

Responsabilidad Médica
Demandante: Aura Cristina Suarez y otros
Demandado: Saludcoop Clínica Santa Isabel Ltda.
Rad.2013-00572-01



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

Florencia, diez (10) de agosto de dos mil veinte (2020)

Como quiera que revisado el presente asunto, se observa que el mismo se rige por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, de conformidad con lo previsto en el art. 360 de dicha normatividad, córrase traslado a las partes para alegar por el termino de cinco (5) días a cada una, en el orden establecido para el efecto, por el art. 359 Ibídem.

Notifíquese.

La Magistrada,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'D.A.' or similar, written in a cursive style.

DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO

Responsabilidad Civil
Demandante: Irma Sánchez de Toledo y otro
Demandado: Coostransqueta Ltda y otro.
Rad.2010-00231-01



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

Florencia, diez (10) de agosto de dos mil veinte (2020)

Atendiendo el art. 14 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, se admite el recurso de apelación concedido contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Florencia Caquetá; señálese que dentro del término de ejecutoria del presente auto las partes podrán pedir la práctica de pruebas al tenor del art. 327 del Código General del Proceso.

Ejecutoriado el auto que admite el recurso, en el evento de no haberse pedido pruebas el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes. De la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el mismo término.

Notifíquese.

La Magistrada,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'D.A.' or similar, written in a cursive style.

DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO

Servidumbre
Demandante: Abigail Guzmán
Demandado: Rossana Guzmán
Rad. 2017-00312-01



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

Florencia, diez (10) de agosto de dos mil veinte (2020)

Como quiera que en el presente asunto se encuentra ejecutoriado el auto por medio del cual se admitió el recurso de apelación, de conformidad con lo previsto en el art. 14 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corresponde al apelante sustentar el recurso a más tardar dentro de los 5 días siguientes, de la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el mismo término; en tal virtud, por secretaria, contabilícese el plazo señalado, a partir de la ejecutoria de la presente decisión.

Notifíquese.

La Magistrada,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'D. Ortega Castro'.

DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO

Nulidad
Demandante: Oscar Correa
Demandado: Aurelio Castaño
Rad. 2017-00376-01



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

Florencia, diez (10) de agosto de dos mil veinte (2020)

Como quiera que en el presente asunto se encuentra ejecutoriado el auto por medio del cual se admitió el recurso de apelación, de conformidad con lo previsto en el art. 14 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corresponde al apelante sustentar el recurso a más tardar dentro de los 5 días siguientes, de la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el mismo término; en tal virtud, por secretaria, contabilícese el plazo señalado, a partir de la ejecutoria de la presente decisión.

Notifíquese.

La Magistrada,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'D. Ortega Castro'.

DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO

Rendición Cuentas
Demandante: Miriam Carvajal
Demandado: Jorge Carvajal
Rad. 2016-00006-01



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

Florencia, diez (10) de agosto de dos mil veinte (2020)

Como quiera que en el presente asunto se encuentra ejecutoriado el auto por medio del cual se admitió el recurso de apelación, de conformidad con lo previsto en el art. 14 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corresponde al apelante sustentar el recurso a más tardar dentro de los 5 días siguientes, de la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el mismo término; en tal virtud, por secretaria, contabilícese el plazo señalado, a partir de la ejecutoria de la presente decisión.

Notifíquese.

La Magistrada,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'D. Ortega Castro'.

DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO

Reivindicatorio
Demandante: Cielo Restrepo y otros
Demandado: Sara Antonia Cañón y otros
Rad. 2015-00063-01



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

Florencia, diez (10) de agosto de dos mil veinte (2020)

Como quiera que en el presente asunto se encuentra ejecutoriado el auto por medio del cual se admitió el recurso de apelación, de conformidad con lo previsto en el art. 14 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corresponde al apelante sustentar el recurso a más tardar dentro de los 5 días siguientes, de la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el mismo término; en tal virtud, por secretaria, contabilícese el plazo señalado, a partir de la ejecutoria de la presente decisión.

Notifíquese.

La Magistrada,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'D. Ortega Castro'.

DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO

Simulación
Demandante: Carlos Jaime Campos
Demandado: Jorge Eliecer García y otros
Rad. 2013-00155-01



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

Florencia, diez (10) de agosto de dos mil veinte (2020)

Como quiera que en el presente asunto se encuentra ejecutoriado el auto por medio del cual se admitió el recurso de apelación, de conformidad con lo previsto en el art. 14 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corresponde al apelante sustentar el recurso a más tardar dentro de los 5 días siguientes, de la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el mismo término; en tal virtud, por secretaria, contabilícese el plazo señalado, a partir de la ejecutoria de la presente decisión.

Notifíquese.

La Magistrada,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'D. Ortega Castro'.

DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO

Ejecutivo
Demandante: Bancolombia S.A.
Demandado: Jefferson Ortiz
Rad. 2016-00295-01



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

Florencia, diez (10) de agosto de dos mil veinte (2020)

Como quiera que en el presente asunto se encuentra ejecutoriado el auto por medio del cual se admitió el recurso de apelación, de conformidad con lo previsto en el art. 14 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corresponde al apelante sustentar el recurso a más tardar dentro de los 5 días siguientes, de la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el mismo término; en tal virtud, por secretaria, contabilícese el plazo señalado, a partir de la ejecutoria de la presente decisión.

Notifíquese.

La Magistrada,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'D. Ortega Castro'.

DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO

Responsabilidad Médica
Demandante: Wilfredo Perdomo y otros
Demandado: Famac y otros
Rad. 2016-00581-01



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

Florencia, diez (10) de agosto de dos mil veinte (2020)

Como quiera que en el presente asunto se encuentra ejecutoriado el auto por medio del cual se admitió el recurso de apelación, de conformidad con lo previsto en el art. 14 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corresponde al apelante sustentar el recurso a más tardar dentro de los 5 días siguientes, de la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el mismo término; en tal virtud, por secretaria, contabilícese el plazo señalado, a partir de la ejecutoria de la presente decisión.

Notifíquese.

La Magistrada,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'D. Ortega Castro'.

DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO

Responsabilidad Médica
Demandante: Rafael Hernández
Demandado: Saludcoop EPS y otros .
Rad.2015-00001-01



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

Florencia, diez (10) de agosto de dos mil veinte (2020)

Como quiera que en el presente asunto se encuentra ejecutoriado el auto por medio del cual se admitió el recurso de apelación, de conformidad con lo previsto en el art. 14 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corresponde al apelante sustentar el recurso a más tardar dentro de los 5 días siguientes, de la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el mismo término; en tal virtud, por secretaria, contabilícese el plazo señalado, a partir de la ejecutoria de la presente decisión.

Notifíquese.

La Magistrada,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'D. Ortega Castro'.

DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO

Responsabilidad Médica
Demandante: Nandy Nayiber Ossa y otros
Demandado: Clínica Santa Isabel y otros
Rad. 2017-00002-01



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

Florencia, diez (10) de agosto de dos mil veinte (2020)

Como quiera que en el presente asunto se encuentra ejecutoriado el auto por medio del cual se admitió el recurso de apelación, de conformidad con lo previsto en el art. 14 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corresponde al apelante sustentar el recurso a más tardar dentro de los 5 días siguientes, de la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el mismo término; en tal virtud, por secretaria, contabilícese el plazo señalado, a partir de la ejecutoria de la presente decisión.

Notifíquese.

La Magistrada,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'D. Ortega Castro', written in a cursive style.

DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO

Responsabilidad Médica
Demandante: Alfonso Rubiano y otro
Demandado: Clinica Medilaser y otros
Rad. 2014-00017-01



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

Florencia, diez (10) de agosto de dos mil veinte (2020)

Como quiera que en el presente asunto se encuentra ejecutoriado el auto por medio del cual se admitió el recurso de apelación, de conformidad con lo previsto en el art. 14 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corresponde al apelante sustentar el recurso a más tardar dentro de los 5 días siguientes, de la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el mismo término; en tal virtud, por secretaria, contabilícese el plazo señalado, a partir de la ejecutoria de la presente decisión.

Notifíquese.

La Magistrada,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'D. Ortega Castro'.

DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO

Responsabilidad Civil
Demandante: Florbi Núñez
Demandado: Luz Marina Artunduaga
Rad. 2018-00538-01



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

Florencia, diez (10) de agosto de dos mil veinte (2020)

Como quiera que en el presente asunto se encuentra ejecutoriado el auto por medio del cual se admitió el recurso de apelación, de conformidad con lo previsto en el art. 14 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corresponde al apelante sustentar el recurso a más tardar dentro de los 5 días siguientes, de la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el mismo término; en tal virtud, por secretaria, contabilícese el plazo señalado, a partir de la ejecutoria de la presente decisión.

Notifíquese.

La Magistrada,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'D. Ortega Castro'.

DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO

Responsabilidad Médica
Demandante: Leivi Yohana Rodríguez
Demandado: Saludcoop Clínica Santa Isabel.
Rad.2011-00483-01



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

Florencia, diez (10) de agosto de dos mil veinte (2020)

Como quiera que en el presente asunto se encuentra ejecutoriado el auto por medio del cual se admitió el recurso de apelación, de conformidad con lo previsto en el art. 14 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corresponde al apelante sustentar el recurso a más tardar dentro de los 5 días siguientes, de la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el mismo término; en tal virtud, por secretaria, contabilícese el plazo señalado, a partir de la ejecutoria de la presente decisión.

Notifíquese.

La Magistrada,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'D. Ortega Castro'.

DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO

Responsabilidad Civil
Demandante: Luis Jair Ortiz y otros
Demandado: Cootranscaguan y otros
Rad. 2017-00573-01



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

Florencia, diez (10) de agosto de dos mil veinte (2020)

Como quiera que en el presente asunto se encuentra ejecutoriado el auto por medio del cual se admitió el recurso de apelación, de conformidad con lo previsto en el art. 14 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corresponde al apelante sustentar el recurso a más tardar dentro de los 5 días siguientes, de la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el mismo término; en tal virtud, por secretaria, contabilícese el plazo señalado, a partir de la ejecutoria de la presente decisión.

Notifíquese.

La Magistrada,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'D. Ortega Castro'.

DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO

Responsabilidad Civil
Demandante: Luis Mares Hoyos
Demandado: Transyari y otros
Rad. 2017-00687-01



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

Florencia, diez (10) de agosto de dos mil veinte (2020)

Como quiera que en el presente asunto se encuentra ejecutoriado el auto por medio del cual se admitió el recurso de apelación, de conformidad con lo previsto en el art. 14 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corresponde al apelante sustentar el recurso a más tardar dentro de los 5 días siguientes, de la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el mismo término; en tal virtud, por secretaria, contabilícese el plazo señalado, a partir de la ejecutoria de la presente decisión.

Notifíquese.

La Magistrada,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'D. Ortega Castro'.

DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO

Responsabilidad Civil
Demandante: Alfonso Parra
Demandado: Caquetaxi S.A. y otros
Rad. 2017-00346-01



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

Florencia, diez (10) de agosto de dos mil veinte (2020)

Como quiera que en el presente asunto se encuentra ejecutoriado el auto por medio del cual se admitió el recurso de apelación, de conformidad con lo previsto en el art. 14 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corresponde al apelante sustentar el recurso a más tardar dentro de los 5 días siguientes, de la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el mismo término; en tal virtud, por secretaria, contabilícese el plazo señalado, a partir de la ejecutoria de la presente decisión.

Notifíquese.

La Magistrada,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'D. Ortega Castro'.

DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO

Responsabilidad Civil
Demandante: Joaquin Parra y otros
Demandado: Sandra patricia Dussan y otros
Rad. 2016-00412-01



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

Florencia, diez (10) de agosto de dos mil veinte (2020)

Como quiera que en el presente asunto se encuentra ejecutoriado el auto por medio del cual se admitió el recurso de apelación, de conformidad con lo previsto en el art. 14 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corresponde al apelante sustentar el recurso a más tardar dentro de los 5 días siguientes, de la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el mismo término; en tal virtud, por secretaria, contabilícese el plazo señalado, a partir de la ejecutoria de la presente decisión.

Notifíquese.

La Magistrada,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'D.1', written over a faint circular stamp or watermark.

DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO

Responsabilidad Civil
Demandante: Jorge Luis Giraldo
Demandado: Campo Elías Guzmán
Rad. 2015-00013-01



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

Florencia, diez (10) de agosto de dos mil veinte (2020)

Como quiera que en el presente asunto se encuentra ejecutoriado el auto por medio del cual se admitió el recurso de apelación, de conformidad con lo previsto en el art. 14 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corresponde al apelante sustentar el recurso a más tardar dentro de los 5 días siguientes, de la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el mismo término; en tal virtud, por secretaria, contabilícese el plazo señalado, a partir de la ejecutoria de la presente decisión.

Notifíquese.

La Magistrada,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'D. Ortega Castro'.

DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO

Responsabilidad Civil
Demandante: Wilber Gustavo Vélez y otros
Demandado: Cooctranscaqueta Ltda y otros.
Rad.2010-00001-01



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

Florencia, diez (10) de agosto de dos mil veinte (2020)

Como quiera que en el presente asunto se encuentra ejecutoriado el auto por medio del cual se admitió el recurso de apelación, de conformidad con lo previsto en el art. 14 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corresponde al apelante sustentar el recurso a más tardar dentro de los 5 días siguientes, de la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el mismo término; en tal virtud, por secretaria, contabilícese el plazo señalado, a partir de la ejecutoria de la presente decisión.

Notifíquese.

La Magistrada,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'D. Ortega Castro'.

DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
FLORENCIA-CAQUETÁ
SALA QUINTA DE DECISIÓN

Florencia, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

MAGISTRADA PONENTE: DRA. DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO

REF. RAD: 18-001-31-03-001-2005-00064-01.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de Florencia-Caquetá, el día 27 de enero de 2014, dentro del asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

Los señores WILSON ENRIQUE DÁVILA ALBARRACÍN Y LEYDI JOHANA BOLAÑOS GARCÍA, obrando a través de apoderado judicial interpusieron demanda de responsabilidad civil extracontractual contra SALUDCOOP CLÍNICA SANTA ISABEL LTDA, con el propósito que sea declarada civilmente responsable por los perjuicios causados a los demandantes por la muerte de su hija recién nacida, ocasionada por la deficientes atención médica recibida por la señora Leydi Johana Bolaños en su embarazo y posterior parto. En consecuencia que se condene al pago de los perjuicios materiales que se determinen conforme los parámetros legales.

Como sustento de sus pretensiones se expusieron los hechos que se resumen a continuación:

> La demandante Leidy Johana Bolaños, en su calidad de beneficiaria de EPS SALUDCOOP, acudió el 21 de agosto de 2014 a la IPS SALUDCOOP CLÍNICA SANTA ISABEL LTDA., cuando contaba con 32 semanas y media de gestación, porque comenzó a sentir dolores de parto, siendo diagnosticada con amenaza de parto pretérmino, dándole inicio a tratamiento consistente en tramal, buscapina, ampicilina, acetaminofén, fenobernal y betenetasona, medicamentos que generaron una reacción negativa en la madre, como fue la taquicardia con episodios de dolor intenso epigástrico, sin embargo, médicos y enfermeras solo le decían que a lo que comenzara el ataque, cerrara la llave del líquido donde estaba pasando la medicina.

>Posteriormente, el 24 de agosto de 2004, la paciente es dada de alta, pero reingresa el 25 del mismo mes y año, en horas de la mañana, para la realización de exámenes de laboratorio, siendo diagnosticada con los resultados, con Clamidia, en seguida es valorada por el doctor Héctor Hernán Ramírez, quien le formula medicamentos, pero persisten los dolores.

>Entonces, la asiste el doctor Cardozo, quien luego de hacerle un tacto, le dice que el cuello uterino quería dilatar y ordena colocar suero, sin embargo el galeno Héctor Hernán Ramírez, sugiere que no se podía dejar nacer el bebé, pues aún era muy pequeño, y ordenó más medicamentos para los dolores, y en ese momento expulsó líquido amniótico, sin que se le prestara atención por ello.

>Agrega que el día 26 de agosto de 2004, la señora Bolaños es atendida por auxiliares de enfermería, quienes le realizan un monitoreo, sin embargo como estas personas no están capacitadas para esa labor, no se dieron cuenta que el corazón de la bebe estaba fallando.

>Luego, el ginecólogo Héctor Hernán determina que debe realizársele cesárea para extraer la niña con vida, pero que no le garantiza nada, siendo la última vez que sintió mover a su hija en el vientre.

>Añade, que la pediatra Mahecha le informó a la señora Bolaños, que si la bebe nacía, podía nacer mal o estar muerta, en todo caso, la paciente es preparada para la cirugía, lo que tuvo una demora de 40 minutos. Cuando la bebé nace, se la muestran a la progenitora y esta con vida, en ese momento la señora Leidy Johana se queda dormida, y al despertar le informan que la niña ha fallecido.

>Indicó que los errores en la actuación de la demandada fueron no realizar el seguimiento continuo y necesario, con el personal especializado requerido, no ordenar los exámenes pertinentes para un diagnóstico acertado, ni proporcionar el tratamiento eficaz para tratar a tiempo el sufrimiento fetal agudo.

TRÁMITE PROCESAL

1°. La presente demanda fue repartida al Juzgado Primero Civil del Circuito de esta ciudad, el que por auto de 19 de septiembre de 2005 la admite y ordena notificar a la demandada (Fls. 18 y 19 C. No. 1).

Efectuada la notificación, la demandada contestó la demanda oportunamente, oponiéndose a las pretensiones de la misma y formulando las

excepciones de mérito que denominó: “Ausencia de hechos que configuren nexo de causalidad” y “Ausencia de responsabilidad”. (fls. 34 a 46 C. No. 1).

El día 28 de octubre de 2008, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Florencia, dicta sentencia accediendo a las pretensiones de la demanda, decisión que es impugnada por la parte demandante.

En conocimiento del recurso, este Tribunal declaró la nulidad de lo actuado desde el auto admisorio de la demanda, mediante providencia del 08 de junio de 2009, argumentando que de conformidad con la ley 712 de 2001, la competencia para conocer de estos asuntos radica en la Jurisdicción Laboral, por ello se ordena remitir la actuación a la Oficina de Apoyo de Administración Judicial para ser repartida entre los Juzgados Laborales de este Circuito (fls 4 a 11 C. Tribunal).

2°. El asunto corresponde por reparto al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad, el que por auto de 03 de julio de 2009, admitió la demanda y ordenó notificar a la demandada (Fls. 3 y 4 C. No. 9). Practicada la notificación, la parte actora propuso nulidad (Fls. 56 a 58 C. No. 9), petición a la que se accedió, declarando la nulidad por falta de competencia y ordenando remitir el asunto a la Oficina de Apoyo de Administración Judicial para ser repartida entre los Juzgados Civiles de este Circuito.

3°. Repartido nuevamente el asunto al Juzgado Primero Civil del Circuito de esta ciudad, no acepta los argumentos expuestos por el Juzgado Segundo Laboral, y propone conflicto de competencia, el que fue resuelto por esta Corporación el 15 de junio de 2011, determinando la competencia en la jurisdicción laboral (fls. 9 a 13 C. No. 3).

