

**EDGARDO A. MARTINEZ PUMAREJO**  
Abogado

Señores

**CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA**  
**CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DEL ATLANTICO**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA**  
**SALA OCTAVA CIVIL DE FAMILIA**  
**MAGISTRADO PONENTE: Dr. ABDON SIERRA GUTIERREZ**  
E.S.D.

---

---

**REFERENCIA: SUSTENTACION DEL RECURSO DE APELACION**

**PROCESO:** Proceso Verbal de responsabilidad médica

**DEMANDANTE:** CATHERINE FLECHAS CAMACHO [kathyflechas@hotmail.com](mailto:kathyflechas@hotmail.com)

**APODERADO DEMANDANTE:** FRANZ HEDERICH GARCIA  
[franzhederich@hotmail.com](mailto:franzhederich@hotmail.com)

**DEMANDADOS (1):** CARLOS ARTURO GUTIERREZ CURE  
[carlosgutierrezcure@hotmail.com](mailto:carlosgutierrezcure@hotmail.com)

**APODERADO DEMANDADO (1):** ANTONIO JOSE GOMEZ SILVERA  
[aj.gomez@scare.org.co](mailto:aj.gomez@scare.org.co)

**DEMANDADO (2):** CLINICA ESTETIC LASER IPS S.A.S.  
[esteticlaser@hotmail.com](mailto:esteticlaser@hotmail.com)

**APODERADO DEMANDADO (2):** EDGARDO A. MARTINEZ PUMAREJO  
[edmarpu@gmail.com](mailto:edmarpu@gmail.com)

**JUZGADO QUE CONCEDE EL RECURSO:** Juzgado Sexto Civil del Circuito de Barranquilla

**Radicación interna en Juzgado inferior No:** 08001-31-03-006-2017-00054-00

**Radicación interna en Tribunal:** 42.991

**Código Interno en Tribunal:** 08001315300620170005401

---

---

**EDGARDO A. MARTINEZ PUMAREJO**, mayor de edad, vecino de la Ciudad de Bogotá donde resido, de paso por la Ciudad de Barranquilla, identificado con la Cédula de Ciudadanía 72.130.219, abogado en ejercicio portador de la T.P. 59.697 dada por el C.S.J., en mi conocida condición de apoderado de la parte demandada **CLINICA ESTETIC LASER IPS S.A.S.** tal como consta al Despacho conforme obra en el expediente que conforma el proceso aludido, por este, de forma comedida y estando dentro del término legal ofrecido para ello me permito sustentar mi recurso de apelación a la sentencia proferida el día Martes 10 del presente año por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Barranquilla dentro del mismo proceso, expresando a su turno y por demás debidamente los argumentos que soportan la apelación a la misma decisión; todo, con mi acostumbrado respeto y tal como lo hago de la siguiente manera:

**TERMINO PARA SUSTENTAR EL RECURSO:** Señor Magistrado, el presente escrito de expresión y sustentación de recurso de apelación a la sentencia se

surte dentro del término ofrecido para ello a saber: la sentencia fue proferida y notificada el día diez de marzo del 2020, fue debidamente apelada en ese mismo día y se soportaron los reparos a la misma el día viernes 13 de marzo del año 2020 dentro de los tres días comunes siguientes ofrecidos para tal actuación.

Ahora bien, el recurso de apelación fue debidamente concedido, notificado por el estado de fecha Diciembre 01 del año 2020 de manera electrónica conforme lo dispone el Decreto Legislativo 806 del 2020 tal como lo ordena su artículo 14, comenzando a correr su ejecutoria al día hábil siguiente para que dentro de los cinco (5) subsiguientes días se presente en debida forma el correspondiente memorial de sustentación de recurso de apelación; hecho que sucede el día de hoy diez (10) de Diciembre del año 2020 por medio de los mecanismos dados tal como lo es al correo electrónico [seccfbqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:seccfbqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co) con copia al correo del Despacho [scf01bqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:scf01bqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co) y con copia a los correos de la contraparte y su apoderado, correos que fueron señalados en el ítem de la referencia y a los que se les enviará igualmente el presente escrito, al igual que al apoderado de la parte demandada (1), entiéndase **CARLOS GUTIERREZ CURE** y a su apoderado Doctor **ANTONIO JOSE GOMEZ SILVERA**.

Por todo lo anteriormente expuesto, pido se tenga como presentado en debida oportunidad en calenda y en debida forma el presente escrito mediante el cual se argumenta o sustenta el recurso de apelación de marras.

