidad probatoria.

6.6. El tercer reparo se circunscribe a la supuesta desconexión del juzgador de primer grado frente a la problemática a desatarse en este proceso, lo cual guardaría relación con el respeto y cumplimiento del principio de congruencia normado en el citado artículo 281 del CGP.

Al respecto, se precisará que, esa argumentación no constituye más que una afirmación producto de la apreciación personal del apoderado del demandante, por cuanto que, al escuchar el fallo, cuyo contenido reposa en el archivo digital número 118AudienciaTarde del cuaderno 01PrimeraInstancia, emerge que, el funcionario, previa enunciación sucinta de los hechos y pretensiones de la demanda, de la oposición argüida por los dos demandados (hospital y médico), el sustento normativo y jurisprudencial que lo regularía, definió en forma acertada el problema jurídico del debate, este fue, si se incurrió por parte del Hospital y/o la médico tratante, en falla médica por razón de la cirugía denominada técnicamente “faloplastia”; tomando ello, como punto de partida para realizar la valoración de la prueba recaudada y la realidad fáctica que se le presentó, para obtener la conclusión que refirió en la sentencia impugnada.

Entre tanto, si bien, se presentaron algunas dificultades de vocalización y/o pronunciación de determinadas palabras técnicas especializadas, tal como él mismo lo reconoció, esto fue, propio del carácter falible del ser humano, comprendiéndose allí, al funcionario judicial, pero en nada incidió en el sentido de la decisión.

6.7. El cuarto reproche alude a la supuesta parcialidad del fallador en favor de los demandados, a que realizó designios anticipados y exhibió prevenciones al parecer producto del proceso de reasignación de sexo a que se sometió el demandante.

Pues bien, el numeral sexto del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, establece que, son deberes de todo servidor público: “(...) *Tratar con respeto, imparcialidad y rectitud a las personas con que tenga relación por razón del servicio*”; mientras que, el numeral segundo del artículo 42 del C. G. del P., le impone al juez, el deber de “*Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este código le otorga*”.

A renglón seguido, se indicará que, esta acusación, también, se observa huérfana de prueba y asidero fáctico.

En efecto, no obstante, argüir a la presencia de ese trato desigualdad o carente de imparcialidad en etapas previas a la sustentación del recurso de alzada, el demandante no acudió, por intermedio de su apoderado judicial, al trámite previsto en el artículo 143 y demás normas concordantes del estatuto procesal civil, para formular recusación en contra del A-quo y lograr, si a ello hubiere lugar, que se le separara del conocimiento del asunto, reasignándolo a un nuevo funcionario que garantice su impulso y decisión imparcial.

En otro orden, lo cierto es, que la mera emisión de un fallo contrario a sus intereses, no genera *per se* un trato desigualdad o parcializado, comoquiera que, la instancia jurisdiccional está establecida para que exista una parte vencida y una vencedora, es un sistema de contendientes procesales.

Más allá que, hubiere podido existir una confusión de términos o dificultades en la vocalización de determinadas palabras, que, bien podría explicarse por la particularidad del asunto a resolverse y el

tecnicismo de los procedimientos médicos y quirúrgicos que se relacionaban en la demanda, las contestaciones y gran parte de la prueba documental recaudada, por ejemplo, por la historia clínica del paciente; no se evidencia un prejuicio o rechazo del fallador hacia el demandante por su género y condición sexual.

Por el contrario, se tiene que, aplicó en beneficio de ese sujeto procesal un criterio de favorabilidad a fin de exonerarle del pago de condena en costas, aunque su pretensión fracasó y en ningún estadio de la primera instancia solicitó la concesión de amparo de pobreza.

Por lo expuesto, esta oposición será desestimada.

6.8. El quinto motivo de descontento describe que el juez de primera vara debió dar aplicación a la prueba indiciaria para fijar la responsabilidad del Hospital y la galeno demandados.

El artículo 240 del estatuto procesal vigente, establece que, para que *“un hecho pueda considerarse como indicio deberá estar debidamente probado en el proceso”*. Además, que, el artículo siguiente, prevé: *“El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes”*.

Y, el artículo 242, dispone que *“El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso”*.