4°. Posteriormente, el día 29 de septiembre de 2011, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Florencia Caquetá, ordena la remisión del expediente por competencia al Juzgado Primero Civil del Circuito, en razón a que este Tribunal había resuelto declarar que los Juzgados Civiles del Circuito eran los competentes para seguir conociendo de los procesos de este linaje (Fl. 58 C. No. 3), y el 13 de diciembre de 2011, el Juzgado Primero Civil de Circuito, a quien otra vez fue asignado el conocimiento, en cumplimiento del Acuerdo No. PSAA 11-8323 de 2011, del Consejo Superior de la Judicatura, ordena remitir el expediente al Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de esta ciudad, el que continúa con el trámite.

5°. Avocado el conocimiento, el Juzgado Civil del Circuito de Descongestión, dispone admitir el escrito exceptivo presentado por la parte demandada, le da traslado, y luego, por auto de 12 de agosto de 2013 (fl 236 C. No. 2), cita a los sujetos procesales con la finalidad de celebrar audiencia de que trata el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil. Sin que hubiera ánimo conciliatorio entre las partes, así mismo, procedió a realizar los respectivos interrogatorios.

Por auto del 23 de septiembre de 2014, visible a folios 252 del cuaderno No. 2, de conformidad con el artículo 403 del Código de Procedimiento Civil, se corrió traslado para alegar y finalmente se dictó el respectivo fallo de mérito de primera instancia.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de 27 de enero de 2014, el Juzgado de conocimiento dispuso tener por no probadas las excepciones de mérito denominadas “*Ausencia de hechos que configuren nexo de causalidad y Ausencia de Responsabilidad*”, y declarar civilmente responsable a la

accionada, por los daños ocasionados a los señores Leydi Johana Bolaños García y a Wilson Enrique Dávila Albarracín, en consecuencia, la condena al pago de 15 SMLMV por concepto de perjuicios morales a cada uno de los demandantes.

Como fundamento de su decisión expuso que analizadas en conjunto las pruebas recaudadas, forzoso es concluir que fue probada la culpa de la entidad demandada, pues hubo una omisión generadora de la responsabilidad, cual fue no explorar a través de más exámenes de laboratorio y actividades médicas conducentes e idóneas, tales como ecografía reciente, o controles clínicos frecuentes, bajo la dirección o el seguimiento de profesionales expertos, tanto de las contracciones uterinas, como del monitoreo fetal, que permitieran detectar oportunamente el sufrimiento fetal, así como decidir una remisión para la madre, de forma que el bebé naciera en una institución que contara con una unidad de neonatos o perinatología para brindar atención adecuada, sin poner en riesgo su vida.

A su vez, consideró que la jurisprudencia ha reiterado que para acceder a los perjuicios morales, basta simplemente demostrar o acreditar el parentesco y frente al monto de la misma, que es del entero resorte del Juez, precisamente por su indeterminación, siendo claro que el dolor es algo muy subjetivo, lo que ubica al fallador, frente al hecho cierto de no poder medir el dolor que una determinada persona sufre por la muerte de un ser querido, en este caso su pequeño hijo.

EL RECURSO INTERPUESTO.

Inconformes con lo decidido, las partes interpusieron recurso de apelación, el que sustentaron de la siguiente forma:

La parte demandante, centró su inconformismo en el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia, solicitando se incremente la cuantía de los perjuicios morales reconocidos, de acuerdo con los niveles establecidos en las sentencias de casación proferidas por la Corte Suprema de Justicia.

Refiere que no hay duda sobre la causación de perjuicios morales a los demandantes, pero estos deben ser indemnizados en forma integral, no simbólica, haciendo verdadera justicia material, y a fin de motivar al “pulpo económico que maneja el servicio de salud”, a adoptar correctivos para preservar los derechos fundamentales de sus indefensos usuarios.

Por su lado, **la parte demandada**, solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia, pues considera que la conducta desplegada por los médicos fue conforme a la lex artis, tal como lo muestra la prueba recaudada y en especial la proveniente de los testigos, que son profesionales de la salud que ilustran el proceso de manera histórica y técnica.

Asevera que no está probada la causalidad con el proceso de atención por las siguientes razones: 1) por cuanto los padres del bebé en gestación fueron los que se opusieron a la práctica de una necropsia al mortinato, lo cual no permite concluir una causa de muerte unida al acto médico, 2) fue probado que hubo culpa de la paciente a la que le diagnosticaron una enfermedad de transmisión sexual en su gestación, y omitió el autocuidado durante esta etapa para proteger a su bebé, y a la cual se le indicó reposo absoluto, el cual no cumplió por cuanto reingresa a la clínica por pérdida de líquido después de tener una relación sexual, 3) Se probó la fuerza mayor para los galenos, pues ante una condición clínica que genera alto riesgo para el bebé en gestación fue imposible de resistir el desenlace, era un bebé prematuro extremo a quien la enfermedad de su madre también lo exponía a riesgo, no solo frente a un parto pretérmino, e igualmente su integridad física ante el compromiso por el

proceso infeccioso, y 4) no se tuvo en cuenta que el manejo interdisciplinario de la paciente gestante fue adecuado y ajustado a los cánones de la lex artis, dada su patología, enfermedad de transmisión sexual durante el embarazo.

CONSIDERACIONES

1°. Los denominados presupuestos procesales no merecen reparo alguno; y como tampoco se observa irregularidad que tipifique causa de nulidad procesal que imponga la invalidez de lo actuado, es procedente resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de primera instancia.

2°. Es importante señalar que de acuerdo con lo previsto en el numeral 5° del artículo 625 del Código General del Proceso, este recurso se resuelve con base en la normativa del Código de Procedimiento Civil, estatuto procesal vigente para la época en que fue interpuesto el recurso de apelación.

3°. Se ocupa la Sala de una controversia **de responsabilidad civil médica**, tipología que es de linaje extracontractual de acuerdo a lo expuesto por la jurisprudencia y doctrina dominante ; es así, que las obligaciones derivadas del servicio médico son obligaciones de medio, de forma que el galeno no asume exactamente el compromiso de curar al enfermo, sino el de suministrarle cuidados concienzudos, solícitos y conforme con los datos adquiridos por la ciencia, esto es, poner en marcha todos los medios que tenga a su alcance para proporcionarle salud al enfermo , dentro del marco del contrato de prestación de servicios médicos celebrado en cada caso concreto .

Es por ello, que se ha precisado que **los deberes asistenciales que incumben a los médicos son el diagnóstico y el tratamiento de las enfermedades**, siendo el diagnóstico el conjunto de actos enderezados a

determinar la naturaleza y trascendencia de la enfermedad padecida por el paciente, con el fin de diseñar el plan de tratamiento correspondiente, de cuya ejecución dependerá la recuperación de la salud, según las particulares condiciones de aquel, y el tratamiento consiste, en la actividad del médico enderezada a curar, atemperar o mitigar la enfermedad padecida por el paciente (tratamiento terapéutico), o a preservar directa o indirectamente su salud (cuando asume un carácter preventivo o profiláctico), o a mejorar su aspecto estético .

En este orden, resulta evidente que el buen suceso de este tipo de responsabilidad, está sujeto a la conjunción de los siguientes requisitos: **a) una conducta culpable consistente en el incumplimiento, cumplimiento imperfecto o retardado de obligaciones; b) un daño o perjuicio; y c) la relación de causalidad entre la culpa y el daño**, los cuales pasarán a examinarse en conjunto con las pruebas recaudadas en el plenario.

4º. En el caso en estudio, tenemos que los señores Wilson Enrique Dávila Albarracín y Leidy Johana Bolaños García, demandaron a SALUDCOOP CLINICA SANTA ISABEL LTDA., con el propósito de que sea declarada responsable por la muerte de la bebe que esperaban.

4.1. Se encamina entonces este estudio a establecer si se dan los elementos de la responsabilidad que se endilga a la demandada, habida cuenta que fue probado en el plenario que la señora Leidy Johana Bolaños García, mediante cesárea, dio a luz un feto único femenino, que no presentaba actividad cardiaca, el cual fue examinado por la pediatra Dra Zulma Angélica Cortes, quien procedió al examen de rigor, sin encontrar respuesta alguna, situación que fue informada a los padres Leidy Johana y Wilson Enrique Davila Albarracin, haciendo entrega del respectivo registro de defunción, tal como se lee en la historia clínica aportada (fls. 37-40 C. 4).

4.2. A partir de lo anterior, tenemos que la decisión apelada se fundamentó en la precaria atención sanitaria brindada a la señora Leidy Johana Bolaños García, pues según se indicó, se omitió explorar, con más exámenes de laboratorio y actividades médicas conducentes e idóneas, tales como ecografía reciente y controles clínicos frecuentes, bajo la dirección o seguimiento de profesionales expertos, que se estaba presentando sufrimiento fetal.

Al respecto, aduce la parte demandada, que hay ausencia probatoria de la referida conducta dañina endilgada al hecho médico y de su relación causal con el fallecimiento de la niña por nacer.

Desde óptica, corresponde proceder a la revisión de la actuación médica desplegada por los galenos adscritos a la entidad demandada, sobre la humanidad de la señora Leidy Johana Bolaños García y su hija por nacer, empezando por la historia clínica, pues *“por mandato normativo, la historia clínica consigna de manera cronológica, clara, precisa, fidedigna, completa, expresa y legible todo el cuadro clínico en las distintas fases del acto médico desde su iniciación hasta su culminación, a partir del ingreso del paciente a una institución de salud a su salida, incluso en la rehabilitación, seguimiento y control; contiene el registro de los antecedentes, y el estado de salud del paciente, la anamnesis, el diagnóstico, tratamiento, medicamentos aplicados, la evolución, el seguimiento, control, protocolo quirúrgico, indicación del equipo médico, registro de la anestesia, los estudios complementarios, la ubicación en el centro hospitalario, el personal, las pruebas diagnósticas, etc. Trátase de un documento probatorio sujeto a reserva o confidencialidad legal cuyo titular es el paciente y cuya custodia corresponde al profesional o prestador de salud, al cual puede acceder aquél, el usuario, las personas autorizadas por éstos, el equipo de salud y las autoridades competentes en los*

*casos legales, ostenta una particular relevancia probatoria para valorar los deberes de conducta del médico, la atención médica al paciente, su elaboración en forma es una obligación imperativa del profesional e instituciones prestadoras del servicio, y su omisión u observancia defectuosa, irregular e incompleta, entraña importantes consecuencias, no sólo en el ámbito disciplinario sino en los procesos judiciales, en especial, de responsabilidad civil, por constituir incumplimiento de una obligación legal integrante de la respectiva relación jurídica”.*¹ (Subrayado fuera de texto).

Recuérdese que en este tipo de asuntos, se ha advertido la dificultad a la que se enfrenta la víctima que pretende acreditar responsabilidad, de acceder a los documentos y pruebas técnicas y científicas que entrañan el ejercicio de la actividad médica, razón por la cual se ha introducido el principio de la carga dinámica de la prueba, entendido como que la parte que esté en mejores posibilidades de ofrecer al proceso la demostración de la verdad histórica que se investiga, sea quien deba, en principio, y atendidas las particularidades de cada caso, aportar esos medios de convicción.

Al respecto, encontramos que a pesar de que el operador jurídico por auto de 18 de abril de 2006, le ordenó a la demandada aportar copias de la historia clínica de la demandante, la misma no fue allegada en forma íntegra, pues se desconoce lo ocurrido entre el 26 y 27 de agosto del año 2004 y en gran parte de sus apartes es ilegible lo anotado (fls. 9 a 66 C. No. 4), cuestión que fue puesta de presente por el perito en su informe, y que permite, según lo anotado y lo dicho reiteradamente por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, deducir una mala praxis médica.

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 17 de noviembre de 2011. M.P. William Namen.

Así lo explicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia 2506-2016 del 2 de marzo de 2016, M.P Margarita Cabello Blanco:

“Se resalta lo anterior por cuanto la obligación de resultado consistente en diligenciar la historia clínica, sin enmendaduras, sin siglas, legible y en forma completa - débito que se predica del médico, de las instituciones de salud, y en fin, de quienes tienen a su cargo ese deber profesional por participar en el cuidado al enfermo- viene a complementar esa facilidad probatoria, en la medida en que esa pieza, en últimas, debe recoger todo el recorrido de la enfermedad del paciente, su estado preliminar, sus antecedentes personales y familiares, el diagnóstico, los medicamentos, las reacciones al tratamiento, los exámenes que le fueron practicados y sus interpretaciones, etc. Lo que se traduce en que su análisis resultará de una importancia inusitada a la hora de determinar la responsabilidad investigada, en vista de que si ese registro complejo, que proviene de una de las partes -la eventual responsable-, no se cumple en absoluto, la gravedad de tal omisión conduciría a predicar no sólo similares resultados, en cuanto a la inversión de la carga probatoria, sino fundamentalmente a deducir una mala praxis médica. Pero, en tratándose de una deficiente o inexacta inscripción de datos referidos al paciente en cuestión, la demostración de tal falencia podrá servir de indicio para la formación del convencimiento acerca de la investigada responsabilidad, sin que en principio pueda concluirse, en sede de casación, que la adecuada demostración de un error probatorio como el que se le atribuye al Tribunal en este caso, pueda conducir, sin más, a deducir la obligación de resarcir los perjuicios reclamados.” (Subrayado fuera de texto).

Con estas advertencias, observamos que la mentada historia clínica - la que dicho sea de paso, presenta apartes ilegibles-, indica lo siguiente: >El 21 de agosto de 2004, la paciente ingresa por urgencias con amenaza de parto pretermino, siendo tratada hasta el 24 de agosto de 2004, >El 26 de agosto, se

observa nuevo ingreso, por flujo vaginal y dolor lumbar, pero no aparece la evolución presentada en esa ocasión, >el 28 de agosto, vuelve a ingresar, con dolor pélvico y lumbar, se ordena prueba Clamidia, la que da positivo, se sigue tratamiento y el 29 de agosto es intervenida quirúrgicamente, en cesaría, teniendo una bebe que no reacciona a la animación.

Ahora bien, de acuerdo con el testimonio rendido por el doctor **Adolfo Fernando Castro España**, médico general, y quien para la época de la atención a la señora Bolaños García, se encontraba vinculado a Saludcoop, recibió una paciente *“no me acuerdo de la fecha en una ocasión en el servicio de urgencias prestando yo el servicio como médico general, con aproximadamente con un embarazo de 28 semanas y media y una amenaza de parto pretérmino, es una paciente que su motivo de consulta era dolores pélvicos acompañado de flujo abundante, hice todo lo pertinente a la historia clínica, valoré sus signos vitales, su frecuencia cardiaca fetal y su posible actividad uterina. Inmediatamente se le solicitó valoración por el servicio de ginecología, la paciente fue hospitalizada con los mismos diagnósticos, una amenaza de parto pretérmino, una cervicitis y vaginosis por clamidia, que es una enfermedad de transmisión sexual.”*

Por su parte, la doctora **Mireya Mahecha**, medico gineco-obstetra, quien también hizo parte del personal médico que atendió el caso, manifestó: *“Leidy Bolaños García, fue atendida por el servicio de urgencias por el médico general para el día 21 de agosto de 2004 hacia las 21 horas donde yo me encontraba haciendo turno, acuso o refiere dolor pélvico lumbar agudo y pérdida de un líquido por vagina luego de haber tenido relación sexual. Se ingresa a la unidad de observación, yo indiqué tratamiento, hidratación analgésico y solicité laboratorio de rigor.”*(...) Dice a su vez, que al examen físico encontró una paciente hemodinámicamente estable, es decir que ingresó por sus propios medios, y acompañada de su esposo, facies álgida,

cardiopulmonarmente sin alteraciones, es decir, la frecuencia cardiaca materna y frecuencia respiratoria dentro de lo normal, refiere que una vez se realizan los exámenes correspondientes y se tienen los resultados, se realiza “*tratamiento con antibiótico, ampicilina 2 gramos endovenoso cada seis horas, teclozán una tableta vía oral, cada doce horas por tres dosis, se le imponen tratamiento de maduración pulmonar fetal ante amenaza de parto pretérmino, con betametasona 12 miligramos intramuscular cada doce horas, dos dosis, además de uteroinhibición con terbutalina en infusión mezcla para detener actividad uterina, además de la analgesia con buscapina simple cada ocho horas para erradicar dolor*”. Agrega que ante este tratamiento la paciente evoluciona satisfactoriamente por lo que ordena laboratorios de control evolutivos, los cuales son negativos y con la mejoría de la paciente se decide dar salida y terminar tratamiento de manera ambulatoria, un control estricto por ginecología a través de consulta externa; indica que este manejo fue entre el 21 y 24 de agosto de 2004, en el transcurso de su tratamiento intrahospitalario.

Además, indica que para el día 26 de agosto de 2004, la paciente reingresa a la Unidad de Urgencias, refiriendo dolor pélvico abdominal, con presencia de flujo vaginal abundante y teniendo en cuenta el antecedente del tratamiento antes reseñado, se ingresa nuevamente a observación, se le realiza tratamiento de hidratación, analgesia, se solicitan nuevos exámenes de laboratorios, y se realiza examen físico en el que imprime que encuentra a la paciente “*hemodinámicamente estable, sin actividad uterina aparente, una frecuencia cardiaca fetal dentro del parámetro normal para su edad gestacional, sin evidencia de sufrimiento fetal, confirmado por monitoria fetal electrónica no estresada.*” (...) se sospecha una impresión diagnóstica de probable enfermedad de transmisión sexual, por tanto se solicita un cuadro hemático, más velocidad de eritrosedimentación, test de hehecho y un test de chlamidia trachomatis, cuyo resultado arrojó positivo, por tanto se decide

hospitalizar a la paciente imponiendo con ello un tratamiento para esta patología teniendo en cuenta el tipo de paciente, que era una mujer gestante. Ese tratamiento fue: *“Buscapina simple una ampolla endovenosa cada 8 horas, completando tres dosis hace reacción aparente a la buscapina, por tanto se le coloca tratamiento antialérgico y no obstante se cambia previendo así probables reacciones alérgicas y la paciente queda estable con el tratamiento impuesto”*.

Se recepcionó también el testimonio de **Jose Lenar Cardozo Portela**, médico general quien también atendió a la paciente Bolaños García, quien precisó que inicialmente iba por infecciones vaginales por transmisión sexual, era gardenella chlamidia y con un embarazo de 26 a 30 semanas, además refería dolores bajitos con flujo, que le ordenó un frotis de flujo y parcial de orina, le envió metronidazol en óvulos, amoxicilina y acetaminofén y se le recomendó evitar las relaciones sexuales e igualmente que la pareja debía recibir tratamiento, porque posiblemente sería la causa de la infección.