### **ANTECEDENTES INMEDIATOS Y CONSIDERACIONES PREVIAS**

Abordaremos en orden las distintas conclusiones y apreciaciones que el *a quo* plasmó en la sentencia de primera instancia, señalando de forma concreta el reparo y explicando brevemente el error en que se incurrió en ella, incluyendo por supuesto reparos de orden sustancial y procesal de importantes hechos y documentos **que a juicio del suscrito no fueron probados, no fueron tenidos en cuenta o fueron tenidos por ciertos sin que mediara prueba siquiera sumaria para ello convirtiéndose per se, en meras aseveraciones de tipo subjetivo por el juzgador de primera instancia.**

#### **1.- INADECUADA VALORACION PROBATORIA DE TODO EL ACERVO.**

##### **1.1.- Inadecuada valoración probatoria de AUTORIZACION PARA PROCEDIMIENTO DE RELLENO DE GLUTEOS.**

Cuenta la sentencia que la Señorita **CATHERINE FLECHAS CAMACHO**, mediante apoderado hubo de presentar demanda verbal de mayor cuantía contra el Doctor **CARLOS GUTIERREZ CURE** y la **CLINICA ESTETIC LASER IPS SAS**, basada en tres hechos principales y en los que al igual se fundaron mis reparos a la misma sentencia y hoy se pregonan como sustentación al recurso de apelación a dicha sentencia, así:

**PRIMER HECHO DADO POR CIERTO EN LA SENTENCIA:** Que entre la demandante y el demandado hubo un contrato mediante el cual el demandado se obligaba a ejecutar una labor medica consistente en la implementación de un producto denominado HIALURCOP, acuerdo comprendido en un documento señalado con el rotulo AUTORIZACION PARA PROCEDIMIENTO RELLENO DE GLUTEO.

Pero dice el Juez sexto civil del circuito en su sentencia, que por un lado el demandado no informó suficientemente a la paciente hoy demandante el proceso, sus riesgos, sus cuidados y tampoco le expresó la composición del producto a inocularle en su cuerpo sin incisión alguna y, por otro lado que el producto HIALURCOP no tenía registro INVIMA al momento de ser usado en la actividad contratada, es decir, que la engañó. Y, adicionalmente que el demandado fue negligente en su actuar por no haber constatado el registro INVIMA y que también la actividad contratada incluía un resultado objetivo y satisfactorio, hecho que para el Señor Juez sexto no se dio. En razón a esos supuestos encuentra la culpa de los demandados y los condena en sentencia.

**REPARO Y SUSTENTACION:** Señores Magistrados, la verdad es que en efecto hubo un contrato recogido en el documento señalado arriba, pero también es verdad verdadera y procesal que en el mismo documento se expresa de manera clara y precisa que se **INFORMÓ** a la paciente demandante de: **a) DEL PRODUCTO** a usar en el relleno de glúteos contratado, **b)** de la naturaleza del proceso a efectuar, **c)** de los riesgos, **d)** del tipo de intervención, **e)** de los objetivos del procedimiento, **f)** de los resultados del mismo resaltando el hecho cierto de que ***“ENTENDIENDOSE QUE LA PRACTICA DE LA MEDICINA Y DE LA CIRUGIA NO ES UNA CIENCIA EXACTA Y POR LO TANTO EL CIRUJANO NO PUEDE ASEGURAR NI GARANTIZAR RESULTADOS. RECONOZCASE QUE PUEDEN OCURRIR IMPERFECCIONES Y HACER CONSTAR QUE EL MEDICO NI LA CLINICA HAN DADO NINGUNA GARANTIA CON RESPECTO A LOS RESULTADOS DEL PROCEDIMIENTO”*** –comillas y cursivas más.-, **g)** que los lados del cuerpo humano no son simétricos ni pueden serlo, **h)** que el paciente debe seguir todas las instrucciones por el doctor, antes, durante y después de la cirugía, **i)** que pueden presentarse observaciones durante el procedimiento con el propósito de educación médica.

Ante las observaciones y amplia y bien explicada información dada por el médico **CARLOS GUTIERREZ CURE**, la paciente hoy demandante expresó no solo su consentimiento, entendimiento el total de lo explicado con suficiencia y aceptación expresa, clara, sin titubeos, y manifestó que el médico y al médico, por supuesto también a la IPS que represento que, ***“SE HIZO ENTENDER CON RESPECTO A LA INFORMACION DE LA INTERVENCION QUE SE ME VA A PRACTICAR Y ESTÁ CORRECTA”***.

1.2.- Inadecuada valoración probatoria de HISTORIA CLINICA.

**De la sentencia de primera instancia se extraen dos historias clínicas y pido muy respetuosamente se tenga muy en cuenta esto, pues es donde a juicio del suscrito se suscita toda la mala interpretación de los hechos y por lo que se profiere en mala consecuencia una sentencia anfibológica.**

Una historia clínica es la que aporta la parte demandada, en la que se manifiesta que se le colocó a la paciente demandante el producto HIALURCOP en sus glúteos y que una vez abandona las instalaciones de la Clínica **ESTETIC LASER IPS SAS** sale conforme con el resultado. **En esta historia clínica que no refutada por las partes**, se expresa también que la paciente demandante visita a la parte demandada con la novedad de presentar un dolor por caída sobre los glúteos desde su propia altura y que habida cuenta de ello recibe todo el cuidado y manejo profesional incluso se le practica un examen y se denota liquido sanguinolento y se le extrae pero que además la sustancia HIALURCOP instalada en sus glúteos estaba en igual posición desde la fecha en la que se instaló. **Ese hecho cierto y además probado debidamente y que milita en el expediente no fue valorado por el ad quo.**

Y hay otra historia clínica, la aportada por la parte demandante, que no recoge toda la verdad verdadera y es la que se acompaña por unas simples certificaciones a las que me referiré más adelante, pero se alzan en importancia pues es a la historia clínica que, a pesar de no aportar prueba razonable ni científica alguna, a la que le cree erradamente el Juez Sexto Civil del Circuito de Barranquilla.