Entre tanto, la doctrina define el indicio como *“un medio de prueba resultante de una operación lógica mediante la cual, a partir de una circunstancia fáctica plenamente demostrada en el proceso, se infiere la existencia de otro hecho desconocido”*; precisando que, *“la estructura de esta prueba se reduce a demostrar algunos hechos o circunstancias de los cuales se infieren otros hechos que importan establecer, por ejemplo, si después de una colecistectomía aparece lesionada una*

víscera que no lo estaba antes, se infiere que esta lesión ocurrió durante esta cirugía, porque es la explicación más probable conforme las reglas de la experiencia. Entonces, el hecho conocido, o sea aquel a partir del cual se va a realizar la inferencia, debe estar debidamente probado dentro del proceso, que, para el ejemplo propuesto, sería demostrar que antes de la cirugía el paciente no tenía ninguna perforación en las vísceras y que esta apareció después de la intervención”.

Ahora, se afirma por el apelante, que la prueba recaudada a lo largo de la instancia procesal permitía establecer como indicio la responsabilidad médica de los demandados, entre otros, por la ausencia de consentimiento informado, de experiencia profesional y formación académica de la médico que practicó el procedimiento quirúrgico denominado faloplastia, del equívoco del lugar seleccionado para la toma de la muestra corporal que configuraría el colgajo libre para la reasignación de sexo a género masculino; sin embargo, la realidad fáctica y probatoria brinda una hipótesis contraria, pues, lo cierto es, que la cirugía fue practicada con resultado preliminar satisfactorio y posteriormente, el paciente, en el curso de un ataque de “*delirium*”, intentó desprender de su cuerpo la prótesis viril, suscitándose en lo sucesivo diversos eventos desfavorables para la salud, vida e integridad del demandante.

Entonces, no es posible acceder a lo pretendido por el demandante, itérese, porque “su indicio de responsabilidad” no se encuentra acreditado en el plenario, siendo ello, un condicionamiento para la aplicación de ese elemento probatorio; de manera que, el error fáctico que se endilga al fallo, no se suple con planteamientos extensos de lo que debió o no suceder en el procedimiento quirúrgico realizado, ni debe reducirse a la contraposición del punto de vista del recurrente con el del juez a quo, acerca del sentido que se le pueda dar al material probatorio, así el del recurrente merezca también el calificativo de racional o atendible, por cuanto lo que la Ley prescribe sobre el particular es que el inconforme con la decisión, con miras a dejar

sentada la presencia del yerro, confronte lo expuesto en la providencia con lo representado en la prueba, a fin de que allí brote el desacierto del sentenciador de manera clara y evidente.

6.9. En punto al sexto reparo, recuérdese que, el artículo 167 del C. G. del P., establece la carga que le corresponde a cada sujeto procesal en cuanto a probar los supuestos de hechos de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen; fijando -además- que los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

De tal forma, si en la demanda se afirmó que los demandados (hospital y médico especialista) incurrieron en falla médica y ellos negaron enfáticamente que ello hubiere acontecido, en principio, la carga de acreditar esa falencia, en cualquiera de las modalidades que se ilustraron atrás, le correspondía al demandante, más no a los demandados.

Empero, no puede desconocerse que, tanto el Hospital como la profesional de la salud ejercieron una oposición activa y directa no solo a los hechos, sino también a las pretensiones esbozadas por el paciente, impetrando las excepciones de mérito que estimaron pertinentes.

En ese sentido, oportunamente deprecaron la práctica de pruebas de carácter documental (historia clínica, consentimientos informados y literatura médica), testimonial (de profesionales especialistas en las áreas de cirugía plástica, urología, medicina general y anestesiológico), interrogatorio de parte y pericial *“De conformidad con el artículo 227 del código general del proceso, solicito respetuosamente al señor conceder el término allí dispuesto para aportar el Dictamen Pericial que por cuestiones de tiempo no se pudo aportar a esta contestación. Los dictámenes solicitado (sic) son de un médico especialista en Cirugía*

Plástica y el otro de médico especialista en Urología el cual servirá para sustentar los argumentos que aquí se plantean”.

En estos términos, no puede reprochársele a los demandados inactividad probatoria, menos con el efecto perseguido por el demandante, como lo es, que se declare estructurada la falla médica enrostrada en la demanda, pues, lo cierto es, que si desplegaron actos dirigidos a la materialización de la estrategia probatoria que se transaron, circunstancia distinta es que, por razones ajenas a su voluntad, alguna de esas probanzas no se hubieren recaudado; por lo demás, no es dable sancionarlos por convocar a sus dependientes, expertos en el área de salud y algunos de quienes intervinieron en la atención médica brindada al demandante, para rendir testimonio sobre los hechos del proceso y/o aquellos que cimentaban sus excepciones y oposición, porque la ley no fija prohibición tal.