El medico *Héctor Hernán Ramírez Giraldo*, médico especialista en ginecología y obstetricia, refirió lo siguiente: *"LEIDY JOHANA era una paciente de aproximadamente unas 30 semanas de embarazo con historia de dolores pélvicos que fue hospitalizada e investigada y tratada por causas de éstos. Creo que fueron dos o tres hospitalizaciones por la misma causa, dentro de la investigación se le documentó una cervicitis por chlamidia (inflamación del cuello uterino) que causó contracciones uterinas de trabajo de parto las cuales también fueron manejadas con medicamentos. Dentro de la última hospitalización se detectaron cifras descendientes de frecuencia cardiaca fetal, se realizó las maniobras recomendadas para mejorar estas cifras, y al persistir este descenso en las cifras se informó a pacientes y familiares que se debía realizar extracción inmediata del producto independiente de la prematurez y el bajo peso que había sido calculado por*

ecografía. El consentimiento informado fue diligenciado y firmado por la paciente. Se realizó cesárea aproximadamente a las once de la mañana obteniendo feto obitado (muerto), con características importantes como rigidez en miembros superiores e inferiores. Desde la detección de las cifras descendientes de frecuencia cardiaca fetal (diagnóstico de sufrimiento) transcurrió menos de una hora hasta tener la paciente desembarazada. La patología manejada en la paciente dentro de sus hospitalizaciones fue dolor pélvico, nunca se encontró alteraciones fetales las cuales fueron evidenciados únicamente minutos antes de la cesárea, existen monitorios fetales en la historia clínica que muestran las buenas condiciones fetales, al igual que ecografías. Previo a la cesárea y dejado por escrito en la historia clínica se explicó a paciente y familiares que este episodio repentino de descenso en las cifras de frecuencia cardiaca fetal podría corresponder a alteraciones de placenta y cordón, lo anterior fue leído y firmado por paciente y familiares. Dentro de la cesárea se encontró cordón umbilical friable (débil, que se rompe fácilmente) y se extendió solicitud de estudio patológico de dicho cordón y de la placenta, este estudio no fue realizado por la paciente. Ante el hallazgo de feto muerto se solicitó necropsia y se explicó sobre la importancia de detectar alteraciones de órganos internos, importantes para un futuro embarazo lo cual fue rechazado por la paciente y familiares, quedando registrado en la historia clínica."

Posteriormente, ante la pregunta ¿Qué tipo de enfermedad es la chlamidia que afectaba a la demandante?, el testigo responde: "*Es una enfermedad de estricta transmisión sexual, que puede atacar cuello uterino, trompas, útero e incluso cavidad pélvica y peritoneal, de difícil diagnóstico por no ser su detección un examen de rutina, incluso no está dentro de los exámenes solicitados en el control prenatal normal, se solicitó por sospecha clínica*". A su vez se le pregunta ¿Si cuando tuvo conocimiento del caso, el bebé presentaba sufrimiento fetal agudo? Y responde: "*Cuando tuve el*

conocimiento se manejaba un dolor pélvico y una amenaza de parto pretérmino en una embarazada de aproximadamente treinta semanas sin evidencia clínica de alteraciones fetales, al detectar el sufrimiento fetal agudo uno o dos días después del ingreso se realizó el manejo instantáneo desembrazando la paciente como lo mandan los protocolos, con realización de cesárea urgente." Indica que en cuanto al feto "se evidenció un aumento exagerado en el tono (rigidez) que no se puede explicar clínicamente. No se trata del rigor mortis evidenciado cuando se tiene varias horas de muerto, porque dentro del vientre materno se conserva la temperatura materna estable y este fenómeno no se produce, además existen registros de monitorias fetales en la última hora previa a la cesárea en la que se evidencia feto vivo con signos de sufrimiento (lo que es una patología aguda)". Luego le dice, sírvase manifestar si la paciente LEIDY BOLAÑOS presentó alguna reacciones negativa, efectos secundarios o contraindicaciones a algún medicamento suministrado en su estancia en la clínica Santa Isabel, en particular al medicamento útero inhibitorio terbutalina o a la buscapina?, a lo cual responde: "En la historia clínica consta que la paciente era o es alérgica al bromuro de hioscina (buscapina) la cual no fue administrada. La terbutalina es un medicamento útero inhibitorio ampliamente utilizado que se requirió y se usó en la paciente, y tiene bastantes efectos adversos dependiendo de la susceptibilidad de la paciente al medicamento y de la dosis que se requiere. La paciente no es alérgica a este medicamento y como reposa en la historia clínica presentó taquicardia, la cual se manejó con disminución de la dosis sin suspensión del medicamento." Agrega finalmente que "el manejo de la paciente nunca fue por causa fetal, solo hasta detectar el sufrimiento fetal. En ningún momento era prudente realizar extracción fetal preventiva, pero si, realizar manejo expectante como fue realizado. Dentro de mi experiencia nunca he evidenciado otro caso de rigidez en un feto que se extrae inmediatamente al detectar el sufrimiento, lastimosamente no fue realizada la necropsia fetal ni el estudio de placenta y cordón por patología."

Respecto a la prueba pericial rendida por el Doctor Rafael Rengifo Jiménez, médico forense, adscrito al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Dirección Regional Sur-Seccional Huila Sede Neiva, dictamen visible a folios 24 a 29 y adicionado a folios 40 a 47 C. No. 6, se puede extractar lo siguiente, y es cuando se le consulta si el tratamiento médico asistencial, en particular la intervención del especialista gineco-obstetra, se cumplió dentro de los estrictos parámetros que rigen la actividad médica, y en el supuesto de que se hayan anotado las órdenes médicas dadas por dicho especialista se precise si se cumplieron o no y si el personal que las cumplió era el indicado o no, a lo que señaló: *“Cuando la paciente ingresa el 21 de agosto del 2004 a las 21:29 el médico solicita valoración por especialista la que se realiza ese mismo día pero no hay hora de dicha valoración. En las órdenes médicas anotadas a las 21:00 (sic) ordena útero inhibidor (terbutalina), ampicilina, buscapina, tramal, ordena test del helecho y betametasona, reposo absoluto y avisar cambios, en el curso de la primera hospitalización las órdenes médicas fueron similares y en esas condiciones se le da salida el 24 agosto”*. A su vez, señala en su experticio, que *“En conclusión de acuerdo a la HC el tratamiento, en esta ocasión tercer ingreso no estuvo ajustado a la lex artis y las órdenes médicas no fueron cumplidas por el personal de enfermería”*. Igualmente se le pregunta si dado el resultado de la monitoria fetal y los exámenes que se hubieran practicado y relacionado en la HC, se imponía o no que la monitoria fetal se hiciera en un tiempo más corto, para prevenir cualquier riesgo de complicación que condujera a la muerte de la criatura por nacer, a lo que responde: *“tan solo hay un reporte de MF anotado en la evolución del día 29 de agosto a las 10:40, no hay más registros. Es posible que un control tanto clínico como de monitoria fetal más frecuente hubiera podido detectar oportunamente cualquier riesgo de complicación que hubiera podido tratarse con las medidas del caso”*. Se le indaga al galeno, cada cuánto es el control de signos vitales y el control de

frecuencia cardiaca fetal, y si dichos controles los efectuaron médicos, enfermeras o auxiliares. Responde: *“Hay un folio llamado CONTROLES ESPECIALES (FOLIO 33) en donde hay un cuadro en el cual se anotan los signos vitales tanto de la madre como la fetocardia. El 26 de agosto se hace a las 23:00 y en el 3º reingreso a las 06:00, 08:00, 12:00, 14:00, 16:00, 18:00, 20:00, 24:00. El día 29 de agosto a las 03:00, 06:00, 08:00, luego a las 18:00, 20:00, es decir son controles muy irregulares realizados posiblemente por un auxiliar de enfermería”*. Respecto de si se realizó ecografía obstétrica a la señora Leydi Johana Bolaños García, indica: *“La única reportada en la HC es la realizada el 2 de agosto de 2004”*.

En la adición realizada por el perito agrega que, *“El 26 de agosto de 2004 la paciente reingresa, solicitan monitoria fetal y exámenes de laboratorio además de interconsulta con el obstetra de turno y le dan salida. Se desconoce que pudo haber sucedido entre el 26 y 27 de agosto del 2004. En lo relacionado al tratamiento parcial hace referencia a, por ejemplo, que no hay anotación del índice tocolítico que se recomienda en el mencionado texto, el esquema de útero inhibición no es claro: el 21 de agosto de 2004 a las 21:00 le inician goteo de terbutalina: 4 ampollas en 500cc de DAD al 5% a 8 gotas por minuto. Y se anota igual manejo los días 22 y 23 pero no hay ajuste de la dosificación ni examen médico que valore las condiciones del cuello uterino y las contracciones uterinas”*. Ante la pregunta de precisar si el diagnóstico de amenaza de parto pretérmino se efectuaron o no la totalidad de los exámenes de laboratorio y los controles médicos rigurosos que requería su específica situación, responde: *“Para el diagnóstico de parto prematuro se deben solicitar: ecografía y un control estricto de las contracciones uterinas, además de exámenes de laboratorio clínico pero no le tomaron la ecografía sugerida, no tiene ecografía reciente. Sólo se aporta la tomada el 2 de agosto de 2004; y la monitoria fetal solo se realizó en una ocasión el 29 de agosto y no se encuentra la lectura respectiva”*. Añade que *“No se practicó monitoria*

fetal con la frecuencia sugerida; tan solo hay una del 29 de agosto del 2004 cuya lectura no se encuentra en las notas de evolución”.

Finalmente expone que *“las condiciones del feto para la fecha mencionada -29 de agosto de 2004- eran de sufrimiento fetal agudo dada la frecuencia cardiaca fetal y por tal razón, además que el examinador no percibía movimientos fetales, se optó por la realización de una cesárea para desembarazar a la paciente y proceder a la atención del feto”.*

De las pruebas referidas, analizadas en conjunto, se concluye que la actuación desplegada por el equipo médico de la institución demandada, no atendió la reglas de la lex artis para este tipo de asuntos, toda vez que de una parte, no se diligenció en forma completa y clara la historia clínica de la paciente, lo que permite deducir mala praxis, y de otra, no hay evidencia de que las ordenes médicas hubieran sido atendidas oportuna y correctamente, de que se hubiera monitorizado regularmente a la paciente, y de que se le hubieran practicado los exámenes requeridos para tener certeza de su condición médica, lo que seguramente hubiera evidenciado de forma oportuna el sufrimiento fetal del bebe por nacer.

4.3. En este orden de ideas, y evidenciada como se encuentra la responsabilidad civil de la demandada en el daño ocasionada a los demandantes, procederá a estudiarse lo referente a los perjuicios ordenados por el a-quo, habida cuenta que la parte actora se mostró inconforme con su tasación.

En relación con los perjuicios morales, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho:

“... el perjuicio moral, respecto del cual esta Corte tiene dicho que hace parte de la esfera íntima o fuero psicológico del sujeto damnificado, toda vez que sólo quien padece el dolor interior conoce la intensidad de su sufrimiento, por lo que éste no puede ser comunicado en su verdadera dimensión a nadie más. De ahí que el perjuicio moral no es susceptible de demostración a través de pruebas científicas, técnicas o directas, porque su esencia originaria y puramente espiritual impide su constatación mediante el saber instrumental.

Por cuanto el dolor experimentado y los afectos perdidos son irremplazables y no tienen precio que permita su resarcimiento, queda al prudente criterio del juez dar, al menos, una medida de compensación o satisfacción, normalmente estimable en dinero, de acuerdo a criterios de razonabilidad jurídica y de conformidad con las circunstancias reales en que tuvo lugar el resultado lamentable que dio origen al sufrimiento.(...)

Esta razonabilidad surge de la valoración de referentes objetivos para su cuantificación, tales como las características del daño y su gravedad e intensidad en la persona que lo padece; de ahí que el arbitrium iudicis no puede entenderse como mera liberalidad del juzgador.”², (Sublínea fuera de texto).

A partir de lo anterior, y considerando que la misma jurisprudencia ha planteado como criterio para la liquidación del daño moral: la equidad (hoy en día reconocida en el art. 16 de la ley 446 de 1998), que consiste en considerar, bajo prudente juicio, criterios del ámbito psicológico, como el duelo, la prolongación del mismo, la afectación causada por la ruptura de un lazo filial, etc., así como los denominados elementos externos, como el grado

² CSJ SC del 8 de agosto de 2013.M.P: Ruth Marina Diaz.

de parentesco, naturaleza de los hechos (muerte, invalidez, lesiones), etc., tenemos que en este asunto, pudo establecerse que los señores Wilson Enrique Dávila Albarracin y Leydi Johana Bolaños García, compañeros entre sí, esperaban con ilusión el nacimiento de su primer hijo, lo que permite deducir que su pérdida les causó tristeza, desconsuelo y congoja.

En tal sentido, debe tenerse en cuenta que la Corte Suprema de Justicia, máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, ha establecido unos topes máximos de reconocimiento de este perjuicio, los cuales ajusta de tiempo en tiempo, es así, que: > por la muerte del padre fijó en el año 2013 \$55.000.000³, en el año 2016, señaló \$60.000.000⁴, y en los años posteriores ha reiterado este valor⁵; >mientras que para el caso de lesiones sufridas en el cuerpo, con carácter permanente y que provoca deformidad ha ordenado pagar, en 2013⁶, la suma de \$24.850.000, para una persona que quedó con ceguera e hidrocefalia que le impedía ejercitar labores elementales como ponerse de pie o sostenerse solo, y \$12.422.000 para sus familiares más cercanos –padres e hijos- en el año 2016, \$15.000.000⁷, en un caso sobre la colocación de una válvula de drenaje en el cerebro del lesionado, que al momento del accidente contaba con 17 años de edad, y en el año 2017⁸ reconoció \$60.000.000 para un menor de edad a quien se le provocó en el momento del parto parálisis cerebral.

Desde esta perspectiva, tenemos que los 15 SMLMV reconocidos para cada uno de los demandantes en la decisión de primera instancia – lo cual correspondía, en el año 2014 (cuando se profirió la sentencia) a la suma de

³ CSJ SC del 8 de agosto de 2013.M.P: Ruth Marina Diaz.

⁴ CSJ, SC de 30 de septiembre de 2016.M.P. Ariel Salazar

⁵ CSJ, SC-9193-2017.

⁶ CS.J. SC del 9 de diciembre de 2013. M.P. Ariel Salazar.

⁷ CSJ, SC-5885-2016.

⁸ CSJ, SC-21828-2017.

\$9.240.405 para cada uno- resulta ínfimo a la luz de los parámetros señalados por la jurisprudencia para ese momento, razón por la cual habrán de ajustarse los mismos a la suma de \$55.000.000 para la señora Leidy Johana Bolaños Garcia y para Wilson Enrique Dávila Albarracín.

Conforme lo anotado, habrá de modificarse el numeral 3° de la sentencia proferida por el a-quo, para en su lugar condenar a la demandada al pago de \$55.000.000 para cada uno de los demandantes, por concepto de daño moral. La condena en costas en esta instancia estará a cargo de la parte demandada, por la prosperidad del recurso impetrado por la parte actora, de acuerdo con lo previsto en el art. 392 numeral 1° del C.P.C.

En consonancia con lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, constituido en Sala Quinta de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia de fecha y procedencia mencionada, para en su lugar, condenar a SALUDCOOP CLÍNICA SANTA ISABEL LTDA., a pagar a favor de cada uno de los demandantes por concepto de perjuicios morales, la suma de \$55.000.000, conforme lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia proferida el 27 de enero de 2014, por el Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de Florencia, de acuerdo a lo anteriormente anotado.

TERCERO: CONDENAR en costas en esta instancia a la parte demandada. Por secretaría liquídense conforme lo previsto en el art. 393 del C.P.C.

CUARTO: Cumplido lo anterior, DEVUÉLVANSE las diligencias al juzgado de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Fallo discutido y aprobado en sesión de sala, conforme al acta 50 de esta misma fecha.

Los Magistrados,



DIELA H.L.M ORTEGA CASTRO



NURIA MAYERLY CUERVO ESPINOSA



MARIO GARCIA IBATÁ



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA QUINTA DE DECISIÓN

Florencia, treinta y uno (31) de julio del año dos mil veinte (2020)

MAGISTRADA PONENTE: DRA. DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO

Se ocupa esta Corporación del recurso de apelación impetrado por la parte de la demandada Flor Alba Rodríguez Sánchez contra la sentencia de primera instancia, emitida el 30 de septiembre de 2014, por el extinto Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de Florencia Caquetá.

I. ANTECEDENTES

1.1. Mediante apoderado judicial, los señores Rubiela Bustamante Ospina y Omar Joven Sierra, actuando en nombre propio y en representación de sus menores hijos José Edward, Estefanía y Miguel Ángel Bustamante, promovieron demanda de responsabilidad civil extracontractual contra los señores Johan Alexis Sánchez Fonseca, Flor Alba Rodríguez Sánchez y la empresa Caquetaxi S.A., con el fin de que sean declarados solidariamente responsables por los perjuicios materiales e inmateriales causados a los demandantes, con ocasión del accidente de tránsito ocurrido el 11 de agosto de 2007; y en consecuencia, sean condenados al pago solidario, de los siguientes perjuicios materiales a favor de Rubiela Bustamante Ospina en modalidad de lucro cesante: \$1.500.000

por daños a la motocicleta, \$100.000.000 por concepto de gastos médicos y terapéuticos y \$50.000.000 como ingreso dejado de percibir; y como perjuicios inmateriales en modalidad de daño moral: \$100 SMLMV para cada uno de los demandantes y \$200 SMLMV por concepto de daño a la vida en relación a favor de Rubiela Bustamante Ospina.

1.2. Como fundamento de tales peticiones, se indicó lo siguiente:

-El 11 de agosto de 2007, en la vía que conduce del centro de Florencia hacia el barrio el ventilador, se registró un accidente de tránsito en la calle 17 No. 4-68 del barrio Simón Bolívar en el que resultaron involucrados una motocicleta de placa PAB-03A, conducida por su propietaria, señora Rubiela Bustamante Ospina, y el taxi marca Daewo de placas XYD-004, manejado por el señor Johan Alexis Sánchez Fonseca, de propiedad de Flor Alba Rodríguez Sánchez y afiliado a la empresa de transporte Caquetaxi S.A.

- El mencionado accidente fue producto de la imprudencia del conductor del taxi, ya que se movilizaba cuesta abajo con exceso de velocidad y sin el cuidado necesario, razones por las cuales perdió el control del vehículo e invadió el carril contrario por donde se desplazaba la motocicleta.

- Gheyner Orozco Prent, patrullero de la policía, levantó croquis y presentó el informe correspondiente del accidente.

- Producto de dicho evento, la señora Rubiela Bustamante Ospina resultó herida de gravedad, pues quedó inconsciente, habiendo sufrido trauma cráneo encefálico severo, fractura de maxilar inferior, de húmero derecho, de colles en la mano izquierda y peroné derechos, y heridas en sus piernas, siendo trasladada a la UCI del Hospital María Inmaculada de

Florencia y posteriormente estuvo hospitalizada en la clínica UROS y Medilaser de Neiva.

-Debido a las lesiones sufridas por Rubiela, fue sometida a varias intervenciones quirúrgicas y tratamientos ortopédicos dolorosos y prolongados.

- Para la época del accidente Rubiela poseía junto con su compañero permanente una micro empresa de panadería, en la cual ella laboraba.

-Tal situación causó graves afectaciones materiales, morales y a la vida en relación de Rubiela y le ha ocasionado traumas psicológicos y afectivos a todos los demandantes, además las secuelas le impiden a Rubiela trabajar y desenvolverse en otras actividades cotidianas de la vida.

II. TRÁMITE PROCESAL

El asunto correspondió por reparto al Juzgado Primero Civil del Circuito de esta ciudad, el cual admitió la demanda mediante auto de 12 de enero de 2010, ordenando la notificación de las partes demandadas.