### **1.3.- Inadecuada valoración probatoria de CERTIFICACION HECHA POR CARLOS ACEVEDO ESPITIA.**

El señor Juez Sexto Civil del Circuito de Barranquilla, le da toda la credibilidad a la sola y simple **CERTIFICACION** que aporta la demandante y que fue expedida por el médico **CARLOS ACEVEDO ESPITIA**, quien ha sido el profesional que la ha venido tratando en los últimos años, desde el año 2008 incluso. Eso contó la demandante.

Este profesional certifica, sin estudio objetivo alguno, sin patología, escuetamente y sin más reparos, que **“da constancia que ha atendido en repetidas ocasiones desde julio del 2008 a la paciente demandante por presentar crisis de reacción inflamatoria en región lumbosacra debido a la aplicación de biopolímeros en el año 2007”** y, a partir de allí se comienza a hablar y a sostener por otros galenos, **PERO SIN PROBARLO**, que a la señorita **CATHERINE FLECHAS CAMACHO** se le introdujo biopolímeros en su cuerpo.

Lo que no dice este profesional ni los otros profesionales de la salud, es quien le introduce los biopolímeros en el caso hipotético que así haya sido, o la forma en que se derivaron esos inexistentes biopolímeros. Como tampoco dice el profesional citado hasta ahora ni los otros que citaré más adelante, que certifican, en qué estudio o examen así sea somero de carácter científico o patológico se

fundó o fundaron para sostener y afirmar que él, directamente realizó lipoescultura vasser en el año 2012 para retirar biopolímeros del cuerpo de la demandante.

No obstante a ello, a pesar de no mediar estudio patológico ni científico de orden alguna, el ad quo le da toda credibilidad a estas certificaciones y da por hecho probado dos cosas importantes: **una**, que a la paciente le implantaron biopolímeros a pesar de no constar en el proceso tal cosa pues lo que consta es que a la paciente demandante se le aplicó HIALURCOP, y **dos**, que este profesional específicamente hubo de dar fe y constancia de que a la paciente además le sacaron o extrajeron biopolímeros, **pero, en qué estudio, patología o análisis científico basa su afirmación.? En ninguno, no existe, no fue realizado, no fue hecho, no fue aportado ni fue probado durante el proceso.**

En ese orden de ideas, el juez que profiere sentencia mal interpreta especialmente esta prueba y la alza como bastión para sostener que, sin más allá y sin más acá, **la parte demandante cumplió con su carga probatoria solo, con una certificación sin estudio alguno.**

Es de advertir por otro lado, que el juez falló en el análisis de la historia clínica, pues el análisis debió estar enmarcado con la Resolución 1995 de 1999 del Ministerio de Salud, disposición que establece las normas que rige el manejo y elaboración de la historia clínica, el cual en su artículo tercero señala las características que debe reunir este documento, cobrando especial relevancia la racionalidad científica que se define de la siguiente forma:

*Racionalidad científica: Para los efectos de la presente resolución, es la aplicación de criterios científicos en el diligenciamiento y registro de las acciones en salud brindadas aun usuario, **de modo que evidencie en forma lógica, clara y completa, el procedimiento que se realizó en la investigación de las condiciones de salud del paciente, diagnóstico y plan de manejo.**(Negrillas fuera del texto original)*

A modo de referencia de un antecedente judicial, está el proceso identificado bajo radicado No. 2011-20844-01 que cursó en la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, conocido públicamente como el caso **JESSICA CEDIEL**, para que se pudiera determinar qué era lo que se le había extraído a este personaje, fue necesario la realización de estudios de laboratorios quienes pudieron determinar que en aquel caso en concreto la sustancia correspondía a silicona líquida, razón por la cual, esta defensa apelando a criterios científicos y un principio de igualdad ante la administración de justicia, se pregunta por qué en el caso de autos se decidió tener por cierto que la señora **KATHERINE FLECHAS** se le hallaron biopolímeros sin la prueba científica que así lo enseñara. La enorme diferencia de este caso para con el que nos ocupa es que el caso **CEDIEL** sí mediaron pruebas científicas y en el caso **FLECHAS** no.