En todo caso, que existe un principio de libertad probatoria y que el ejercicio de la abogacía que implica la defensa de los demandados, también goza de autonomía, sin límite distinto a las facultades y prohibiciones que la ley civil sustancial y procesal le imponían, sin que pueda trasladar el demandante, solo por apreciaciones personales, la carga probatoria que le asiste de cara a los condicionamientos de prosperidad de su solicitud de declaratoria de responsabilidad médica y consecuente indemnización económica de los perjuicios que arguyó haber sufrido.

En estos términos, este reproche será denegado.

6.10. El octavo reproche se circunscribe al hecho de que el fallador de primer grado hubiere calificado de medio y no de resultado la obligación adquirida por el Hospital y la médico aquí demandados, el cual, tampoco es de recibo para esta Sala Jurisdiccional, comoquiera que, la posición jurisprudencial existente en la materia y concordante con lo normado en la Ley 1438 de 2011, tal como se esbozó en acápite

previos de la presente decisión, es que la obligación de los profesionales de la medicina es de medio, salvo que, de la relación contractual, se logre determinar que se fijó una obligación de resultado; aspecto que no se corresponde con el acuerdo de voluntades suscitado entre las partes, porque no existe un documento que contenga clausulado tal.

Este argumento resulta suficiente para desestimar el reparo en análisis.

6.11. En lo que atañe al reparo número once, se trae a cita lo señalado por el artículo 15 de la Ley 23 de 1981, según el cual: *“El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus representantes de tales consecuencias anticipadamente”*.

A su vez, lo explicado por el doctrinante Luis Guillermo Serrano Escobar, en su obra Tratado de Responsabilidad Médica, página 108 y siguientes, en el sentido que: *“Antes de realizar cualquier tratamiento y/o procedimiento el médico ha de requerir el consentimiento del paciente, para ello debe previamente informarle respecto de su condición de salud, cuáles son las alternativas terapéuticas, el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos, los beneficios esperados del procedimiento, los riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto, las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto, etc.”*; además, que *“el consentimiento del paciente debe ser expreso y consignarse por escrito con la firma del paciente luego de ser debida y completamente informado, de manera que no cabe considerar el consentimiento tácito derivado de la circunstancia de que el paciente se sometió a la operación. Si este acepta ser sometido al procedimiento así lo debe expresar, en su defecto se entiende que no consintió”*.

A la par, se recordará lo esbozado por la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de fecha 17 de noviembre de 2011, a saber: *“El médico en efecto, (...) suministrará información razonable, clara, adecuada, suficiente o comprensible al paciente acerca de los tratamientos médicos y quirúrgicos que puedan afectarlo física o siguientes (art. 15, Ley 23 de 1981), la utilidad del sugerido, otras alternativas o su ausencia, el riesgo previsto por reacciones adversas, inmediatas o tardías hasta el cual va su responsabilidad (arts. 16, Ley 23 de 1981 y 10, Decreto 3380 de 1981), deber que cumple con el aviso que en forma prudente, haga a un paciente o a sus familiares o allegados, con respecto a los efectos adversos que, en su concepto, dentro del campo de la práctica médica, pueden llegar a producirse como consecuencia del tratamiento o procedimiento médico (art. 10, Decreto 3380 de 1981), y dejará constancia en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto o de la imposibilidad de hacerla”.*

Corporación que, en sentencia del 17 de noviembre de 2012, indicó: *“Para la Sala, la omisión de la obligación de informar y obtener el consentimiento informado, hace responsable al médico, y por consiguiente, a las instituciones prestadoras del servicio de salud, obligadas legalmente a verificar su estricta observancia, no sólo del quebranto a los derechos fundamentales del libre desarrollo de la personalidad, dignidad y libertad, sino de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales causados a la persona en su vida, salud e integridad sicofísica a consecuencia del tratamiento o intervención no autorizado ni consentido dentro de los parámetros legales según los cuales, con o sin información y consentimiento, la responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto (artículo 16, Ley 23 de 1981), salvo si expone al paciente a riesgos injustificados (artículo 15, ibidem), o actúa contra su voluntad o decisión negativa o, trata de tratamientos o procedimientos experimentales no consentidos expressis verbis, pues en el caso, el médico asume los riesgos, vulnera*

la relación jurídica y existe relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño”.