En el término correspondiente, la demandada Flor Alba Rodríguez Sánchez, se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones “*culpa de la víctima*” y “*hecho de un tercero*”. Igualmente, llamó en garantía a la Equidad Seguros Generales, sin embargo, el Juzgado rechazó el mismo.

El demandado Johan Alexis Sánchez Fonseca contestó la demanda a través de curador ad-litem sin proponer excepciones, mientras Caquetaxi

S.A. si bien contestó la demanda, fue tenida por no contestada por adolecer de presentación personal.

Posteriormente se citó a la audiencia de que trataba el art. 101 del C.P.C., se decretaron y practicaron las pruebas oportunamente solicitadas y se corrió traslado para los alegatos finales.

III. LA SENTENCIA

Mediante providencia de 30 de septiembre de 2014, el Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de Florencia, declaró probados los hechos en que se fundamenta la demanda, accedió a las pretensiones y en consecuencia, condenó a los demandados al pago de \$10.000.000 por concepto de perjuicio material en la modalidad de daño emergente y de \$114.105.868 en modalidad lucro cesante y futuro a favor de Rubiela Bustamante Ospina, asimismo, por concepto de perjuicios morales la suma de 100 SMLMV a favor de Rubiela Bustamante, 100 SMLMV para Omar Joven Sierra y 100 SMLMV a favor de sus menores hijos José Edward, Estefanía y Miguel Ángel Joven Bustamante; y por concepto de daños a la vida de relación, la suma de 200 SMLMV a favor de Rubiela Bustamante Ospina.

Para el efecto, consideró que en el plenario quedó probada la responsabilidad de los demandados en el accidente de tránsito donde resultó lesionada la demandante Rubiela Bustamante, pues según las pruebas, el mismo es totalmente atribuible al conductor del taxi, y no existe elemento de juicio que permita suponer que la culpa recae en la actora.

Dicha conclusión se extrae del concepto emitido por el patrullero de la policía Cely Rojas, rendido en la inspección judicial, y de las

diligencias adelantadas en el proceso penal seguido contra el conductor del taxi, por cuenta de la Fiscalía 15 Local de Florencia.

En cuanto al daño, encontró que el concepto atribuible a daño emergente, y correspondiente a los daños de la motocicleta de la demandante, no fue probado, mientras que el atinente a los gastos médicos en que incurrió la actora, con ocasión del accidente, solo se probó la suma de \$10.000.000. En cuanto al lucro cesante, consideró que el mismo debía calcularse con base en el salario mínimo legal, la expectativa de vida de la demandante y el porcentaje de invalidez. Finalmente, respecto el perjuicio moral y a la vida de relación, tuvo en cuenta lo dicho por la jurisprudencia y su prudente juicio.

IV. EL RECURSO INTERPUESTO

Inconforme con la decisión, el apoderado de la señora Flor Alba Rodríguez Sánchez, interpuso recurso de apelación, arguyendo que las indemnizaciones reconocidas en la sentencia, por concepto de perjuicios extrapatrimoniales, son exorbitantes, habida cuenta de que en el expediente existen elementos probatorios que permiten delimitar razonadamente los mismos.

Agrega que, si bien es cierto que no existe dentro del ordenamiento jurídico una disposición especial que indique a los jueces los parámetros para calcular el monto de dichos perjuicios, éste no debe ser un argumento definitivo en todos los casos.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Sea lo primero decir, que los presupuestos procesales que la doctrina y jurisprudencia exigen para el normal desarrollo del proceso, se

encuentran satisfechos a cabalidad, además no se advierte causal de nulidad alguna que invalide la actuación surtida.

5.2. En seguida, debe precisarse que de acuerdo con lo previsto en el numeral 5° del artículo 625 del Código General del Proceso, este recurso se resuelve con base en la normativa del Código de Procedimiento Civil, estatuto procesal vigente para la época en que fue interpuesto el recurso de apelación.

5.3. Se ocupa la Sala de un asunto inmerso en el ámbito de la responsabilidad civil, entendida como aquella que engloba todos los comportamientos ilícitos que por generar daño a terceros, hacen recaer en cabeza de quien lo causó, la obligación de indemnizar.¹ Vale decir entonces, que ese “*comportamiento ilícito*” o “*hecho ilícito*” puede consistir en el incumplimiento de obligaciones provenientes de un contrato (responsabilidad civil contractual), o en el incumplimiento de las obligaciones legales o cuasicontractuales, o en el delito, el cuasidelito o la violación del deber general de prudencia, o por el empleo de la energía humana o de objetos accionados por el hombre, **actividades peligrosas**, o la exteriorización de ideas (responsabilidad civil extracontractual).

De tiempo atrás, **la conducción de vehículos se ha entendido como una actividad peligrosa**², la cual fue analizada inicialmente bajo la lupa de la “*(...) presunción de culpabilidad (...)*”³, sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, precisó que la responsabilidad por este tipo de actividades, no se encuentra sentada de forma exclusiva en el

¹ Precisiones tomadas de la obra TRATADO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. TAMAYO JARAMILO, Javier. Tomo I. Editorial Legis. Pág. 8

² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia abril 30 de 1976.

³ CSJ. Civil. Vid. Sentencias de 26 de agosto de 2010, expediente 00611, y de 18 de diciembre de 2012, expediente 00094

elemento culpa, sino que, a partir de lo establecido en el artículo 2356 del Código Civil, el riesgo también encuentra cabida como su fundamento⁴.

5.4. Bajo este entendido, corresponde estudiar el recurso impetrado, el cual se circunscribe a controvertir la tasación de los daños extrapatrimoniales efectuada por el a-quo, ya que se cuestiona la razonabilidad de las condenas contenidas en la sentencia, por considerarlas exorbitantes.

5.4.1. Sobre el particular, vale decir, que en el caso en estudio se solicitaron perjuicios patrimoniales o materiales, en los siguientes términos: >Por daño emergente: \$1.500.000, correspondiente a la motocicleta dañada totalmente en el accidente; \$100.000.000, por gastos médicos y tratamientos de la demandante; y >por lucro cesante: \$50.000.000, por concepto de dineros dejados de recibir durante el curso de la vida.

Además, se pidieron perjuicios extrapatrimoniales o inmateriales, de la siguiente forma: >por daño moral: 100 SMLMV para Rubiela Bustamante, 100 SMLMV, para Omar Joven Sierra, y 100 SMLMV, para cada uno de los menores José Edward, Estefanía, y Miguel Ángel Joven Bustamante, y >por daño a la vida de relación: 200 SMLMV para Rubiela Bustamante.

En la decisión de primera instancia, se reconocieron los perjuicios extrapatrimoniales en los términos solicitados en la demanda, cuestión ante la cual se manifestó inconforme la parte demandada.

5.4.2. Así las cosas, corresponde abordar el estudio de los perjuicios mencionados, empezando por el daño moral, categoría de perjuicio

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 21 de agosto de 2009. Expediente 2001-01054-01

extrapatrimonial, que la víctima puede sufrir a causa de un suceso determinado, relacionado con la esfera afectiva o íntima de la persona debido al dolor, la aflicción, la tristeza, la amargura que para ella se deriva.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia insistentemente ha manifestado que *“El daño moral recae sobre la parte afectiva o interior de la persona, al generar sensaciones de aflicción, congoja, desilusión, tristeza y pesar, de tal suerte que, no constituye un “regalo u obsequio gracioso” sino una compensación a la perturbación del ánimo y al sufrimiento espiritual generador de disminución e impotencia”. Justamente por las características que le son ínsitas, no es de fácil laborío la fijación del quantum que ha de reconocerse a la persona afectada, pero eso no es óbice para determinar, en una suma concreta, el monto de la correspondiente condena, teniendo en cuenta, en todo caso, que tal valoración debe estar guiada por los principios de reparación integral y equidad⁵”*.

Por la naturaleza del daño moral, resulta ser la tasación de la indemnización no propiamente reparativa, sino paliativa, en la medida en que es difícil cuantificarla en cada caso específico; y esa es la razón por la cual se le ha deferido al juez, a su arbitrio, la fijación del monto que, de acuerdo con las probanzas, incluidas las presunciones, estime prudente para reparar la congoja de la víctima directa como de las personas cercanas.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, ha precisado:

“De ahí que el perjuicio moral no es susceptible de demostración a través de pruebas científicas, técnicas o directas, porque su esencia

⁵ CSJ SC Sentencia de 20 de enero de 2009, radicación n. 000125

originaria y puramente espiritual impide su constatación mediante el saber instrumental. Por cuanto el dolor experimentado y los afectos perdidos son irremplazables y no tienen precio que permita su resarcimiento, queda al prudente criterio del juez dar, al menos, una medida de compensación o satisfacción, normalmente estimable en dinero, de acuerdo a criterios de razonabilidad jurídica y de conformidad con las circunstancias reales en que tuvo lugar el resultado lamentable que dio origen al sufrimiento.

Lo anterior, desde luego, «no significa de suyo que esa clase de reparación sea ilimitada, bastándole por lo tanto a los demandantes, en un caso dado, reclamarla para dejarle el resto a la imaginación, al sentimiento o al cálculo generoso de los jueces». (CSJ, SC del 15 de abril de 1997) La razonabilidad de los funcionarios judiciales, por tanto, impide que la estimación del daño moral se convierta en una arbitrariedad.

Esta razonabilidad surge de la valoración de referentes objetivos para su cuantificación, tales como las características del daño y su gravedad e intensidad en la persona que lo padece; de ahí que el arbitrium iudicis no puede entenderse como mera liberalidad del juzgador.”⁶

Con estos criterios, pasará la Sala a examinar la decisión de primera instancia, observando en primera medida que las consideraciones efectuadas por el a-quo, fueron las siguientes:

“...no existe una tabla de tasación que los códigos civil o de procedimiento civil permitan tener como referente único, y al tratarse de la valoración de un sufrimiento íntimo de la persona afectada con el daño, entran en juego muchos factores que deben tenerse en cuenta para valorar

⁶ C.S.J. Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de septiembre de 2016. M.P. Ariel Salazar Ramírez. Exp. 2005-00174.

debidamente este rubro, el cual se ha dejado al arbitrio del fallador de instancia según decantada jurisprudencia de nuestra máxima instancia de cierre, razón por la cual se accederá a lo pedido por parte de la actora, pues los dolores infringidos a éstos se asocian al dolor y la tristeza de ver a la matriarca de la familia, persona trabajadora activa y joven, padeciendo una serie de secuelas físicas que afectan su vida y su entorno, dolor que sin lugar a dudas se comparte no solo con los hijos sino por su compañero permanente” y con ello, condenó a los demandados al pago de 100 smlmv para cada uno de los demandantes”. (Negrita fuera de texto).

De acuerdo con el material probatorio obrante en la foliatura, no hay duda que la señora Rubiela Bustamante Ospina, sufrió lesiones en su humanidad que le dejaron graves secuelas físicas y psicológicas, lo que le ha causado sufrimiento, inseguridad, incertidumbre y tristeza.

En efecto, la historia clínica de la Clínica Uros en Neiva, Medilaser y Hospital María Inmaculada, dan cuenta de las diversas intervenciones y tratamientos médicos a los que se ha sometido la demandante con ocasión del accidente; asimismo, el informe técnico médico legal de lesiones no fatales (fls. 40-41 c1) emitido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, determina como secuelas médico legales: *“deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente, deformidad física que afecta el rostro de carácter permanente, perturbación funcional del miembro superior derecho de carácter permanente, perturbación funcional del órgano de la prensión de carácter permanente, perturbación funcional del miembro inferior izquierdo de carácter permanente, perturbación funcional del órgano de la locomoción de carácter permanente”.*

En la misma línea, encontramos la valoración emitida por Luis Yesid Martínez Laguna, cirujano plástico de Interplástica IPS (fls. 214-215 c1), en la que se dictamina: *“Cabeza: 1. Cicatriz vertical medio frontal de*

7cm aproximadamente que en su trayecto superior presenta engrosamiento. 2. Depresión orbicular inferior izquierda. Cicatriz vertical de 3 cm en labio superior izquierdo. 4. Cicatriz semicircular abombada en región mentoniana izquierda. 5. Cicatriz de 7 cm que sigue el reborde mandibular izquierdo. 5. (sic). Desvío de comisura a la derecha con atrofia grasa lado hemicara izquierda. Cuello: cicatriz deprimida en foseta esternal (por traqueostomía). Abdomen: cicatriz mediana supraumbilical de aprox. 10 cms con área de hipertrofia. Extremidades: 1. Cicatriz de 9 cms dorso codo derecho. 2. Cicatriz de 27 cm alargada deprimida que se inicia en tercio distal del muslo izquierdo y se extiende por la cara anterior de la pierna adherida en tercio medio al hueso tibial. Déficit motor en pierna izquierda”, y se refiere como diagnóstico y tratamiento: “cicatrices antiestéticas por trauma”, Explicado que las secuelas son de carácter permanente y desde el punto de manejo de cirugía plástica el tratamiento es: 1. Corrección de cicatrices en cara, codo derecho, miembro inferior izquierdo y abdomen para tratar de mejor su apariencia pero no se pueden desaparecer. 2. Injerto graso en hemicara izquierda para intentar corregir la asimetría”.

También se observa el concepto emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila (fls.217-221 c1), donde se lee: “*fractura de húmero derecho, fractura de peroné izquierdo, fractura de colles mano izquierda, fractura malar, maxilar inferior, lesión nervios ulnar y radial derechos, lesión axonal nervio tibial izquierdo*”, determinando 47.72% de pérdida de capacidad laboral.

Por su lado, los testimonios de Jaime Cardoso Ortiz (fls. 2 a 6 c3), Luz Dary Quiñonez (fls. 6 a 9 c3), y Rigoberto López Jamioy (fls. 9 a 12 c3), dan cuenta de la afectación emocional y psicológica que ha tenido la demandante con ocasión del accidente, pues aseguran que luego de lo ocurrido, la han notado *deprimida, solitaria, achantada, siendo que ella*

era una persona alegre, que le gustaba salir, y ahora no lo hace porque se siente muy limitada para ello.

Ahora bien, en lo que respecta a su compañero Omar Joven Sierra, y sus hijos José Edward, Estefanía y Miguel Ángel Joven Bustamante, debemos tener en cuenta que de conformidad con lo dicho por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los perjuicios morales es posible presumirlos para el caso de los familiares más cercanos, dada la naturaleza misma afincada en el amor, la solidaridad y el afecto que es inherente al común de las relaciones familiares, presunción de hombre que, desde luego, es susceptible de ser desvirtuada dentro del proceso.

Por tanto, y como en este asunto quedó clara la convivencia marital existente entre Rubiela y Omar, así como su relación cercana, amorosa y solidaria con sus hijos Edward, Estefanía y Miguel Ángel, apareciendo como una familia normal que se profesa afecto y consideración, se presume que para ellos, los heridas y secuelas sufridas por su compañera y madre, respectivamente, fue causante de aflicción, dolor, tristeza y sufrimiento.

Así las cosas, y no habiendo duda en relación con la causación del mentado daño moral, debe determinarse lo atinente a su tasación, toda vez que en nuestro derecho, cada especialidad ha adoptado unos topes máximos para el reconocimiento de este tipo de perjuicios.

En tal sentido, debe tenerse en cuenta que la Corte Suprema de Justicia, máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, ha establecido unos topes máximos de reconocimiento de este perjuicio, los cuales ajusta de tiempo en tiempo, es así, que: > por la muerte de un pariente – padres o hijos- fijó en el año 2013 \$53.000.000, en el año 2016, señaló

\$60.000.000⁷, y en los años posteriores ha reiterado este valor⁸; >mientras que para el caso de lesiones sufridas en el cuerpo, con carácter permanente y que provoca deformidad ha ordenado pagar, en 2013⁹, la suma de \$24.850.000, para una persona que quedó con ceguera e hidrocefalia que le impedía ejercitar labores elementales como ponerse de pie o sostenerse solo, y \$12.422.000 para sus familiares más cercanos –padres e hijos- en el año 2016, \$15.000.000¹⁰, en un caso sobre la colocación de una válvula de drenaje en el cerebro del lesionado, que al momento del accidente contaba con 17 años de edad, y en el año 2017¹¹ reconoció \$60.000.000 para un menor de edad a quien se le provocó en el momento del parto parálisis cerebral.

Desde esta perspectiva, tenemos que los 100 SMLMV reconocidos para cada uno de los demandantes en la decisión de primera instancia – lo cual correspondía, en el año 2014 (cuando se profirió la sentencia) a la suma de \$61.600.000 para cada uno- resulta excesivo a la luz de los parámetros señalados por la jurisprudencia para ese momento, razón por la cual habrán de ajustarse los mismos a la suma de \$25.000.000 para la señora Rubiela Bustamante Ospina, y a la suma de \$15.00.000 para su compañero Omar Joven, y para cada uno de sus hijos José Edward, Estefanía y Miguel Ángel Joven Bustamante.

5.4.3. Ahora bien, en lo que respecta al daño en la vida de relación, debemos partir de entender que éste se refiere a la alteración de las condiciones de existencia al no poder seguir disfrutando de los placeres de la vida o realizando las funciones vitales y se concreta «(...) *sobre intereses, derechos o bienes cuya apreciación es insalvable, porque no es*

⁷ CSJ, SC de 30 de septiembre de 2016.M.P. Ariel Salazar

⁸ CSJ, SC-9193-2017.

⁹ CS.J. SC del 9 de diciembre de 2013. M.P. Ariel Salazar.

¹⁰ CSJ, SC-5885-2016.

¹¹ CSJ, SC-21828-2017.

posible realizar una tasación que repare en términos absolutos su intensidad», tiene su reflejo en el ámbito «(...) externo del individuo (...)», en los «(...) impedimentos, exigencias, dificultades, privaciones, vicisitudes, limitaciones o alteraciones temporales o definitivas» que debe soportar la víctima en el desempeño de su entorno «(...) personal, familiar o social».

La jurisprudencia ha sostenido que este daño puede tener su origen:

«(...) tanto en lesiones de tipo físico, corporal o psíquico, como en la afectación de otros bienes intangibles de la personalidad o derechos fundamentales; e) recae en la víctima directa de la lesión o en los terceros que también resulten afectados, según los pormenores de cada caso, por ejemplo, el cónyuge, compañero (a) permanente, parientes cercanos, amigos; f) su indemnización está enderezada a suavizar, en cuanto sea posible, las consecuencias negativas del mismo; g) es un daño autónomo reflejado ‘en la afectación de la vida social no patrimonial de la persona’, sin que comprenda, excluya o descarte otra especie de daño -material e inmaterial- de alcance y contenido disímil, como tampoco pueda confundirse con ellos»¹².

Sobre su debida tasación, la jurisprudencia ha insistido en que “*los jueces deben proceder conforme su prudente juicio, la determinación que adopten al respecto no puede carecer de fundamentos objetivos y, mucho menos, ser caprichosa o arbitraria, sino que, por el contrario, debe estar siempre fincada en las precisas circunstancias fácticas del caso sometido a su conocimiento. Con otras palabras, cabe señalar, en apretada síntesis, que la fijación del quantum de la respectiva indemnización depende de la*

¹² CSJ civil sentencia de 20 enero de 2009, exp. 000125; reiterada el 28 de abril de 2014, SC 5050-2014, exp. 2009-00201-01.

intensidad de dolor sufrido por la víctima, en el caso del daño puramente moral, o por la magnitud de la afectación que ella experimenta en sus relaciones interpersonales y/o en su vida cotidiana, en el caso de la segunda clase de perjuicio de que aquí se trata.”¹³.