**1.4.- Inadecuada valoración probatoria de: todos los médicos que aportaron certificaciones.**

En el expediente reposan varias certificaciones expedidas por médicos a saber: **JUAN CARLOS FERNANDEZ ROMERO, BENJAMIN CHRISTAU, LUIS HOMERO ALVAREZ, LINA PATRICIA PRADILLA y DIEGO ASIIBI SOLANO** en las que dan cuenta que trataron a la paciente **CATHERINE FLECHAS CAMARGO**, y que todos parten de un dicho de ella misma cual es: **“....ME APLICARON BIOPOLIMEROS...”** y a partir de allí manifiestan que hicieron valoraciones físicas sin más.

**Empero ninguno dice, afirma o sostiene que ha extraído cuerpos extraños de la humanidad de la paciente y ninguno de ellos se atreve a sostener o certificar que a la paciente uno, se le aplicaron biopolímeros y dos, quien se los aplicó y tres, dan fe de que la paciente tiene biopolímeros en su cuerpo.**

**1.5.- Inadecuada valoración probatoria de: Chat entre demandante y demandado.**

El ad quo, en su providencia, inobserva esta importante prueba aportada entre otras cosas por la parte demandante que no prueba cosa diferente a que el demandado sí estuvo pendiente hasta la saciedad de su paciente, que mantenía conversación fluida y que fue responsable de su trabajo muy a pesar de que para la fecha de las mismas ya la paciente estaba siendo tratada por varios galenos mas, hecho que ocultó a su demandado. Antes, se podría pensar que lo hizo premeditadamente tal vez preparándose para precisamente demandarlo.

**1.6.- inadecuada valoración probatoria de: Certificación de la contadora LUZ MERY RUIZ CAMPOS.**

Para tasar la liquidación de perjuicios por concepto de lucro cesante, en la providencia apelada se basan en una certificación expedida por la contadora mencionada pero en pleno desconocimiento de las normas que para tal efecto se surten a saber, tal como lo enseña la sentencia del 12 de diciembre de 2017, SC20950-2017, radicación: 05001-31-03-005-2008-00497-01, con ponencia del Dr. Ariel Salazar Ramírez, en la que se concluyó **que la sola certificación de un contador público NO ES SUFICIENTE para tener por acreditado el ingreso mensual de una persona.** En efecto, es necesario, además, que dicha certificación cuente con soporte documental, comercial o contable que haga creíble, conforme las normas de la sana crítica, dicha certificación. Dice textualmente la Corte:

*“Debe repararse en que a la mencionada constancia no la acompañan los soportes de donde fue extraída la suma de dinero que se dijo correspondía a lo que la víctima percibía de su actividad económica, de modo que dicho escrito no constituye prueba de sus ingresos”;* razones por la cuales concluyó: *“la valoración de las aludidas certificaciones debe realizarla el*

juzgador atendiendo la sana crítica, en virtud de la cual procederá a «analizarlas junto con los elementos soportantes de su expedición y, de no hallarlas bien fundamentadas, puede separarse de ellas, toda vez que su eficacia e idoneidad, determinarán el alcance probatorio»(Subrayado fuera del texto original)

En parangón a lo anterior, no encontramos en la certificación en estudio documentos fehacientes que acrediten los ingresos de la demandante y dicha certificación por sí sola no constituye prueba de nada.

Se debió adjuntar además de la certificación del profesional contable pago de impuestos, declaraciones de renta que prueben que en efecto la demandada por un lado si sufraga tales ingresos y por otro lado paga impuestos sobre ellos.

Es bien importante esto de la errónea valoración de la certificación expedida por la contadora de marras pues es allí donde se basa el Juez Sexto Civil del Circuito para valorar los supuestos ingresos de la demandante y tasar la condena en lo económico. Haber, si va a tener como ciertos esos ingresos, el Juez inferior debió tener, exigir o por lo menos contar con los debidos soportes que prueben su certera existencia. Los soportes son por ejemplo pagos de declaraciones de renta, por ejemplo. Pero, sin más allá o más acá, el Juez Sexto le da total credibilidad y total validez a una mera certificación de un contador público. Y nótese que no estamos ni discutiendo la idoneidad del profesional, no, estamos diciendo simplemente que para que sea tenida como prueba dicha certificación, ésta debía estar acompañada de los soportes tanto contables como instrumentos de pago de impuestos y demás. Estos soportes no fueron presentados y su no presentación debió generar la exclusión de dicha prueba.

#### 1.7.- Inadecuada valoración probatoria de: **Experticia de incapacidad laboral aportada por JOSE RAMON VARGAS.**

En este punto se basa la sentencia de manera curiosa pero al igual que las demás pruebas aportadas les da validez y las alza como hechos probados aun sin reunir los requisitos legales para tal fin. Explico, si a la sola certificación dada por el galeno **CARLOS ACEVEDO** la tiene por cierta sin aportar estudio científico o patológico que la acredite y a la certificación de la contadora sin aportar documentos legales que la soporten pues con esta hace lo mismo, la tiene como válida sin ser expedida por autoridad competente. Veamos: el juez de primera instancia se fundamentó en un documento suscrito por el médico José Ramón Vargas, al cual se le dio la connotación de dictamen de pérdida de capacidad laboral, que fue calificado con un PCL de 38.09%.