Sin perjuicio de lo anterior, ha de exponerse que, el artículo 13 de la Ley 23 de 1981, prevé dos excepciones al deber de obtención del citado consentimiento informado; la primera, *“Cuando el estado mental del paciente y la ausencia de parientes o allegados se lo impidan”* y la segunda, *“Cuando exista urgencia o emergencia para llevar a cabo el tratamiento o procedimiento médico”.*

Pues bien, en el asunto que ocupa la atención de este Tribunal, se enrostra a los demandados, la inexistencia del consentimiento informado frente al procedimiento denominado faloplastia, aduciendo que aquel que se obtuvo fue producto de la coacción ejercida sobre el paciente, mientras que, no comprendió un informe idóneo e integral en relación con esa cirugía.

Ante ello, la entidad demandada Hospital Universitario Clínica San Rafael, al dar contestación a la demanda, expresamente arguyó: *No es cierto. Al paciente se le brindó en todas las oportunidades en que se le practicó una intervención, el consentimiento informado de manera escrita y verbal. En la historia clínica está registrado cada vez que se requirió, la aprobación del consentimiento informado, entendida y firmada por el paciente. Este, como es un hecho susceptible de confesión, deberá probarse por el demandante su afirmación que el consentimiento fue efectuado de manera errónea, lo cual no está adecuado con la realidad”.*

Entre tanto, en la historia clínica del demandante, folio 71 del archivo digital 16HistoriaClinica del C01CuadernoPrincipalCerrado, aparece documento titulado *“CONSENTIMIENTO INFORMADO PROCEDIMIENTO O INTERVENCIÓN MEDICO-QURURGICA”*, en el que, el señor Martín López, consignó literalmente:

“-Luego de analizar los síntomas y signos presentes y de realizar las exploraciones diagnósticas del caso, se ha encontrado evidencia de distrofia de género. (...) por el cual se propone el procedimiento llamado: COLGAJO LIBRE COMPUESTO CON TÉCNICA MICROVASCULAR, como opción de tratamiento () o diagnóstico () más adecuado, entre disponibles, como son: No hay.

Este procedimiento o intervención consiste en reconstrucción peneana con colgajo ALT. (...) Reasignar sexo.

POSIBLES COMPLICACIONES DE ESTA INTERVENCIÓN O PROCEDIMIENTO

Complicaciones generales y propias de toda intervención médico-quirúrgica como: infección, hemorragia, lesión nerviosa, reacciones alérgicas, infarto del miocardio, insuficiencia respiratoria, paro cardíaco, insuficiencia renal, (...) cerebral, trombosis venosa u otras. Algunas de las cuales, ocasionalmente, pueden llegar a ser fatales y otras que podrían aparecer más frecuentemente si existen enfermedades previas o adicionales.

Complicaciones relacionadas con su estado general y sus enfermedades asociadas como: hipertensión arterial.

Complicaciones específicas de esta Intervención o Procedimiento como: pérdida del colgajo, congestión arterial/venosa, cicatriz (...), pérdida de sensibilidad de área donante, pérdida de sensibilidad de pene, necrosis parcial de colgajo, (...) de prótesis, (...) de (...), fistular, (...).

Luego de haber recibido información clara y sencilla acerca del procedimiento o intervención que se me va a practicar, el Doctor Carolina Carvajal Forero como miembro del equipo médico tratante, me ha explicado de forma satisfactoria cómo es y quién lo realiza y qué se pretende con su realización. Además, me ha explicado los riesgos

posibles y remotos dependientes del procedimiento, así como los riesgos incrementados en relación con mi condición personal, así como las consecuencias que pudieran derivarse ante una negativa.

Se me ha dicho que, de ser necesario, salvo que yo no lo acepte y así lo exprese oportunamente por escrito, se me podrá realizar una TRANSFUSIÓN SANGUINEA, lo cual implica algunos riesgos adicionales, poco frecuentes, como; aparición de fiebre, reacciones alérgicas y trasmisión de enfermedades.

Se me ha informado de otras alternativas posibles y disponibles al procedimiento propuesto y recibido respuestas satisfactorias a todas mis preguntas.