Bajo estos lineamientos, tenemos que en materia de daño a la vida de relación, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha estimado los mismos considerando su carácter y entidad, es así, que en el fallo dictado el 13 de mayo de año 2008, se fijó el monto de la condena por concepto del referido perjuicio en la suma de \$90.000.000, lo cual no puede tenerse como límite o tope máximo para esta especie de indemnización, sino, simplemente, como punto de referencia, ya que en otros caso, 9 de diciembre de 2013, atendiendo a las situaciones personales de la víctima, y el carácter compartido de la culpa, los tasó en \$70.000.000.

En este asunto, el a-quo, tasó este perjuicio en 200 SMLMV, señalando como fundamento lo siguiente: *“han sido definidos como la alteración de las condiciones de existencia, este despacho considera que lo pedido en la demanda es justo, pues de un lado están probados aquellos aspectos en que las condiciones de existencia de la demandante se han visto afectados con ocasión del accidente y las cicatrices alteran la estética corporal de la demandante, le generan molestia e incomodidad hasta para la realización de las actividades cotidianas más simples como cocinar o lavar la ropa”.* (...)

Visto lo que antecede y en lo que respecta al reconocimiento del perjuicio por el daño a la vida en relación consignada en el literal g, de las pretensiones de la demanda (fl.9 c1), el despacho accederá a su reconocimiento al considerar que se encuentran plenamente acreditados dentro del infolio, lo cual se evidencia en la totalidad de la historia

¹³sentencia SC21828 del 5 de abril de 2017, radicado 2007-00052-01.

clínica a partir del 11 de agosto de 2007, pruebas todas que aparecen en el expediente y que permite colegir sin dificultad alguna que se vieron afectados los actos de la vida diaria, su entorno social y la realización de las actividades normales de la vida, razón la cual hay lugar a su reconocimiento judicial en 200 smlmv". (Negrita fuera de texto).

Con estribo en las premisas jurídicas y fácticas enunciada, para esta Sala luce razonable la condena a pagar impuesta a los demandados por concepto de daños a la vida de relación de Rubiela Bustamante Ospina, los cuales fueron cuantificados en 200 smlmv - \$123.200.000 para la fecha en que fue dictada la sentencia-; basados en que el acervo probatorio evidencia serias repercusiones del accidente y específicamente de las lesiones por éste causadas a la señora Rubiela Bustamante, en su vida diaria, pues más allá de las limitaciones físicas con que quedó, cojera y apariencia de su rostro, se ha visto afectado el disfrute de las cosas de la vida, como compartir con amigos y familiares.

En armonía con lo explicado, se modificará parcialmente la sentencia atacada, en cuanto a los perjuicios morales, sin que haya lugar a condena en costas por la prosperidad parcial del recurso.

VI DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE FLORENCIA, SALA QUINTA DE DECISIÓN, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VII. RESUELVE:

PRIMERO. MODIFICAR los ordinales quinto, sexto y séptimo de la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2014, por el extinto Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de Florencia – Caquetá, los cuales quedarán de la siguiente manera:

QUINTO: CONDENAR a los demandados Johan Alexis Sánchez Fonseca, Flor Alba Rodríguez Sánchez, y Caquetaxi S.A., al pago de \$25.000.000 por concepto de perjuicios morales, a favor de la señora Rubiela Bustamante Ospina, conforme lo expuesto en esta providencia.

SEXTO: CONDENAR a los demandados Johan Alexis Sánchez Fonseca, Flor Alba Rodríguez Sánchez, y Caquetaxi S.A., al pago de \$15.000.000 por concepto de perjuicios morales, a favor del señor Omar Joven Sierra, conforme lo expuesto en esta providencia.

SEPTIMO: CONDENAR a los demandados Johan Alexis Sánchez Fonseca, Flor Alba Rodríguez Sánchez, y Caquetaxi S.A., al pago de \$15.000.000 por concepto de perjuicios morales, a favor de cada uno de los señores José Edward, Estefanía y Miguel Ángel Joven Bustamante, conforme lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la providencia recurrida, conforme lo antes expuesto.

TERCERO: SIN COSTAS.

Apelación sentencia
PROCESO: Responsabilidad Extracontractual
DEMANDANTES: Rubiela Bustamante Ospina y otro
DEMANDADOS: Johan Alexis Sánchez Fonseca
RAD. No. 1800131030012009-00164-01
RAD. Interna: 1994

CUARTO: DEVOLVER el proceso al juzgado de origen, una vez se encuentre en firme esta providencia.

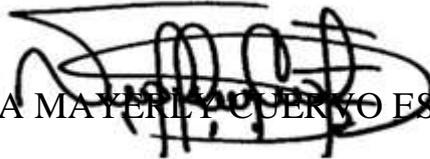
Notifíquese y cúmplase.

Fallo discutido y aprobado en sesión de sala, conforme al acta 50 de esta misma fecha.

Los Magistrados,



DIELA H.L.M ORTEGA CASTRO



NURIA MATERLY CUERVO ESPINOSA



MARIO GARCIA IBATÁ

Proceso: Perturbación de la posesión
Dte: Arcesio Tovar Cano
Ddo: Vanor Salazar y otro
Rad. 18094-31-89-001-2009-00039-01
Rad. Interno. 1059



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA QUINTA DE DECISIÓN.

Florencia, treinta y uno (31) de julio del año dos mil veinte (2020)

MAGISTRADA PONENTE: DRA. DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO

Corresponde a esta Corporación resolver el recurso de apelación propuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 9 de abril de 2014 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de los Andaquies, dentro del asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

1°. Por conducto de apoderado judicial, el señor Arcesio Tovar Cano, interpuso demanda verbal de PERTURBACION DE LA POSESION contra los señores Vanor Salazar Ortiz y Jaime Polania, con el fin de que se les ordene cesar los actos perturbatorios de la posesión del demandante, absteniéndose de ocupar el inmueble denominado la Floresta y la Floresta 1 del municipio de Valparaíso - Caquetá.

Como fundamento de sus peticiones, indicó que ejerce la posesión quieta, pacífica e ininterrumpida del predio denominado la Floresta y la Floresta 1 del municipio de Valparaíso desde el año 1992, cuando lo negoció con su propietario Samuel Lozano, quien lo había adquirido en

pública subasta el 9 de diciembre de 1991, dentro del proceso ejecutivo adelantado contra Vanor Salazar en el Juzgado 24 Civil del Circuito de Bogotá.

Refirió que el señor Samuel Lozano falleció antes de perfeccionarse la negociación, razón por la cual su compañera Luz Marleny Borja, en representación de sus hijos menores Yuli Paola y Cristian Eduardo Lozano, suscribió contrato de promesa de compraventa respecto del inmueble, el 30 de noviembre de 1993.

Señaló, que el 27 de octubre de 2008 unos trabajadores de nombres Milton y Javier, quienes manifestaron actuar por órdenes de Vanor Salazar, entraron de manera violenta al inmueble y empezaron a tumbar montaña, arrasando con la reserva, corriendo cercos y construyendo una vivienda.

Ante esta situación, el mayordomo de la finca, señor Agustín Sánchez, comunicó al demandante, quien se desplazó al lugar, acudiendo a la inspección de policía, donde inició una acción de actos perturbatorios que fue rechazada por falta de requisitos formales.

Los demandados se niegan rotundamente a desocupar el inmueble, consistiendo los actos perturbatorios en la construcción de una casa de madera y zinc, que según se dijo era ordenada por Jaime Polania, un cerco de 200 metros de longitud, y la tala de árboles maderables.

TRÁMITE PROCESAL

1°. El trámite de la demanda correspondió al Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de los Andaquies, el cual la admitió el 25 de marzo de 2009.

2º. Notificado el demandado Jaime Polania, se opuso a la demanda y formuló como excepciones de mérito: “*falta de legitimación en la causa por activa*”, y “*falta de causa petendi*”, fundadas básicamente, en que el demandante no sustenta en debida forma el negocio que presuntamente dio lugar a su posesión, y que tal posesión no se ha ejercido en debida forma por el demandante.

El demandado Vanor Salazar, se opuso igualmente a las pretensiones, y formuló también las excepciones de: “*falta de legitimación en la causa por activa*”, y “*falta de causa petendi*”, agregando la de “*exclusión de la prueba documental promesa de compraventa*”, refiriendo que él nunca ha dejado de ejercer la posesión quieta y pacífica del inmueble en cuestión.

Fallido el ánimo conciliatorio entre las partes, el Juzgado abrió a pruebas el asunto y practicó las oportunamente solicitadas. Concluida la etapa probatoria, se corrió traslado para alegar de conclusión y se dictó sentencia.

LA DECISIÓN DEL JUZGADO.

Mediante sentencia de 9 de abril de 2014, el Juzgado de conocimiento declaró que Jaime Polania y Vanor Salazar están perturbando la posesión que Arcesio Tovar Cano ejerciera sobre los inmuebles denominados la Floresta y la Floresta 1, ubicados en jurisdicción de Valparaíso – Caquetá; en consecuencia, ordenó a los demandados en forma inmediata, cesar todo acto de perturbación y hacer entrega de los predios al demandante.

Para el efecto, consideró que la acción incoada es la prevista en el art. 972 del C.C., la cual tiene como finalidad conservar la posesión de bienes raíces de toda persona que ejerza actos de perturbación.

Adujo, en primera medida, que la legitimación para demandar en este tipo de asuntos, la tiene quien ejerce la posesión del bien, por lo menos por un año completo antes de la perturbación alegada, observándose en este caso, que la prueba testimonial apunta a que el señor Tovar Cano, ha ejercido la posesión de los inmuebles desde hace 18 años, asumiendo actuaciones propias de un poseedor como meter ganado, tener un mayordomo y velar por el bien.

Precisó, que resulta irrelevante la forma en que haya ingresado el señor Tovar Cano al inmueble, cuestión que discute la parte demandada arguyendo que no tiene eficacia jurídica el contrato de promesa de compraventa celebrado entre la presunta viuda de Samuel Lozano y el demandante, pues lo que basta para poseer es tener la cosa con ánimo de señor y dueño, mediante el uso, goce y aprovechamiento.

Igualmente, indicó que la calidad de poseedor que alega el señor Vanor Salazar tampoco fue probada, ya que fue designado depositario del bien por el secuestro, cuando se efectivizaron las medidas cautelares dentro del proceso ejecutivo del Juzgado 24 Civil del Circuito de Bogotá, y luego, la posesión fue tomada por el demandante.

Finalmente, refiere que las pruebas aportadas, acreditan que la posesión ejercida por el señor Tovar Cano fue perturbada, por cuanto personas, al mando de Vanor Salazar y Jaime Polania, construyeron una casa y aprovecharon los recusos del terreno sin autorización para ello.

EL RECURSO INTERPUESTO.

Inconforme con lo decidido, la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia así proferida, argumentando que se desconoce el hecho de que Vanor Salazar nunca ha perdido la posesión del inmueble, a pesar de que mismo fue objeto de remate.

En este sentido, afirma que se desconoció que el señor Vanor Salazar estuvo desplazado del lugar de ubicación del inmueble por la violencia - tanto que su esposa estuvo secuestrada y fue asesinada -, además que durante el tiempo de su desplazamiento mantuvo ganado y ejerció actividades de explotación del predio, de hecho, fue dejado como depositario del predio cuando se produjo el secuestro dentro del proceso ejecutivo. Y luego, hizo negocios con el señor Jaime Polania para la explotación del inmueble.

Recalca, que el contrato de promesa de compraventa que el demandante aduce haber celebrado para adquirir el inmueble, es fantasioso, porque no está probado que la vendedora fuera la compañera del señor Samuel Lozano, ni que los menores que representaba era hijos del señor Lozano, y tampoco se probó que éste hubiera fallecido como para que se adjudicara el bien en cuestión.

Igualmente, resalta que no se verificó que el demandante, quien aduce ser poseedor, nunca se ocupó de los impuestos del bien ni de sus servicios públicos, cuestión que ha estado a cargo del demandado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I.- Los presupuestos procesales que doctrina y jurisprudencia reclaman para el normal desarrollo del proceso y proveer de mérito en el

presente asunto se encuentran satisfechos a cabalidad, sin que se advierta causal de nulidad alguna que invalide la actuación surtida.

II.- Es importante señalar que de acuerdo con lo previsto en el numeral 5° del artículo 625 del Código General del Proceso, este recurso se resuelve con base en la normativa del Código de Procedimiento Civil, estatuto procesal vigente para la época en que fue interpuesto el recurso de apelación.

III. –Se contrae el presente asunto a determinar si es procedente la acción de perturbación de la posesión invocada por el señor Arcesio Tovar Cano, habida cuenta que los demandados alegan que éste no tiene la calidad de poseedor.

3.1. Para ello, debemos partir de considerar que el art. 762 del C.C., prevé que *“la posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él. El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo.”*(Resaltado fuera de texto).

A partir de lo anterior, y del valor que en nuestro derecho se da a esta figura, el art. 972 y siguientes del mismo cuerpo jurídico, regula lo relativo a las acciones posesorias, entendidas como las que tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces, o de derechos reales constituidos en ellos.

Según dichas disposiciones, tales acciones posesorias solo podrán entablarse por quien ha estado en posesión tranquila y no interrumpida un año completo, teniendo derecho a pedir que no se le turbe su posesión o se

le despoje de ella, que se le indemnice el perjuicio recibido o que se le dé seguridad contra el que fundadamente teme.

3.2. A partir de lo anterior, y examinadas íntegramente las pruebas aportadas al proceso, se deduce que la acción impetrada por el señor Arcesio Tovar Cano contra los señores Vanor Salazar y Jaime Perdomo, para que cesen los actos perturbatorios de su posesión, es procedente, de acuerdo con lo siguiente:

3.2.1. Quedó probado en el plenario, que el señor Arcesio Tovar Cano es el poseedor del inmueble denominado la Floresta (antes la Floresta y la Floresta 1), ubicado en la vereda La Rico del municipio de Valparaíso – Caquetá, pues desde aproximadamente el año 1993 - convencido de haber adquirido el mentado inmueble- utilizó y gozó del mismo, para su actividad ganadera y agropecuaria.

En efecto, examinada la prueba documental arrojada al expediente, encontramos que el señor Arcesio Tovar, celebró un contrato de promesa de compraventa - en noviembre de 1993 - con la señora Luz Marleny Borja, quien actuaba en representación de sus hijos menores Yuli Paola y Cristian Eduardo Lozano Borja - herederos de Samuel Lozano-, respecto del inmueble en cuestión (fl. 5), lo que permite concluir que ciertamente, como lo afirma el demandante, fue en virtud de un negocio jurídico que ingresó al bien materia de debate.

En este sentido, debe precisarse que de acuerdo con el certificado de tradición y libertad No. 420-28860 de Florencia, el predio la Floresta y la Floresta 1, fue adquirido por el señor Vanor Salazar mediante la escritura pública No. 593 de 14 de marzo de 1986, sin embargo, posteriormente, el inmueble fue embargado dentro de un proceso ejecutivo por el Juzgado 24

Civil del Circuito de Bogotá, efectuándose la adjudicación en remate al señor Samuel Lozano el 9 de diciembre de 1991(fl. 6).

La parte demandada centró gran parte de su argumentación, en la ineficacia del negocio jurídico alegado por el señor Arcesio Tovar, aduciendo que no existen pruebas en plenario de la calidad invocada por la señora Luz Marleny Borja -madre de los menores Yuli Paola y Cristian Eduardo Lozano-, ni de que dichos niños fueran hijos de Samuel Lozano, y menos de que Samuel Lozano hubiera fallecido.

Al respecto, vale insistir, en que el objeto del proceso instaurado es preservar la posesión, debidamente probada, de las posibles perturbaciones que pueda tener, con miras, a que eventualmente en el futuro, el poseedor pueda reclamar los efectos de la posesión ejercida a lo largo del tiempo.

Por tanto, en el presente caso, resulta irrelevante el hecho de que el negocio jurídico celebrado por el señor Arcesio Tovar con la señora Luz Marleny Borja, carezca de eficacia jurídica por faltar la prueba de parentesco de los menores, pues lo realmente importante para el caso que nos ocupa, es establecer si a partir de dicho “negocio” - que le dio la entrada al inmueble en cuestión-, el demandante ejerció, por lo menos por un año, la posesión del bien en litigio.

En esta línea, encontramos que obra en autos una certificación, expedida por Nestle de Colombia, de fecha 9 de febrero de 2009, en la que se indica que el señor Arcesio Tovar es proveedor de leche desde 1994 y que la leche que suministra es del predio la Floresta y la Floresta 1(fl. 7).

Igualmente, la prueba testimonial revela que el señor Tovar Cano ejerció la posesión del inmueble materia de litigio desde aproximadamente el año 1992 cuando adquirió dicho bien, encargó de su cuidado al señor

Agustín Sánchez, y tuvo en sus prados pastando su ganado, hasta el año 2008, cuando personas bajo órdenes de Jaime Polania y Vanor Salazar, ocuparon el predio e iniciaron obras en el mismo.

En tal sentido declararon los testigos Agustín Sánchez, quien dijo ser vecino del predio y encargado por Arcesio del cuidado de este. María Luisa Capera, quien adujo ser la compañera permanente de Agustín Sánchez, y darse cuenta de las labores de cuidado ejercidas por éste a favor de Arcesio Tovar. Gilberto Muñoz, quien dijo haber reemplazado a Agustín Sánchez en algunas ocasiones, y Santos Osorio, quien refirió ser vecino del predio desde aproximadamente 1996, los que fueron coincidentes en manifestar que conocen al demandante como vecino de la vereda desde hace 18 años – su declaración fue rendida en el año 2009- , que tenía ganado en el predio en cuestión, y que contrataba el cuidado y pastoreo de sus campos.

Igualmente, los testigos Lenin Tovar, Anselmo España, y Rosalba Quintero, aunque refirieron reconocer como propietario del bien a Vanor Salazar, fueron coincidentes en indicar que el mismo estuvo largo tiempo fuera de la región, que el predio estuvo enmontado y que el señor Tovar le metió ganado.

Al respecto, debe precisarse que según pudo establecerse, el señor Arcesio Tovar adquirió el predio San Diego el 20 de marzo de 1992 (fl. 213), el cual colinda con el predio la Floresta y La Floresta 1, razón por la cual, y ante el descuido que presentó este último por la falta de su propietario -ciertamente quedó probado que Vanor Salazar se fue de la región por un tiempo debido a la violencia - y el litigio ejecutivo en que estuvo involucrado, el demandante, quien además se consideraba dueño por el negocio efectuado con la señora Luz Marleny Borja, empezó a ocuparlo con su ganado, haciendo con ello actos de señor y dueño.