El *a quo* nuevamente falló al darle a dicho documento tal connotación y alcance, puesto que de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico la calificación de la pérdida de capacidad laboral está circunscrita de forma privativa a la E.P.S., A.R.L., A.F.P., compañías de seguro, juntas regionales y nacionales de calificación

de invalidez, tal como lo señala el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, que puntualmente señala:

*ARTÍCULO 142. CALIFICACIÓN DEL ESTADO DE INVALIDEZ. El artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, quedará así:*

*"Artículo 41. Calificación del Estado de Invalidez. El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.*

***Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias.***(Negrillas fuera del texto original)

Conforme a lo anterior, tenemos que al documento suscrito por el señor José Ramón Vargas, mal llamado dictamen de pérdida de capacidad laboral, se le dio una connotación que jurídicamente no es posible, en tanto la calificación de invalidez ha sido designado de forma privativa a ciertas entidades, pues desde luego determinar la pérdida de capacidad laboral de una persona es un asunto menor, ya que tiene múltiples implicaciones de carácter legal.

Pretender que un dictamen particular de pérdida de capacidad laboral tenga el alcance que le dio el juez en su sentencia, sería tanto como si un conductor de vehículo certificara u otorgara licencia a otro particular, muy probablemente tenga el conocimiento para conceptuar si se trata de un buen conductor, pero la ley no lo habilita para emitir certificación o licencia, pues es algo que le compete a la autoridad de tránsito.

Todo lo anterior nos lleva a una discusión sobre la conducencia de la prueba, por lo que resulta acertada la explicación del profesor Hernán Fabio López Blanco en su obra "CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO PRUEBAS" que señala lo siguiente:

*"Establecido que el objeto de la prueba son los hechos, atendiendo la índole de los mismos y el fin perseguido con el proceso, deberá emplearse el medio probatorio idóneo de acuerdo con la precalificación que la ley ha efectuado de algunos de ellos, debido a que existen ciertos medios que son solo considerados aptos para probar una*

*determinada circunstancia fáctica, o sea los conducentes para establecerla, de donde surge la noción contraria, es decir los que no son idóneos para tal menester.*

(...)

*Será, entonces, ineficaz la prueba inconducente por no constituir un medio apto para efectos de demostrar ciertos hechos respecto de los que la ley exige unos precisos medios de prueba.*

*Así, para acreditar determinadas calidades del estado civil, ejemplo filiación, defunción, solo es conducente la prueba documental contenida en los registros civiles que de esa circunstancia expide la autoridad respectiva, usualmente el notario. Para demostrar la existencia y modificación de derechos reales sobre bienes sometidos a registro solo es conducente la escritura pública debidamente registrada, de ahí que si se pretende demostrar tales hechos con prueba testimonial, la misma se muestra por entero inconducente pues la ley no la considera apta para llevar la certeza acerca de los mismos.*

*En otras palabras, la ley prohíbe demostrar por medios diversos a los por ella señalados hechos como los ejemplificados, lo que evidencia que no resulta equivocado aseverar que está legalmente prohibido probar la transferencia del derecho de dominio en un inmueble por medio de confesión, testimonios o indicios.”<sup>1</sup>*

No puede el juez sexto civil del circuito en resumen, estar por encima de la ley y darle visos de legalidad a algo que en realidad no los tiene.

## **2.- INEXISTENCIA DE LA CULPA.**

Tiene a bien el juez sexto civil del circuito inculpar a la **CLINICA ESTETIC LASER IPS SAS** porque el médico **CARLOS GUTIERREZ CURE** fue negligente e imprudente al no verificar el registro INVIMA del producto HIALURCOP. Es falso, ambos demandados si lo hicieron, confirmaron que el producto HIALURCOP tuviera para la fecha dicho registro. Esto quedo demostrado desde la contestación de la misma demanda cuando se aportó además de publicidad y empaques como el vendedor o comercializador del mismo producto.

En esencia esta es fue la carga argumentativa de la sentencia para estructurar la culpa, punto sobre el cual es necesario es necesario revisar que ha dicho la Corte Suprema de Justicia sobre este elemento de la responsabilidad, trayendo a colación un aparte de la sentencia SC13925 del 2016. Veamos:

*“La culpa civil no es un error esporádico respecto a los resultados obtenidos*

---

<sup>1</sup>López, H. Código General del Proceso Pruebas. Dupre Editores. Bogotá 2019. 114 – 115.

*(que no tendría relevancia jurídica en la responsabilidad por culpabilidad), sino un error o anomalía que surge de la comparación de la conducta pasada con el estándar de conducta jurídicamente aceptado. La repetición o persistencia en el error puede dar lugar a culpa en la medida que aumenta las posibilidades de calcular razonablemente la inadecuación de la conducta a los parámetros sociales, técnicos, científicos o profesionales jurídicamente exigibles.*" (Negrillas fuera del texto original)

En atención a estas consideraciones de la Corte Suprema de Justicia sobre la culpa, tenemos que en el ejercicio realizado por el Juez de instancia para estructurar este elemento de la responsabilidad, se echa de menos una comparación con un referente objetivo de lo que sería aceptado en tratándose de la verificación de registro INVIMA de un producto farmacéutico.