HE COMPRENDIDO PERFECTAMENTE TODO LO ANTERIOR Y ENTIENDO Y CERTIFICO QUE LA DECISIÓN QUE TOME **ES LIBRE Y VOLUNTARIA.**

Por tanto, DOY MI CONSENTIMIENTO para la realización del procedimiento o intervención que se me ha propuesto y entiendo que puedo retirar este consentimiento cuando así lo desee, debiendo informar al equipo médico tratante, del cambio de esta decisión.

Carolina Carvajal Forero
C.C. 1.126.419.351
Clínica Pías
Reconstrucción y Estético
Firma y Sello del Médico Tratante
Bogotá D.C. 1126419351

Juan David Martín López
Firma del Paciente o Representante
Fecha: 15 feb 2018

(...)"

Conforme a esta realidad fáctica y probatoria, emerge que, contrario a lo afirmado por el apelante, el centro hospitalario y específicamente la médico que realizaría el procedimiento -bajo sus órdenes-, sí cumplieron con el deber que les asistía de obtener el consentimiento informado del paciente, advirtiéndose que allí, se ilustraron con suficiente claridad para cualquier lector, la cirugía que se realizaría, las complicaciones relativas al estado propio del paciente y sus

preexistencias patológicas y aquellas que se podría como un riesgo propio a su ejecución.

Esa foliatura cuenta con la firma y huella del prenombrado, sin que se acreditara su falsedad a la luz de los medios probatorios previstos por el Estatuto Procesal Civil vigente, sirviendo de prueba de la existencia de ese condicionamiento; ciertamente, el alegato de falsedad por coacción y/o ausencia de idoneidad en su contenido, no deja de ser una afirmación carente de todo soporte probatorio.

Por lo expuesto, este reparo no saldrá adelante.

6.12. Por último, se refiere la Sala al reparo décimo quinto, trayendo a colación al Honorable Consejo de Estado/Sala de Contencioso Administrativo/Sección Tercera/Subsección que, en sentencia de fecha 13 de noviembre de 2014, explicó: *“Así, se ha acudido a reglas como res ipsa loquitur, la culpa virtual elaborada por la doctrina francesa, o la versión alemana e italiana de la prueba prima facie o probabilidad estadística, que tienen como referente común deducir la relación causal y/o la culpa en la prestación del servicio médico a partir de la verificación del daño y de la aplicación de una regla de la experiencia, conforme a la cual existe nexo causal entre un evento dañoso y una prestación médica cuando, según las reglas de la experiencia (científica, objetiva, estadística), dicho daño, por su anormalidad o excepcionalidad, sólo explicarse por la conducta negligente del médico y no cuando dicha negligencia pueda ser una entre varias posibilidades, como la reacción orgánica frente al procedimiento suministrado o, inclusive, el comportamiento culposo de la propia víctima”*.

Conforme a lo anterior, se convalida que, no era dable aplicar la pretendida figura, toda vez, que, según lo discurrido en la instancia, podría haber sido el comportamiento culposo de la víctima, lo que

hubiere suscitado las complicaciones en su salud y con ello, el daño que sufrió en su humanidad.

Así, también se despachará negativamente esta oposición.

7.- Conclusión.

En armonía de lo expuesto, se confirmará el fallo impugnado, sin que haya lugar a imponer condena en costas para la parte vencida, dada la solicitud de amparo de pobreza allegada por el demandante -como anexo a su sustentación de la alzada ante esta Corporación-, a la que se accederá por cumplirse los condicionamientos del artículo 152 del C. G. del P.

III. DECISIÓN

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en su Sala Sexta de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

IV. RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de octubre de 2022, por el Juzgado Treinta y Dos (32) Civil del Circuito de esta capital, por lo reseñado en párrafos precedentes.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas a la parte apelante, por razón del amparo de pobreza que le fue otorgado en sede de segunda instancia.

TERCERO: Ejecutoriado, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

Magistrada

GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

Magistrado

HENEY VELÁSQUEZ ORTIZ

Magistrada

Firmado Por:

Adriana Saavedra Lozada

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 001 Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

German Valenzuela Valbuena

Magistrado

Sala 019 Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Heney Velasquez Ortiz

Magistrada

Sala Civil

Tribunal Superior De Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **dc9b41817b15d590fetc6c0d3f1582bd571f505b58deaffaae4ea1f53ff3a338**

Documento generado en 25/09/2024 04:07:18 PM

Verbal No. 110013103032-2021-00081-01

Juan David Martín López contra Hospital Universitario Clínica San Rafael, Carolina Carvajal Forero y Allianz Seguros S.A.

Confirma

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>