También, de las declaraciones rendidas por los demandados, se deduce que Vanor Salazar estuvo negociando el predio la Floresta con el señor Jaime Polania, sin embargo, como en el año 2008 apareció inscrita la adjudicación en remate del bien, y en vista de que el negocio ya estaba adelantado, decidieron en sociedad ocupar el predio y empezar a hacerle obras, actuación que el señor Tovar describe como la perturbación de su posesión.

En efecto, aunque el demandado Vanor Salazar arguye nunca haber perdido la posesión del bien, a pesar del proceso ejecutivo, su embargo y secuestro, y adjudicación en remate, lo cierto es que dicho señor, fue propietario del bien hasta el año 1991, cuando lo perdió en adjudicación por remate, a partir de entonces, solo puede hablarse de posesión en la medida que hubiera ejercido actos de señor y dueño.

En esta línea, tenemos que lo acreditado en autos, es que Vanor Salazar entró en ocupación del bien hacia el año 2008, cuando con su socio Jaime Polania - a quien había conocido en el año 2006- contrataron personas que ingresaron al bien, limpiaron rastrojo, hicieron potreros y construyeron una vivienda, además sacaron un ganado que había de propiedad de Arcesio Tovar; en el interregno, es decir, aproximadamente entre el año 1995 y el año 2008, el señor Salazar reconoció haber estado en Bogotá y Fusa por haber sido amenazado y su esposa asesinada.

Sobre el punto, el señor Salazar también reconoció que para la época de la negociación con Jaime Polania – aproximadamente entre el año 2006 y 2008- fue en varias ocasiones a la vereda con el objeto de concertar con Arcesio lo atinente al bien, lo que demuestra el conocimiento que tenía de la permanencia de éste en el mismo, y por ende, lo privado que se encontraba del goce, disfrute o administración del mentado predio.

3.2.2. Igualmente, quedó acreditado que estando el señor Tovar Cano ejerciendo la posesión del bien, ingresaron al mismo unos señores, bajo las órdenes de los demandados Vanor Salazar y Jaime Polania, hicieron potreros, construyeron una vivienda, y se apoderaron del lugar, perturbando con ello la posesión que estaba ejerciendo.

En este sentido, fue probado en autos que, producida la incursión de personas en nombre de los demandados en el inmueble, el señor Tovar Cano fue informado y acudió a la inspección de policía del lugar, donde, según manifestó en su declaración, se efectuó la citación de Vanor Salazar, pero no tuvo eco de sus peticiones, razón por la cual decidió iniciar la presente demanda.

Sobre el particular, el señor Salazar, indicó que efectivamente fue citado a la inspección de policía de Valparaíso, por citación de Arcesio, que acudió, pero no se llegó a nada, hasta que se enteró de este proceso.

Nótese que testigos como Benjamín Moreno, Herley Rodríguez, dieron cuenta de haber sido contratados para trabajar en el predio debatido por parte de Vanor Salazar, que a Jaime Polania lo conocen como socio del señor Salazar, y que rinden cuentas a Vanor Salazar de las obras que realizan y de las cuestiones atinentes a la Floresta.

El testigo Asmed Polania, hermano de Jaime Polania, refirió también, que viene a la región con regularidad, por encargo de su hermano, con el fin de dar vuelta, revisar y ejercer actos de administración sobre el predio la Floresta, ya que su hermano hizo una sociedad con el señor Salazar sobre el bien, y por ello ha invertido dinero en el mismo.

De lo anterior, se tiene que no hay duda sobre los actos perturbatorios de la posesión del demandante por parte de los demandados, ya que quedó claro que siendo poseedor el señor Tovar Cano, los señores Salazar y Polania, contrataron personas para incursionar en el bien, hacer potreros, construir una casa, y permanecer allí bajo sus órdenes.

4.3. En este orden de ideas, diáfano resulta concluir que prospera la acción posesoria impetrada por el señor Arcesio Tovar Cano frente a los señores Vanor Salazar y Jaime Polania, por configurarse los elementos previstos por la ley para su procedencia.

En tal virtud, se prohiará la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas a la parte demandada, de conformidad con lo previsto en el art. 392 numeral 3° del C.P.C.

DECISION.

Por lo antes expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, constituido en Sala Quinta de Decisión, administrando justicia y en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE.

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de los Andaquies, el 9 de abril de 2014, por las razones anotadas.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandada. Líquidense conforme lo previsto en el art. 393 del C.P.C.

Proceso: Perturbación de la posesión
Dte: Arcesio Tovar Cano
Ddo: Vanor Salazar y otro
Rad. 18094-31-89-001-2009-00039-01
Rad. Interno. 1059

TERCERO: Cumplido lo anterior, por secretaria devuélvase el expediente a su lugar de origen.

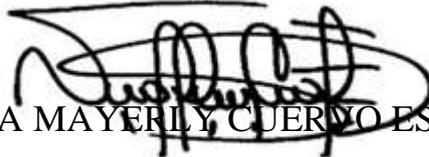
Notifíquese y cúmplase.

Fallo discutido y aprobado en sesión de sala, conforme al acta 50 de esta misma fecha.

Los Magistrados,



DIELA H.L.M ORTEGA CASTRO



NURIA MAYERLY CUERVO ESPINOSA



MARIO GARCIA IBATÁ



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA QUINTA DE DECISIÓN

Florencia, treinta y uno (31) de julio del año dos mil veinte (2020)

MAGISTRADA PONENTE: DRA. DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO

Corresponde a esta Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de los ejecutados en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Florencia, el día 28 de mayo de 2014, dentro del asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

1º. BANCOLOMBIA S.A., por conducto de apoderado judicial, instauró demanda Ejecutiva Hipotecaria en contra de Judith Castrillón Yepes y Euler Walberto Cortés Quiñones, con el fin de que se libere mandamiento ejecutivo por las siguientes sumas de dinero:

i) \$116'999.742, por concepto de capital acelerado del pagaré número 4660085343,

ii) Por los intereses moratorios bancarios a la tasa máxima legal permitida sobre la suma mencionada, desde la presentación de la demanda hasta cuando se produzca el pago,

iii) Por la suma de \$24.249.477, por concepto de intereses causados y no pagados desde el 20 de noviembre de 2012 hasta el 20 de mayo de 2013, sobre todo el capital,

iv) Por la suma de \$7.180.000, por concepto de capital acelerado del pagaré número 4660085344,

v) Por los intereses moratorios bancarios a la tasa máxima legal permitida sobre la suma antes referida, desde la presentación de la demanda hasta cuando se produzca el pago,

vi) Por la suma de \$983.396, por concepto de intereses causados y no pagados desde el 21 de mayo de 2013 hasta el 07 de noviembre de 2013, sobre todo el capital.

Igualmente, se solicitó el embargo y posterior secuestro del inmueble hipotecado denominado CIRCASIA, ubicado en la Vereda Palmichares, Inspección de Policía de Tres Esquinas del Caguan, Municipio de San Vicente del Caguan, identificado con ficha catastral No.00-02-0002-0122-000 y matrícula inmobiliaria No. 425-55036, con un área de 239 Has – 1.400 M2.

2°. Las anteriores pretensiones se fundamentaron en que los ejecutados se obligaron a pagar el monto contenido en el pagaré número 4660085343, otorgado el 20 de noviembre de 2012, por valor de \$116'999.742 como capital, pagadero a la orden de BANCOLOMBIA S.A., en 10 cuotas semestrales, pagadera la primera el 20 de mayo de 2013 y así sucesivamente cada semestre hasta cubrir el pago total del crédito, con intereses pactados del DTF más 14.00 puntos porcentuales (E.A), pagaré que a la fecha 07 de noviembre de 2013 presenta saldo insoluto por la cantidad en él incorporada, y que se encuentra vencido desde el 21 de mayo de 2013.

Igualmente, que los demandados se obligaron a pagar el monto contenido en el pagaré número 4660085344, otorgado el 20 de noviembre de 2012, por valor de \$7.180.000, pagadero a la orden de BANCOLOMBIA S.A. en una sola cuota semestral el 20 de mayo de 2013, con intereses pactados del 0.00%; que a la fecha 07 de noviembre de 2013 presenta saldo insoluto por la cantidad en él incorporada, y que se encuentra vencido desde el 21 de mayo de 2013.

Que los deudores se encuentran en mora del cumplimiento de las obligaciones así pactadas, desde el día 21 de mayo de 2013, razón por la cual el acreedor aceleró el plazo convenido con la presentación de la demanda.

Los ejecutados constituyeron hipoteca abierta sin límite en la cuantía sobre el inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria número 425-55036, mediante Escritura Pública No. 0689 del 15 de abril de 2011, corrida en la Notaría Segunda del Florencia.

ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto de 9 de diciembre de 2013 se libró mandamiento de pago por los valores pretendidos, se decretó el embargo del bien hipotecado y se ordenó enterar a la ejecutada de la orden de apremio.

Notificados los ejecutados Judith Castrillón Yepes y Euler Walberto Cortés Quiñones, formularon la excepción que denominaron “*Cobro anticipado de los intereses no debidos, ni causados sobre el capital insoluto acelerado*”.

Decretadas y practicadas las pruebas oportunamente solicitadas, se corrió el traslado respetivo para alegar de conclusión, y se dictó sentencia.

LA DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Primero Civil del Circuito de Florencia, en audiencia de 28 de mayo de 2014, dictó sentencia en la que declaró probada la excepción denominada “*cobro anticipado de los intereses no debidos ni causados sobre el capital insoluto acelerado*”, en consecuencia, modificó el numeral 1.1. del mandamiento de pago, reconociendo intereses moratorios sobre las cuotas que se vayan venciendo sucesivamente, revocó el numeral 2.2. del mandamiento ejecutivo, y ordenó seguir adelante la ejecución en lo demás del mandamiento de pago.

Para llegar a tal conclusión, el a-quo consideró que conforme al artículo 69 de la Ley 45 de 1990, cuando el acreedor exija la devolución del valor del crédito en su integridad, es decir, la totalidad de la suma debida, no podrá restituir nuevamente el plazo, salvo que los intereses de mora los cobre únicamente sobre las cuotas vencidas.

Por tanto, el acreedor podrá exigir al deudor el reintegro tanto del capital, como de los intereses causados exigibles y aún no pagados; empero de las cuotas vencidas y no de la totalidad de la obligación; así este firmada la cláusula aceleratoria.

Es así, que determinó que los intereses moratorios a cobrar, lo serán solamente respecto de las 2 cuotas vencidas correspondientes al pagaré

4660085343, desde la presentación de la demanda hasta cuando se produzca el pago de la obligación, y en cuanto al pagaré 4660085344, los intereses moratorios deben ser liquidados de conformidad a la tasa máxima legal permitida.

EL RECURSO INTERPUESTO

Inconforme con lo decidido, el apoderado de los ejecutados interpuso recurso de apelación, centrando su inconformidad en el pagaré 4660085344, y argumentando lo siguiente: *“el capital inicial -el crédito inicial fue \$130.000.000- que se desembolsó en el mes de noviembre de 2011, pagadero en cuotas semestrales y el día 20 de noviembre de 2012 se hizo una reestructuración de ese crédito; en dicha reestructuración, y sobre el valor de \$130.000.000, mis poderdantes pagaron la siguiente suma, que están reflejados pues en el sistema contable del Banco; la suma de 13 millones como abono a capital y un interés corriente de \$8.130.785, más la suma de \$17.180.000 que ante la imposibilidad de pagar la totalidad y para hacer la respectiva reestructuración, mis poderdantes pagaron \$10.000.000 de pesos no más; es decir, que los intereses que mis poderdantes le pagaron a Bancolombia en el mes de noviembre de 2012 fueron alrededor de \$18.000.000 más los \$13.000.000 que fueron a capital; teniendo en cuenta eso, los \$7.000.000 que quedaron pendientes; es decir, en el pagaré 4660085344 ese pagaré se suscribió no como capital, sino como intereses, es decir, el acuerdo que convino mi poderdante con el banco fue que ellos consignaban \$10.000.000 quedando pendiente \$7.180.000, pero eso eran de intereses, esos \$7.180.000; entonces el inconformismo es respecto a eso, porque pues aquí Bancolombia está cobrando un valor sobre unos intereses pero los está metiendo como capital, cuando no es verdad; esos intereses fueron en el orden de \$17.180.000 de los cuales se pagó \$10.000.000 y quedó pendiente los \$7.000.000; entonces en el aspecto dos, respecto a ese pagaré honorable Juez; aquí Bancolombia me está cobrando por la suma de \$7.180.000 por concepto de capital acelerado y capital acelerado no fue, eso fue el saldo pendiente de los intereses que se pactaron por la reestructuración del crédito, y como fueron intereses pactados y pendientes por cancelar, no se deben cobrar intereses sobre esa suma, porque entraríamos a cobrar intereses sobre intereses y eso no está permitido dentro de la práctica comercial; de tal suerte Dr. Que propongo el recurso de apelación respecto al mandamiento de seguir adelante con esta ejecución*

respecto a esos intereses que se están cobrando sobre a una suma de intereses cuando no es permitido”.

En el curso de la segunda instancia, se cedió el crédito a favor de REINTEGRA S.A.S., entidad que fue reconocida como cesionaria en el presente asunto.

CONSIDERACIONES

I.- Los presupuestos procesales que doctrina y jurisprudencia reclaman para el normal desarrollo del proceso y proveer de mérito en el presente asunto se encuentran satisfechos a cabalidad, sin que se advierta causal de nulidad alguna que invalide la actuación surtida.

II.- Es importante señalar que de acuerdo con lo previsto en el numeral 5° del artículo 625 del Código General del Proceso, este recurso se resuelve con base en la normativa del Código de Procedimiento Civil, estatuto procesal vigente para la época en que fue interpuesto el recurso de apelación.

III.- Corresponde a esta Corporación, resolver el recurso de alzada propuesto por la parte demandante, tendiente a desvirtuar el cobro de intereses sobre el capital adeudado conforme el pagaré No. 4660085344, por tratarse de una obligación reestructurada y corresponder en si misma a intereses adeudados, según lo afirmado por la parte demandada.

3.1. Sea lo primero decir, que el presente trámite se enmarca en la llamada acción hipotecaria, la que implica el ejercicio de una acción de carácter real, a través de la cual el bien gravado está prioritaria y directamente afecto al pago de la acreencia, de modo que el acreedor lo pueda hacer vender en pública subasta y con el producto de la venta, obtener el pago de su crédito (arts. 2422 y 2448 del C. Civil.)

Ubicados en el campo procesal que nos ocupa, se debe aclarar que el proceso ejecutivo es uno solo, pues su objetivo es obtener el pago de una obligación contenida en un título ejecutivo; no obstante, si el crédito tiene una garantía hipotecaria o prendaria (garantía real) puede perseguirse el recaudo de la obligación con el producto de la venta de los bienes gravados (acción hipotecaria o prendaria); si la garantía real específica no fuere suficiente para

solventar el crédito que judicialmente se cobra, podrá el acreedor perseguir otros bienes del deudor haciendo uso de la garantía general y común que la ley otorga a todos los acreedores (acción mixta); y si el crédito no tiene una garantía real, indefectiblemente el acreedor deberá perseguir el importe del crédito sobre los bienes que se encuentran en el patrimonio del deudor (garantía personal).

El trámite ejecutivo hipotecario si bien comporta unas prerrogativas para el acreedor hipotecario, también significan un límite a la responsabilidad del deudor hipotecario, quien no responde por ninguna obligación más allá de la contenida en la hipoteca, pues es en ella misma que recae la garantía.

Ahora, el art. 497 del C.P.C., señalaba que la demanda además de cumplir los requisitos exigidos para toda acción ejecutiva deberá acompañar el título que preste merito ejecutivo como lo exige el art. 488 Ibídem, así como especificar el bien objeto del gravamen, aportando el certificado del registrador de instrumentos públicos donde conste el gravamen que lo afecte, libelo que “deberá dirigirse contra el actual propietario del inmueble (...)”

3.2. Precisados de esta forma los elementos básicos de acciones como la presente, procede esta Corporación a examinar el caso concreto, precisando que se pretende la ejecución de los siguientes títulos valores:

* Pagaré No. 4660085343, por la suma de \$116.99.742, suscrito el 20 de noviembre de 2012, y pagadero en 10 cuotas semestrales desde el 20 de mayo de 2013, a la orden de Bancolombia S.A., y a cargo de Judith Castrillón Yepes y Euler Walberto Cortés Quiñones.

* Pagaré No. 4660085344 por la suma de \$7.180.000, suscrito el 20 de noviembre de 2012, y pagadero en 1 cuota semestral el 20 de mayo de 2013, a la orden de Bancolombia S.A., y a cargo de Judith Castrillón Yepes y Euler Walberto Cortés.

Igualmente, fue aportada la escritura pública No. 0689 de 15 de abril de 2011, por medio de la cual, la señora Judith Castrillón Yepes, constituyó hipoteca abierta sin límite de cuantía sobre el inmueble rural de su propiedad ubicado en la vereda Palmichares, inspección de Tres Esquinas, municipio de San Vicente del Caguan, con un área de 239 hectáreas, identificado la

matrícula inmobiliaria No. 425-55036, en los siguientes términos: “*CUARTO: OBLIGACIONES GARANTIZADAS: Teniendo en cuenta que la hipoteca constituida en el presente instrumentos es de naturaleza abierto y sin límite de cuantía, garantiza todas las obligaciones que la hipotecante, en adelante la deudora, deba actualmente y las que llegare a deber en su propio nombre, con otras u otras personas conjunta, solidaria y separadamente a Bancolombia S.A....*”

3.3. De acuerdo con lo anterior, tenemos que se persigue el pago de las obligaciones contenidas en los pagarés números 4660085343 y 4660085344, respaldados por la hipoteca del bien mencionado, como consecuencia del presunto incumplimiento de lo pactado en dichos títulos valores.

En su oportunidad, la parte demandada se opuso a la ejecución propuesta por la parte actora, alegando que los ejecutados incumplieron solo parcialmente las obligaciones contraídas con Bancolombia S.A., razón por la cual, aunque podía hacer uso de la cláusula aceleratoria, para cobrar el saldo insoluto, no podían cobrar intereses sobre el mismo, pues estaba previsto un vencimiento de las cuotas hasta el 20 de noviembre de 2017, de forma que las intereses debían liquidarse por cada una de las cuotas en la medida de su causación y vencimiento.

Con respecto a dicho alegato, formulado como excepción de mérito, el a-quo se pronunció en la sentencia, modificando y revocando parcialmente el mandamiento de pago, al encontrar que efectivamente no podían cobrarse los intereses como lo pretendía la parte actora.

No obstante lo anterior, la parte demandada se mostró inconforme con la determinación adoptada por el Juez de conocimiento, arguyendo en su momento, cuestiones diferentes a las plasmadas al presentar excepción de mérito, pues en esta ocasión, indicó que el capital contenido en el pagaré No. 4660085344, es decir, \$7.180.000, corresponde a intereses pendientes de pago del crédito original realizado el 20 de noviembre de 2011, y no a un verdadero préstamo del Banco, pues ese dinero eran intereses que se quedaron debiendo en noviembre de 2012, fecha en que se realizó reestructuración del crédito original, concedido un año antes.

Para lo pertinente, conviene traer a colación el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil que estipula: *“La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante; y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones (...)”*.