En otras palabras, no resulta suficiente para estructurar el elemento culpa, un juicio a partir de lo que la moralidad del juez le dicta sobre lo que sería el deber ser una conducta adecuada y exenta de culpa, sino que se requiere tener un parámetro para así verificar conductas.

No puede entonces el juez de primera instancia calificar como culposa la actuación de mi defendido de no consultar directamente ante el INVIMA el registro sanitario del producto HIALUCORP, sin tener por lo menos una mediana certeza de que sea la conducta exigible determinada por modelos de comparación como lo señala la Corte Suprema de Justicia.

Por otra parte, se le restó importancia al principio de confianza al que esta defensa hizo alusión, bajo el argumento de que esto solo se puede predicar de la relación médico paciente, y no entre mi defendido y la **DISTRIBUIDORA HIMALAYA**, sin dar mayor explicación, ello no es una explicación racional. Si la posición es que no se puede predicar confianza alguna en la relación entre el Dr. **CARLOS ARTURO CURE** y la **DISTRIBUIDORA HIMALAYA**, lo mínimo que se espera es una explicación sustentada.

En este orden de ideas, reitero lo manifestado en los alegatos de conclusión, en el sentido que la relación entre mi defendido y **DISTRIBUIDORA HIMALAYA** contaba con todos los elementos para permitir que se consolidara una confianza, y es que se trata de una empresa legalmente constituida, que se dedica incluso a fecha de hoy, de forma profesional y organizada a la comercialización de insumos médicos, que cuenta con un establecimiento de comercio abierto al público, que cuenta con años de experiencia en el mismo oficio, pero además, con la que ya mi defendido y la **IPS ESTETIC LASER**, había sostenido relaciones comerciales exitosas. Todo ello nos lleva a concluir que no existían razones para desconfiar en la seriedad y buena fe de **DISTRIBUIDORA HIMALAYA**, máxime cuando se trataba de un producto cuya utilización y comercialización estaba en auge, tal como lo reconoció el Dr. **CARLOS ACEVEDO**, aspecto este que le imprimía mayor confianza a mi defendido.

Es por lo anterior, que al no encontrarse debidamente acreditada el elemento culpa, se impone la necesidad de revocar la sentencia de primera instancia, razón por la cual solicito al honorable Tribunal Superior de Barranquilla proceder en tal sentido.

### **3.- INEXTRUCTURACION DEL NEXO CAUSAL E INVERSION DE LA CARGA DE LA PRUEBA.**

Se ha repetido en varias oportunidades que el material que dice haber extraído el médico **CARLOS ACEVEDO** no se demostró qué era. Al no demostrar qué es o era el denominado cuerpo extraño como BIOPOLIMEROS por este profesional el juez recurrido le creyó y sostuvo que por se, se hubo de demostrar el daño y constituyó de contera el nexo causal cometiendo un error de inadecuar y hacer una mala estructuración del nexo causal. A su turno, invierte la carga de la prueba. Es al demandante a quien le corresponde demostrar el daño, cosa que no demostró y pretende el ad quo lo haga el demandado.

La razón para desechar tal argumento, es que aceptar esto implicaría sorprender a los demandantes, máxime cuando atendiendo las calidades del Dr. **CARLOS GUTIERREZ CURE**, quien es médico y se desenvuelve en el medio, tenía mayor facilidad para aportar pruebas dirigidas a desvirtuar la afirmación de que la paciente presentaba o presenta biopolímeros, y que estos provinieron del producto aplicado por mi defendido.

Con el respeto que se merece el señor Juez de primera instancia, sin lugar a duda esta consideración totalmente descabellada e infundada. Explico:

El artículo 167 del Código General del Proceso señala que ***“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”***, lo que quiere decir, que si la parte actora pretende la declaratoria de responsabilidad de mi defendido por los daños que se reclaman en la demanda, le correspondía a esta probar cada uno de los elementos de la responsabilidad.

No se puede entonces pretender que mi defendido entrara al proceso desvirtuara el nexo de causalidad, como si se tratar de un régimen de nexo causal presunto, lo cual **ES INEXISTENTE EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO**, y me disculpo por la forma en que lo señalo, pero es que es bastante exótica la posición del *a quo* sobre espete punto.

En tratándose de responsabilidad civil, solo se contemplan tres regímenes, que a saber son: culpa probada, culpa presunta y responsabilidad objetiva, que para el caso de la responsabilidad médica, independiente si se trata de una relación contractual o extracontractual, la Corte Suprema de Justicia ha sido clara en que

la regla general es y será Culpa probada, carga que no acredito la parte actora.