De acuerdo con lo anterior, corresponde al juez de segunda instancia resolver conforme al marco de competencia trazado por el recurrente al interponer el recurso respectivo, en otras palabras, lo que el impugnante estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el a-quem.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia , ha dicho: *“La citada disposición enuncia el postulado que la doctrina ha denominado ‘tantum devolutum quantum appellatum’, por cuya virtud el conocimiento del juez que resuelve la impugnación formulada por un apelante único se encuentra circunscrito a las precisas cuestiones que hayan sido objeto del recurso. Esta limitación es la expresión de un principio general del derecho procesal, según el cual el juez que conoce de un recurso está circunscrito a lo que es materia de agravios, dado que no está facultado para despojar al apelante único del derecho material que le fue reconocido en la providencia recurrida, y que fue aceptado por la contraparte que no impugnó un extremo del litigio que le desfavoreció. De este modo, lo que no es materia de impugnación se tiene como consentido, sea beneficioso o perjudicial, por lo que la alzada (y de hecho, cualquier recurso) se resuelve en la medida de los agravios expresados.*

Este postulado reposa en el principio de congruencia, pues los jueces de apelación no pueden fallar sobre ningún asunto que no les haya sido propuesto, a menos que esté íntimamente ligado con el objeto de la impugnación. De suerte que cuando la apelación ha sido puntual, los demás aspectos de la sentencia -esto es los que no fueron objeto de recurso- adquieren la autoridad de la cosa juzgada”.

Así las cosas, y como en el presente asunto es claro que existe apelante único y sus argumentos no se refieren a aspecto alguno que haya sido objeto de debate en primera instancia, ni de pronunciamiento por parte del a-quo, el recurso impetrado no está llamado a prosperar, veamos:

El recurrente considera que se lesionan sus derechos con la determinación adoptada por el Juzgado de conocimiento, pero no ataca aspectos concretos de la misma, sino que realiza una proposición de hechos nuevos, no debatidos dentro del trámite procesal, como es que nunca hubo un préstamo por \$7.180.000, como consta en el pagaré No.4660085344, sino que ese dinero se debía como intereses parciales de la obligación contenida en el pagaré No. 4660085343.

Nótese que el a-quo en su fallo declaró probadas la excepción propuesta por el apoderado de los ejecutados, y en ese entendido, modificó el numeral 1.1 y revocó el numeral 2.2 del auto de fecha 09 de diciembre de 2013 que libró mandamiento de pago, reconociendo en su fallo condiciones beneficiosas para dichos ejecutados, porque disminuyó los valores a pagar por concepto de intereses moratorios de las dos obligaciones contenidas en los pagarés aquí allegados.

Entonces, lo que resulta reprochable, es que revisado el pliego de todas las diligencias del presente litigio, se observa que dentro del trámite del proceso nunca se hizo manifestación alguna a los hechos referidos en el recurso, de forma que los mismos hubieran podido ser controvertidos, y le hubieran permitido al a-quo pronunciarse sobre ellos, como lo puso de manifiesto el apoderado de la entidad ejecutante, cuando en el traslado del recurso de apelación expresó que el recurrente estaba presentado hechos nuevos, no debatidos ni controvertidos en el proceso y que en últimas no obedecen a las consideraciones ni al fallo de la sentencia que pretende atacar.

Resáltese finalmente, que de acuerdo con el art. 305 del C.P.C., el juzgador se encuentra sujeto al principio de congruencia, pues su decisión debe estar demarcada tanto por los hechos y las pretensiones esbozadas en la demanda, como por las excepciones que se encuentren demostradas en el devenir del litigio.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 8 de septiembre de 2009, con radicado 2001-00585-01 expresó: *“Del anterior recuento puede inferirse que la exigencia legal de sustentar el recurso de apelación, reserva al recurrente la tarea de denunciar explícitamente los aspectos de la decisión de primera instancia que le resultan desfavorables e implica que el impugnante tiene la opción de descartar algunas aristas de la decisión, siempre y cuando tales restricciones se deriven nítidamente del contenido de la sustentación, caso en el cual la competencia del juzgador de segunda instancia se encuentra anudada a los intereses expresados por quien intenta aniquilar el fallo. En el fondo de lo que se trata es de poner dique al poder del juez de segundo grado para que éste no pueda irrumpir con su particular criterio para edificar una impugnación que el recurrente no hizo”*.

En este orden de ideas, y en vista de que, según lo advertido, el recurrente pretende introducir elementos fácticos nuevos, correspondientes a circunstancias no debatidas en las etapas procesales pertinentes, sin señalar los aspectos que rebate de la sentencia propiamente dicha, se confirmará la decisión de primera instancia. La condena en costas estará a cargo de la parte ejecutada, de conformidad con lo previsto en el art. 392 numeral 3° del C.P.C.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, constituido en Sala Quinta de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia No. 0253 del 28 de mayo de 2014, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Florencia – Caquetá, conforme las razones anotadas.

SEGUNDO: Costas a cargo de la parte ejecutada. Por secretaria liquídense, de conformidad con lo previsto en el art. 393 del C.P.C.

Rad. Int. 1969
Proceso: Ejecutivo Hipotecario
Demandantes: Bancolombia S.A.
Demandados: Judith Castrillón Yepes y Otro
Rad: 180013103001-2013-00547-01

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al juzgado de origen una vez en firme este proveído.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Fallo discutido y aprobado en sesión de sala, conforme al acta 50 de esta misma fecha.

Los Magistrados,



DIELA H.L.M ORTEGA CASTRO



NURIA MAYERLY CERVERO ESPINOSA



MARIO GARCIA IBATÁ

Sentencia Civil Radic. Inter 1016
Proceso: Prescripción Extraordinaria Adquisitiva de dominio
Demandante: Ana Olga Cardona de Arce.
Demandado: Aminta Polanco Perdomo y otros.-
Radicación: 18001-31-03-001-2011-00256-00



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA QUINTA DE DECISION

Florencia, treinta y uno (31) de julio del año dos mil veinte (2020)

MAGISTRADA PONENTE: DRA. DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO

REF: Radic. Inter. 1016.

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de primera instancia proferida el 13 de julio de 2012 por el Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de Florencia, dentro del asunto de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

1°. La señora Ana Olga Cardona de Arce, por conducto de apoderado, instauró demanda de Pertenencia por Prescripción Extraordinaria Adquisitiva de Dominio, contra Aminta Perdomo Polanco y demás personas indeterminadas, a fin de obtener que se declare que la demandante ha adquirido por prescripción extraordinaria de dominio el inmueble ubicado en la calle 29 C N° 1C-07 barrio los Pinos de Florencia, con una extensión aproximada de 150 metros cuadrados, con ficha catastral 180010102490010000 y matrícula inmobiliaria N° 420-43661, determinado por los siguientes linderos: Norte, con calle pública en 7.50 metros; Oriente, calle pública 20.00 metros; Occidente con lote de Marlén Ortiz de Cárdenas, en extensión de 20.00 metros, y Sur, con Ligia de Ortiz, en extensión de 7.50 metros y encierra; como consecuencia de ello, que se ordene la inscripción correspondiente en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de este Circuito.

Sentencia Civil Radic. Inter 1016
Proceso: Prescripción Extraordinaria Adquisitiva de dominio
Demandante: Ana Olga Cardona de Arce.
Demandado: Aminta Polanco Perdomo y otros.-
Radicación: 18001-31-03-001-2011-00256-00

En sustento de tales peticiones, la actora manifiesta que entró en posesión del inmueble referido hace 11 años, ejerciendo sobre el mismo actos constantes de disposición, aquellos que solo dan derecho al dominio, que ello ha sido de manera ininterrumpida y pública, y con ánimo de señor y dueño, que ha realizado sobre él durante el tiempo de posesión construcciones y mejoras, ha pagado los impuestos, lo ha defendido contra perturbación de terceros y lo ha habitado junto con su familia hasta la actualidad, sin reconocer dominio ajeno con relación al mismo.

2°. La demanda así presentada, fue admitida por auto de 1° de julio de 2011 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Florencia, ordenándose la notificación por edicto de la demandada, y el emplazamiento de las personas indeterminadas.

Surtido el trámite respectivo, se designó curador ad-litem para representar los intereses tanto de la demandada como de las personas indeterminadas, el que contestó la demanda ateniéndose a lo que resulte probado en el asunto.

Practicadas las pruebas oportunamente solicitadas, se corrió traslado para los alegatos finales y se dictó sentencia.

EL FALLO IMPUGNADO.

El Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de esta ciudad, en conocimiento del asunto, profirió sentencia el 13 de julio de 2012, en la que declaró no probados los presupuestos de la acción de pertenencia, y negando en consecuencia, las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de su decisión, señaló que lo probado en autos es que la demandante ejerce la posesión del inmueble desde hace aproximadamente 13 años, lo que quiere decir que no reunía el tiempo previsto en el Código Civil – 20 años-, para la adquisición del dominio por prescripción. De la misma forma, que bajo el régimen de la ley 791 de 2002, que disminuyó los términos de prescripción, tampoco se daba el presupuesto temporal, ya que al haber entrado

Sentencia Civil Radic. Inter 1016
Proceso: Prescripción Extraordinaria Adquisitiva de dominio
Demandante: Ana Olga Cardona de Arce.
Demandado: Aminta Polanco Perdomo y otros.-
Radicación: 18001-31-03-001-2011-00256-00

en vigencia dicha norma el 28 de diciembre de 2002, para el momento de presentación de la demanda solo reunía 8 años y 5 meses.

EL RECURSO DE APELACION.

Inconforme con lo decidido, la parte demandante interpuso recurso de apelación, para lo cual adujo que en el proceso está demostrado que la señora Ana Olga Cardona de Arce ha poseído el inmueble objeto de contienda durante más de 13 años, de forma pública e ininterrumpida, ejerciendo actos de señora y dueña, y que el tiempo requerido para la posesión se configura, si se tiene en cuenta *“que el bien que motivó esta demanda es vivienda de interés social y la ley le ha otorgado naturaleza jurídica de carácter especial; el artículo 51 de la Ley 9 de 1989, reduce a 5 años el tiempo necesario para la prescripción adquisitiva extraordinaria de las viviendas de interés social, exceptuándose los bienes que sean de propiedad de los municipios y las Juntas de Acción Comunal. La Ley 338 de 1994, que derogó el artículo 44 de la Ley 9 de 1989, y consecuentemente el artículo 3 de la Ley 2 de 1991, estipuló por vivienda de interés social, aquellas que se desarrolle para garantizar el derecho a la vivienda de los hogares de menos ingresos, estableciendo además que el precio de este tipo de vivienda corresponderá al valor de las mismas en la fecha de su adquisición o adjudicación.*

De otra parte, el numeral 3 del artículo 94 de la ley 2 de 1992, dispuso que el juez que tenga a su cargo procesos de prescripción ordinaria o extraordinaria de dominio, solicitará el avalúo de los inmuebles objeto del proceso para la definición del carácter de interés social, el cual deberá ser rendido en un término no superior a 15 días hábiles”.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1°. Sea lo primero decir, que se encuentran reunidos los presupuestos procesales, y no se advierte causal alguna de nulidad que invalide lo actuado en el proceso, por lo que es procedente dictar sentencia de fondo.

2°. Igualmente, conviene señalar que de acuerdo con lo previsto en el numeral 5° del artículo 625 del Código General del Proceso, este recurso se

resuelve con base en la normativa del Código de Procedimiento Civil, estatuto procesal vigente para la época en que fue interpuesto el recurso de apelación.

3º. Se contrae el presente asunto a determinar si se satisfacen los presupuestos de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio invocada en el presente asunto, para lo cual habrá de tenerse en cuenta lo siguiente:

El artículo 2512 de Código Civil establece que la prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído la cosa y no haberse ejercido dichas acciones ni derechos durante cierto lapso de tiempo y concurriendo los demás requisitos legales; de dicha disposición, surgen como presupuestos axiológicos de este tipo de acciones, los siguientes:

> ***La existencia de un bien susceptible de adquirirse por prescripción***, es decir, que no se trate de aquellos bienes cuya adquisición por prescripción se encuentra limitada (arts. 63 C.N., 2519 C.C. y 407 del C. de P. C.).

En el presente asunto, se halla satisfecho este requisito, en virtud de que se pretende obtener por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio el inmueble ubicado en la calle 29 C No. 1C-35 ubicado en el barrio los Pinos de este municipio, el cual se encuentra identificado con la matrícula inmobiliaria No. 420-43661 de Florencia, el cual es susceptible de ser adquirido por esta vía, en virtud de que su propiedad radica en cabeza de particulares y no se encuentra fuera del comercio.

> ***La demostración de los elementos objetivos y subjetivos de la posesión***, es decir, del corpus, entendido como el hecho externo o la detentación material y visible de la cosa sobre la cual se ejecutan los actos de señor y dueño, y el animus, referente a la convicción interior de creerse dueño único y verdadero de la cosa, trascendiendo la simple creencia o la expectativa de llegar a serlo en un futuro.

Sobre este aspecto, tampoco existe duda, ya que en el sub-examine quedó demostrado que la señora Ana Olga Cardona de Arce, ejerce desde hace varios años, actos de señora y dueña sobre el inmueble en mención, pues levantó en el

mismo una construcción, la cual fue descrita detalladamente en la inspección judicial realizada por el juez de conocimiento, ha habitado - junto con su familia- el mentado inmueble, se ha encargado del pago de servicios públicos e impuestos, y ha sido reconocida por vecinos y amigas como si fuera la *propietaria* del bien.

En efecto, las testigos, María del Rosario Silva y Alba Patricia Portilla, fueron coincidentes en indicar, que para el año 2012 –cuando rindieron declaración- le constaba que la demandante, de quien dijeron ser vecinas, llevaba unos 12 años viviendo en el inmueble; que construyó en el predio tres piezas, un sótano, un apartamento, cocina y patio; que vive allí con sus hijos; y que no conocen persona alguna que reclame dominio del bien.

Y en la inspección judicial efectuada al inmueble objeto de litigio, la cual fue atendida por la demandante, quien dijo habitar el predio desde hace 12 o 13 años, y haber comenzado a construir junto con su esposo, se verificó la existencia una construcción consistente en tres niveles de dos habitaciones, sala, comedor, baño, lavadero, patio de ropas y cocina; en la esquina de manera independiente hay dos niveles que tienen tres habitaciones, baño, cocina, comedor, patio de ropas, en tanto que en el segundo nivel se halla otra habitación cubierta de techo de zinc, y cuenta con servicio de energía eléctrica, acueducto, alcantarillado.

> ***Que esa posesión haya sido ejercida durante el tiempo previsto por la ley sustancial:*** Respecto de este elemento, debe tenerse en cuenta que el art. 1° de la Ley 50 de 1936, establecía que el término para la prescripción extraordinaria era 20 años, empero, el mismo fue modificado por el art. 1° de la ley 791 de 2002, reduciéndose dicho plazo a 10 años, contados a partir del 27 de diciembre de 2002.

Sobre este punto se centra el debate planteado en el recurso de apelación, toda vez que, a pesar de que en la demanda y en el curso del proceso solo se indicó que trataba de un proceso ordinario de pertenencia por prescripción extraordinaria de dominio, en la formulación del recurso se aduce que la prescripción invocada es la prevista en el art. 51 de la ley 9ª de 1989, esto es, 5 años por tratarse de vivienda de interés social.

Sentencia Civil Radic. Inter 1016
Proceso: Prescripción Extraordinaria Adquisitiva de dominio
Demandante: Ana Olga Cardona de Arce.
Demandado: Aminta Polanco Perdomo y otros.-
Radicación: 18001-31-03-001-2011-00256-00

Al respecto, debe puntualizarse, que el art. 305 del C.P.C., regula lo referente al principio de congruencia de la sentencia, consistente en la consonancia entre el contenido de ésta y las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que el estatuto procesal contempla. Dicho principio se encuentra sustentado en el derecho fundamental al debido proceso, pues solamente lo alegado oportunamente, podrá ser objeto de debate y contradicción por la contraparte, resultando sorpresiva y extemporánea cualquier argumentación en momento procesal diferente.

En el sub-examine, la parte demandante trae a colación – solo en el momento en que conoce la sentencia- el hecho de que la prescripción alegada es la extraordinaria de dominio de vivienda de interés social, cuando durante el trámite de la actuación, nada había dicho al respecto, razón por la cual no correspondería examinar el punto de inconformidad.

Sin embargo, y en gracia de discusión, es preciso señalar que, tratándose de la prescripción adquisitiva de viviendas de interés social, el artículo 51 de la ley 9ª de 1989¹, redujo a partir del 1º de enero de 1990, a 5 años el término necesario para la extraordinaria y a 3 años la ordinaria.

Ahora bien, esa misma disposición legal, se encargó de definir, para efectos de la aplicación de tal término de prescripción, qué tipo de inmuebles se consideran o catalogan como de interés social, estableciendo:

"Se entiende por viviendas de interés social aquellas que se desarrollen para garantizar el derecho a la vivienda de los hogares de menores ingresos. En cada Plan Nacional de Desarrollo el Gobierno Nacional establecerá el tipo y precio máximo de las soluciones destinadas a estos hogares teniendo en cuenta, entre otros aspectos, las características del déficit habitacional, las posibilidades de acceso al crédito de los hogares, las condiciones de la oferta, el monto de recursos de crédito disponibles por parte del sector financiero y la suma de fondos del Estado destinados a los programas de vivienda. (...)

¹ La ley 9 de 1989 debe examinarse con sus modificaciones y normas complementarias: art. 91 ley 388 de 1997, art. 104 de la ley 812 de 2003, art. 83 de la ley 1151 de 2007, art. 117 de la ley 1450 de 2011, art. 90 de la ley 1753 de 2015, y art. 85 de la ley 1955 de 2019.

PARAGRAFO 2o. El precio de este tipo de viviendas corresponderá al valor de las mismas en la fecha de su adquisición o adjudicación.”(Subrayado fuera de texto).

Igualmente, cada tanto, en la ley por medio de la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, se ha determinado el precio máximo o valor de este tipo de vivienda, encontrándose definido desde la ley 812 de 2003, en el tope máximo de 135 smlmv, razón por la que en cada caso, se debe determinar si el bien reclamado en usucapión, puede catalogarse como de interés social, para lo cual corresponde establecer el alcance del término *adquisición*, referido en la disposición atrás citada.

Al respecto, se tiene dicho que si el modo invocado es la usucapión el valor del predio se estima a la fecha en que el poseedor completa el tiempo exigido por la ley para consolidar el derecho de dominio, de suerte que el valor a tener en cuenta es el que corresponda al precio del inmueble para la época en que el demandante en pertenencia haya cumplido cinco (5) años de posesión material².

Bajo este entendido, tenemos que en el presente asunto no existe prueba alguna del valor del predio en cuestión para el año 2005, época para la cual se configuraría eventualmente el derecho de la demandante, ya que lo probado en autos es que ejerce la posesión del mismo desde el año 2000, como ya se explicó.