Ahora bien, existe la posibilidad de una inversión de la carga de la prueba como lo señala el artículo 167 del C.G.P., pero para ello se requiere que medie providencia judicial que así lo señale, la cual desde luego se tendría que proferir junto con el auto que decreta pruebas, cosa que no sucedió en el caso que nos ocupa.

En conclusión, carece de todo sustento fáctico y jurídico lo expuesto por el Juez de primera instancia, respecto a la carga que insinuó tenía la parte demandante de desvirtuar el nexo de causalidad, por lo que solicito se revoque la sentencia de primera instancia, en consideración a lo acá explicado.

#### **4.- DESACERTADA NEGACION DE LAS PRETENSIONES DEL LLAMAMIENTO EN GARANTIA FORMULADO A DISTRIBUIDORA HIMALAYA.**

Resulta que el juez de primera instancia señaló que el llamamiento en garantía no era claro, y que de los hechos formulados en el mismo no se lograba desprender cual era la obligación que se invocaba para perseguir los efectos del llamamiento, razón por la cual decidió negar las pretensiones del mismo.

Esta apreciación del juez es totalmente desacertada, incluso va en contra de sus propias actuaciones, pues si decidió admitir el llamamiento en garantía, era porque el mismo reunía los requisitos del artículo 82 del C.G.P., especialmente en lo relacionado con el numeral 5 de la precitada norma, que hace alusión a la determinación clara de los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones.

Si en realidad a criterio del juez el llamamiento en garantía no era claro o resultaba confuso en cualquiera de sus apartes, su obligación era el de inadmitirlo y ordenar la subsanación de los yerros que advirtiera so pena de rechazo, pero no sorprendernos en la sentencia indicando que negaba las pretensiones del llamamiento por no ser clara la misma en su redacción o fundamentación.

Indudablemente era otra la posición que se esperaba del juez, siendo que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en casos de similares características, ha señalado que se deben conceder las pretensiones del llamamiento en garantía en virtud de una obligación legal, como sería el caso de las obligaciones solidarias de que trata el artículo 2344 del Código Civil, y al cual se hizo mención en sentencia SC1304-2018 con ponencia de la Dra. Margarita Cabello, que en uno de sus apartes dice:

*Ejemplos de derecho legal son múltiples. Estos, entre otros: el deudor solidario que es demandado para pagar el monto de un perjuicio (Arts. 1579 y 2344 C. C.); el codeudor solidario demandado por obligación que no es posible cumplir por culpa de otro codeudor (Art. 1583-3 ibídem); el codeudor de obligación indivisible que paga la deuda (Art. 1587 ibídem); el comprador que sufre evicción que al vendedor debe sanear (Art. 1893 ibídem); Y de derecho contractual, se tiene el caso clásico de la condena*

*en perjuicios al demandado, por responsabilidad civil contractual o aquiliana, que tiene amparados con póliza de seguro”*

Tenemos entonces que a la luz de nuestro ordenamiento jurídico, especialmente el artículo 2344 del Código Civil y de reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se debió haber accedido a las pretensiones del llamamiento, pues salta a la vista una obligación legal en cabeza de **DISTRIBUIDORA HIMALAYA**, a quien hay que realizarle una valoración de su comportamiento procesal y deducir indicios de ella, pues no contestó la demanda, no contestó el llamamiento en garantía, y tampoco se presentó a ninguna de las audiencias celebradas dentro del curso del proceso.

Aunado a lo anterior, también se encuentra vocación de prosperidad del llamamiento en garantía en el artículo 1918 del Código Civil, que habla sobre la responsabilidad del vendedor por los vicios ocultos de la cosa, y que señala más precisamente lo siguiente:

**ARTICULO 1918. Si el vendedor conocía los vicios y no los declaró, o si los vicios eran tales que el vendedor haya debido conocerlos por razón de su profesión u oficio, será obligado no sólo a la restitución o a la rebaja del precio, sino a la indemnización de perjuicios; pero si el vendedor no conocía los vicios, ni eran tales que por su profesión u oficio debiera conocerlos, sólo será obligado a la restitución o la rebaja del precio.** (negritas fuera del texto original)

Tenemos entonces que **DISTRIBUIDORA HIMALAYA** se anuncia como una persona profesional en la venta y comercialización de insumos médicos, razón por la cual, en consideración a sus condiciones le era exigible conocer las calidades de legitimidad del producto HIALURCOP, estando llamado entonces a responderle por los perjuicios que se le atribuyen al mencionado producto.

Si bien en el llamamiento en garantía no se hizo alusión a este artículo del Código Civil, lo cierto es que tampoco hacía falta, pues el juez conoce el derecho y tampoco se requiere probar las normas jurídicas.

En este orden de ideas, es más que evidente que se configuran los presupuestos de hecho para la prosperidad del llamamiento en garantía en virtud de unas obligaciones legales en cabeza de **DISTRIBUIDORA HIMALAYA**, motivo por el cual en caso de que la honorable Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Barranquilla en ponencia del Honorable Magistrado Doctor **ABDON SIERRA GUTIERREZ** decida confirmar el sentido del fallo de primera instancia, deberá tener en cuenta lo previamente explicado, y conceder las pretensiones del llamamiento en garantía.

## 7.- DESACERTADO RECONOCIMIENTO DEL LUCRO CESANTE FUTURO.

El *a quo* decidió reconocer perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante futuro, siendo que en el plenario no existe prueba alguna de una disminución patrimonial o de ingresos por parte de la actora, relacionada con el procedimiento practicado por mi defendido.

Sucede que se aporta una certificación rendida por un contador, la cual al margen de lo ya explicado en el punto 1.4 de este memorial, solo refleja cuales eran los supuestos ingresos de la actora durante el año gravable 2016, pero no hay prueba alguna de cuáles eran los ingresos de esta para el año 2007.

En otras palabras, para poder reconocer un lucro cesante futuro, hay que tener una mediana certeza sobre la diferencia de ingresos entre el 2007 y la actualidad, si es que existe, y la diferencia sería la base sobre la cual se realizaría la liquidación.

Contrario a lo que consideró el juez, en el proceso quedó plenamente probado que desde el 12 de enero de 2007 la demandante nunca ha dejado de percibir ingresos, las dificultades de salud que esta ha tenido, al margen de sus causas, no han significado una merma en sus ingresos. Tanto es así, que la certificación contable anuncia que la señora **KATHERINE FLECHAS** ha desarrollado su actividad económica y profesional de manera ininterrumpida por espacio de 10 años, percibiendo por lo tanto ingresos económicos.

Ahora bien, la mera existencia de un dictamen de pérdida de capacidad laboral no implica de manera automática el reconocimiento de un lucro cesante, o significa que necesariamente los ingresos económicos hayan disminuido en idéntica proporción, pues lo relevante en todo caso es si existe o existió una disminución material en los ingresos económicos como consecuencia del año que se alega.

Indiscutiblemente una de las características del daño es que este tiene que ser cierto, situación que no se puede afirmar en el caso de la señora **KATHERINE FLECHAS** en lo que respecta al lucro cesante futuro, pues es evidente que por el hecho del procedimiento al cual se le atribuye el daño, esta no ha dejado de laborar, incluso se ha mantenido próspera a lo largo de aproximadamente 10 años, sin que se haya probado una disminución de sus ingresos desde aquel entonces cuando se practicó el relleno de glúteos.

La doctrina y jurisprudencia colombiana no ha sido ajena a este tema, el profesor Juan Carlos Henao en su obra *El Daño*, hace un recorrido por el derecho francés y luego llega al colombiano, para hacer referencia a este tipo de eventos de la siguiente forma:

*“La indemnización por la pérdida de la capacidad laboral debe corresponder a que se haya perdido total o parcialmente tal capacidad,*

*si así no sucede, no hay lugar a indemnización porque tal perjuicio no es real. La situación de hecho demostraba, en efecto, “que la lesionada no ha visto afectada su capacidad laboral, habida cuenta de que siguió trabajando en la institución, en el mismo oficio que desempeñaba antes del atentado; que después de sufrida la lesión inscrita en carrera y que adicionalmente fue ascendida, situación que evidencia el hecho de que la señora no ha visto disminuida su capacidad laboral, sino que esta se mantuvo intacta, a pesar de la pérdida de su ojo derecho”. Se observa entonces que la incapacidad laboral determinada por la pérdida del ojo no fue tenida en cuenta en este caso por el juez colombiano para efectos de indemnizar el lucro cesante. Se partió del argumento que enuncia que no hubo daño porque la persona no fue afectada en su situación concreta y real, ya que, como lo diría un fallo francés, la víctima “reinició normalmente su trabajo sin sufrir una baja en el escalafón profesional”<sup>2</sup>.*

De acuerdo a lo anterior, es claro que no existen elementos de juicio que acrediten una real y verdadera disminución en los ingresos de la demandante, por lo contrario, hay evidencia de estabilidad económica que incluso le ha permitido gozar de ciertos lujos como salir en repetidas ocasiones del país, tal y como lo reconoció su hermana en declaración rendida.

#### **SOLICITUD:**

En virtud de lo expuesto, solicito comedidamente a los honorables Magistrados revoquen en su totalidad la sentencia de primera instancia y consecuentemente se absuelva a la Dr. **CARLOS GUTIERREZ CURE y a la CLINICA ESTETIC LASER IPS SAS** de cada una de las pretensiones de la demanda.

De forma subsidiaria, en caso de mantener el sentido del fallo solicito se sirva acceder a revocar la negación de las pretensiones del llamamiento en garantía formulado a **DISTRIBUIDORA HIMALAYA**, y se revoque el lucro cesante futuro reconocido, conforme explicado en los puntos 1.3, 1.4 y 5 de este memorial.

Cordialmente,

**EDGARDO A. MARTINEZ PUMAREJO**

C.C. 72.130.219

T.P. 59.697 del C.S.J.

---

<sup>2</sup>Henao J. El Daño. Universidad Externado de Colombia. 216-217.