Obsérvese que, si bien fue aportado con la demanda el recibo de impuesto predial del inmueble en cuestión para el año 2011, y fue efectuado un peritaje al inmueble en el año 2012 – que nada dijo en cuanto su avalúo- (fls. 67-69), lo cierto es que ninguna de esas pruebas demuestra el valor del bien para la época de su adquisición como se ha explicado, ya que el valor de un bien para efectos

² La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de 1º de septiembre de 2014, del M.P. Ariel Salazar Ramírez, precisó que dentro de los requisitos mínimos exigidos para clasificar un inmueble como ‘vivienda de interés social’, está el relativo al precio, que se determina por la fecha de adquisición del bien, y cuando la adquisición opera por la prescripción extraordinaria, esta debe entenderse configurada una vez se cumplan los requisitos legales para adquirir las cosas ajenas, entre ellos, el tiempo de posesión con ánimo de señor y dueño, es decir, el precio del inmueble catalogado como de interés social adquirido por usucapión debe ser establecido con base en el salario mínimo del momento en que “se consolida y no cuando el poseedor instaura la demanda en la que reclama su derecho”.

Sentencia Civil Radic. Inter 1016
Proceso: Prescripción Extraordinaria Adquisitiva de dominio
Demandante: Ana Olga Cardona de Arce.
Demandado: Aminta Polanco Perdomo y otros.-
Radicación: 18001-31-03-001-2011-00256-00

fiscales (p. ej. determinación del impuesto predial), no es prueba eficaz para establecer si un bien se cataloga como vivienda de interés social, pues es evidente que debe tratarse de un avalúo que responda a los parámetros establecidos en la ley, por tanto debe ser integral, preciso y cabal, con mayor razón si se considera que la referida ley de reforma urbana, como legislación especial que es, buscó materializar el derecho a la vivienda de los hogares de menores ingreso.

En este orden ideas, y como quiera que el punto alegado por la parte recurrente, además de que escapa a la congruencia de la sentencia, no fue probado en el plenario (art. 177 del C.P.C.), no ha de prosperar el recurso impetrado.

En suma, como en el presente asunto no se demostró que a la fecha de presentación de la demanda – 22 de junio de 2011 - la demandante llevara ejerciendo la posesión real y material del inmueble en litigio por más de 20 años, como exigía la ley 50 de 1936; ni 10 años como lo prevé la ley 791 de 2002, contados desde el 28 de diciembre de 2002; ni que el bien tuviera el carácter de vivienda de interés social por valer menos de 135 smlmv para el año 2005, ha de concluirse que se impone la confirmación de la sentencia de primera instancia. Se condena en costas a la parte demandante, de conformidad con lo previsto en el art. 392 numeral 3° del C.P.C.

DECISION

A mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, constituido en Sala Quinta de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1°. CONFIRMAR la providencia de fecha y procedencia anotadas, por las razones antes anotadas.

Sentencia Civil Radic. Inter 1016
Proceso: Prescripción Extraordinaria Adquisitiva de dominio
Demandante: Ana Olga Cardona de Arce.
Demandado: Aminta Polanco Perdomo y otros.-
Radicación: 18001-31-03-001-2011-00256-00

2°. Costas a cargo de la parte actora. Líquidense por secretaria, de conformidad con lo previsto en el art. 393 del C.P.C.

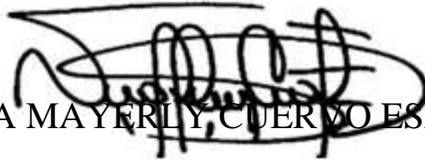
Notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Fallo discutido y aprobado en sesión de sala, conforme al acta 50 de esta misma fecha.

Los Magistrados,



DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO.



NURIA MAYERLY CUERVO ESPINOSA



MARIO GARCIA IBATÁ



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA QUINTA DE DECISIÓN.**

Florencia, treinta y uno (31) de julio del año dos mil veinte (2020)

MAGISTRADA PONENTE: DRA. DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO

Corresponde a esta Corporación resolver el recurso de apelación propuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 30 de agosto de 2013 por el Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de Florencia, dentro del asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

1º. Por conducto de apoderado judicial la señora Inés Charry Galindo, interpuso demanda REIVINDICATORIA contra la señora María Rosmira Restrepo, con el fin de que se declare que le pertenece el dominio pleno y absoluto del predio ubicado en la Inspección de Santuario, municipio de Montañita (Caquetá), lote 11 manzana 3, con extensión de 1.505 M2, e identificado con matrícula inmobiliaria No. 420-95058 de esta ciudad. En consecuencia, que se ordene a la demandada restituir el mencionado bien inmueble, y pagar los frutos naturales y civiles que hubiere podido percibir con mediana inteligencia y cuidado.

Como fundamento de sus peticiones, se indicó que mediante la resolución No. 223 de 15 de diciembre de 2005, el municipio de la Montañita, le cedió el inmueble referido, a título gratuito, el cual no ha sido enajenado, ni prometido en venta a persona alguna. Sin embargo, que la demandante se encuentra privada de la posesión del inmueble, porque la señora María Rosmira Restrepo, lo ocupa en calidad de poseedora desde hace más de un año, proclamándose públicamente como su propietaria.

TRÁMITE PROCESAL

1°. El trámite de la demanda correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de esta ciudad, el cual la admitió el 5 de junio de 2007.

2°. Una vez notificada la demandada, contestó en nombre propio la demanda, razón por la cual no fue tomada en cuenta su contestación, sin embargo, dada su solicitud de amparo de pobreza, se le designó apoderado judicial, el que contestó el libelo introductorio proponiendo la excepción de “*falta de legitimación en la causa de la parte demandada*”.

También, fue solicitada la vinculación del señor Oscar Restrepo como litis consorte necesario, el cual fue citado, y propuso la excepción de “*falta de causa*”.

Posteriormente, se pidió la vinculación de María Idalba Zapata y Deyanira Salazar Zapata, también como litis consortes necesarios, por tratarse de las actuales poseedoras del bien, quienes fueron citadas y en término propusieron la excepción de “*falta de causa*”.

3°. En la oportunidad correspondiente, la señora Maria Idalba Zapata, presentó DEMANDA DE RECONVENCION, con el fin de que se declare que le pertenece, por prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, el inmueble en cuestión, fundada en que ejerce la posesión del inmueble desde el 19 de octubre de 2007, fecha en la cual compró mejoras al señor Oscar Cardona Restrepo, quien lo había adquirido por contrato de permuta con Alfonso Cano Cuellar, que a su vez había comprado mejoras a la señora Beatriz Hernández, quien poseía el inmueble desde el año 1993.

La demanda de reconvención se admitió mediante auto de fecha 25 de noviembre del 2010, ordenándose notificar a la parte pasiva, habiendo la demandada Ines Charry formulado las excepciones de: (i) *imprescribibilidad del bien objeto de litigio*, (ii) *Inexistencia de los requisitos sustanciales para usucapir* (iii) *falta de legitimación en la causa por activa*.

Fallido el ánimo conciliatorio entre las partes, el Juzgado abrió a pruebas el asunto y practicó las oportunamente solicitadas. Concluida la etapa probatoria, se corrió traslado para alegar de conclusión y se dictó sentencia.

LA DECISIÓN DEL JUZGADO.

Mediante sentencia de 30 de agosto de 2013, el Juzgado de conocimiento acogió las pretensiones de la demanda principal, por ello declaró que la señora Inés Charry Galindo es la titular del derecho real de dominio del bien inmueble litigado, ordenó la restitución del mismo, y condenó a la señora María Idalba Zapata Ortiz, al pago de frutos naturales y civiles por la suma de \$4.863.000, a favor de la demandante, además, negó las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda de reconvención.

Para el efecto, consideró que la acción reivindicatoria requiere para su prosperidad, la demostración de los siguientes requisitos: (i) Derecho del dominio en cabeza del actor, (ii) posesión del bien material de la reivindicación por parte del demandado, (iii) Identidad del bien poseído con aquel cuya restitución se pretende, y (iv) que se trate de una cosa singular o de cuota proindiviso de cosa singular.

A partir de lo anterior, señaló que las pruebas obrantes en el plenario, acreditan los elementos sustanciales mencionados, pues fue probado el dominio del inmueble en cabeza de la accionante con el certificado de tradición y libertad; existe plena identidad entre el bien cuya restitución se pretende, y el poseído por la demandada, según se establece del escrito introductorio y la prueba pericial; y que no hay duda sobre la posesión por parte de la demandada Maria Idalba Zapata, pues en la contestación afirma ser la poseedora del bien materia de reivindicación, presentando demanda de reconvención en la que pide ser declarada propietaria por vía de la prescripción adquisitiva de dominio extraordinaria.

Indicó, que la demandante en reconvención, no probó los requisitos para ganar el derecho de dominio por prescripción adquisitiva extraordinaria, pues se basó en una suma de posesiones desde el año 1990 hasta la actualidad, que no fueron probadas en debida forma, pues aunque alegó la existencia de negociaciones entre unos y otros, no se aportaron los contratos de compraventa

respectivos. Entonces al no generar esa persuasión de que efectivamente se ha producido ese acto jurídico válido de transmisión de la posesión que cree el nexo que las encadena jurídicamente, se tiene como fecha cierta de la posesión de la demandante en reconvención, el 19 de octubre del 2007.

Con base en las probanzas aportadas concluyó, que *“la demandante en reconvención ha ocupado el inmueble materia de reivindicación, en calidad de poseedora para el momento de la notificación de la demanda, un año, nueve meses, aproximadamente, por lo tanto no reúne el tiempo de 20 años que requiere para prescribir el inmueble extraordinariamente, así sea un bien agrario como lo solicita en la demanda de reconvención subsidiaria de la principal, ya que el término es igual para los dos eventos*

EL RECURSO INTERPUESTO.

El apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia así proferida, **advirtiendo que se configura la nulidad del numeral 8° del art. 140 del C.P.C.**, al no haberse dado estricto cumplimiento a lo establecido en el artículo 407 del CPC, respecto del emplazamiento, ya que dicha publicación debía fijarse en secretaría por el término de 20 días en lugar visible y publicarse por dos veces, con intervalos no menores de cinco días calendario, y tan solo se publicó una vez.

Recalca, que conforme lo ha dicho el doctrinante Henan Fabio López Blanco, existe diferencia entre el emplazamiento a que se refiere el artículo 407 del CPC y el previsto en el numeral 8 del Decreto 508 de 1974 – saneamiento de las pequeñas propiedades rurales- , pues este último, se debe fijar por quince días, en la secretaria del juzgado y copia de él en la Alcaldía del Municipio donde esté ubicado el predio, además se publicará por tres (3) veces en diario de amplia circulación en el lugar y con intervalos no menores de dos días, dando la alternativa que igualmente puede hacerse la publicación en una emisora por tres veces y con el mismo intervalo de dos días.

Precisa que, en el presente caso, **se estructura la prescripción adquisitiva de vivienda de interés social, y subsidiariamente, la prescripción adquisitiva agraria**, puesto que, contrario a lo que se expresa en la sentencia, tanto el término de prescripción agraria, como el término de

prescripción de vivienda de interés social, el legislador lo ha establecido claramente en cinco años y no en veinte.

Refiere que, por la ubicación del bien inmueble a reivindicar, el mismo tuvo vocación agrícola, y aunque actualmente se destine a vivienda, en épocas pasadas ejercía ese tipo de actividad, como se deduce del contrato de compraventa de fecha 10 de mayo de 1995, suscrito entre William Tole y Beatriz Hernández, y del suscrito el 6 de diciembre del 2005, razón por la cual se configura la suma de posesiones.

Agrega que, en materia probatoria, la posesión material se demuestra con la prueba testimonial por excelencia, por eso es equivocado lo exigido en la sentencia, respecto de la escritura pública (pag. 14), así como tampoco puede prevalecer la posesión inscrita frente a la material, ni tener en cuenta documentos abiertamente falsos como el escrito de fecha 25 de noviembre del 2005, firmado por Inés Charry, y el documento del 10 de mayo de 1995.

Antes bien, asegura, debe darse credibilidad al documento que contiene el contrato celebrado entre Alfonso Cano y Oscar Restrepo, reforzado con las versiones de Rosmira Restrepo, María Idalba Zapata, Deyanira Salazar y Tania Vala.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I.- Los presupuestos procesales que doctrina y jurisprudencia reclaman para el normal desarrollo del proceso y proveer de mérito en el presente asunto se encuentran satisfechos a cabalidad, sin que se advierta causal de nulidad alguna que invalide la actuación surtida.

II.- Es importante señalar que de acuerdo con lo previsto en el numeral 5° del artículo 625 del Código General del Proceso, este recurso se resuelve con base en la normativa del Código de Procedimiento Civil, estatuto procesal vigente para la época en que fue interpuesto el recurso de apelación.

III. – Sea lo primero decir, en cuanto a la nulidad invocada por la parte demandada al formular el recurso de apelación, que no es esta la oportunidad para su alegato, toda vez que de acuerdo con lo prescrito en el art. 144 del

C.P.C., “*La nulidad se considerará saneada, en los siguientes casos: 1. Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente. (...)*”, y en este caso, la parte demandada Maria Idalba Zapata, por medio de su apoderado judicial, intervino en la actuación de primera instancia sin alegar cuestión alguna respecto del emplazamiento efectuado, con lo cual fue saneada cualquier irregularidad.

IV. -Se contrae el presente asunto a determinar si es procedente la acción reivindicatoria invocada por la señora Inés Charry Galindo, habida cuenta que la demandada, en demanda de reconvención, alega haber adquirido el bien por prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio de bien agrario.

4.1. Para el efecto, debemos partir de considerar que la acción reivindicatoria es la máxima expresión del derecho de dominio, ya que tiene como característica fundamental la de conceder al titular del mismo, el poder de persecución, lo que faculta al propietario para perseguir la cosa frente a quien la tenga. La jurisprudencia y la doctrina tienen definido que para el éxito de la acción de dominio se deben cumplir los siguientes requisitos, a saber:

a) Que el demandante sea el titular del derecho de propiedad del bien reclamado, cuestión que se encuentra probada en este asunto con las copias del título de dominio y sus respectivas notas de registro¹.

En el presente asunto, la señora Inés Charry Galindo, alega su calidad de propietaria del inmueble objeto de litigio, por la cesión a título gratuito efectuada a ella, por parte del municipio de la Montañita, contenida en la resolución No. 223 de 15 de diciembre de 2005, acto administrativo que se encuentra debidamente inscrito en la anotación No. 1 del certificado de tradición y libertad No. 42095058 de esta ciudad (fls. 3-8 C.1).

b) La identidad del bien poseído con aquel cuya recuperación se pretende, y que se trate de una cosa singular o de cuota proindiviso de cosa

¹ En relación con la prueba del dominio ha dicho la Corte Suprema de Justicia. en sentencia del 8 de abril de 1983: “*La prueba de dominio de un bien raíz está constituida por el título. Cuando el demandante ha adquirido el bien por compra, su título de dominio no puede ser otro que la copia auténtica de la escritura correspondiente con la nota de registro del caso. El certificado del registrador, que también debe allegarse como prueba al proceso reivindicatorio, no suple aquella prueba, sino que limita a demostrar que la inscripción de la escritura está aún vigente; dicho en otras palabras, que el comprador del bien todavía es dueño del mismo*”.

singular; que no es otra cosa que la precisa determinación del bien objeto de reivindicación y su coincidencia con el que se reclama al poseedor.

Sobre el particular, encontramos que el inmueble objeto de litigio es el lote E manzana 3 ubicado en la inspección de Santuario, municipio de la Montañita, con área 1.505 M2, cuyos linderos están definidos en la Resolución No. 223 de 2005, de la siguiente forma: Norte: Con el rio san pedro con extensión de 43.50 mts; Sur, con la cra 4 con extensión de 43.50 mts; este: con Jorge Alberto Valencia con extensión de 39.00 mts; y oeste: con Amanda Arias Pérez con extensión de 39.00 mts.

En la inspección judicial efectuada por el Juez de conocimiento el 3 de abril de 2013 (fls. 230-245), se pudo constatar que el bien reclamado por la actora es el mismo sobre el que la demandada actúa como poseedora, constándose que los linderos antes mencionados guardan correspondencia con los identificados en la diligencia, y que se trata de un lote de terreno donde se ubican dos casa de habitación, construidas en bloque, y dos estanques para peces en mal estado de conservación.

Igualmente, en el dictamen pericial efectuado para el presente asunto por el auxiliar de la justicia Jesús Elides Echeverry (fls. 256-265), se observa que se trata de un lote de terreno urbano, sobre el cual están construidas un par de edificaciones, - casas de habitación- y un par de estanques para peces de 20 y 40 M2, rodeados de árboles frutales y otros sembradíos. Asimismo, que el bien se ubica en zona urbana de la inspección de Santuario, a 4 cuadras de la iglesia del pueblo, y que cuenta con los servicios de energía, agua y alcantarillado.

c) La posesión del bien materia de la reivindicación por parte del demandado, definida según el artículo 762 del Código Civil como “*la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño*”, por lo que su ejercicio se manifiesta con actos que impliquen dicho señorío y su estructuración se encuentra sujeta a la demostración de los dos extremos que tradicionalmente se han señalado como el animus y el corpus, el primero de ellos entendido como el comportamiento subjetivo de estar vinculado a la cosa como si fuera su propietario o ánimo de señor y dueño, sin reconocer dominio ajeno y, el segundo, como la relación de hecho con la misma, lo que generalmente se manifiesta con actos externos que impliquen explotación económica del mismo.

Al respecto, conviene precisar que la presente demanda fue dirigida inicialmente contra la señora María Rosmira Restrepo (fls. 9-12), pero con posterioridad fueron vinculados como demandados - alegando su calidad de litis consortes necesarios, por ser poseedores posteriores del bien- el señor Oscar Restrepo (fl. 46), y las señoras Deyanira Salazar Zapata y María Idalba Zapata (fl. 109).

En su momento, el apoderado de la señora María Rosmira Restrepo (fl. 84-86), puso de manifiesto que la mentada señora no tenía la calidad de poseedora del bien en cuestión, toda vez que ocupó el mismo *“en su calidad de desplazada, se debió simplemente a que se le permitió estar allí transitoriamente de posada”*, por ello, la parte actora desistió de su inclusión como pasiva (fls. 195-196).

Por su parte, el señor Oscar Restrepo, puso de manifiesto que *“ejerció la posesión de buena fe, toda vez que, compró o adquirió dichas mejoras al señor Alfonso Cano (también legítimo poseedor) el día 1 de junio de 2006, y la ejerció hasta el 19 de octubre de 2007, cuando la enajenó a María Idalba Zapata”*(fl. 106-108).

En su oportunidad, Deyanira Salazar Zapata, adujo que la poseedora del bien es su madre María Idalba Zapata, quien el 19 de octubre de 2007 compró las mejoras del bien al señor Oscar Restrepo (fl. 162-164).

En esta línea, la señora María Idalba Zapata, al contestar la demanda y proponer demanda de reconvención para la adquisición del bien por prescripción extraordinaria de dominio, manifestó que era la actual poseedora del bien, pues el señor Oscar Restrepo le vendió las mejoras el 19 de octubre de 2007 (fl. 112-115 C.1, 1-9 C.3).

Así las cosas, y como quiera que la jurisprudencia ha dicho que la *“...acción reivindicatoria debe dirigirse contra el actual poseedor del inmueble pretendido por ser el único con aptitud jurídica y material para disputarle al demandante el derecho de dominio alegado, en cuanto no solo llega al proceso amparado por la presunción de propietario (artículo 762, ibídem), sino porque su situación de hecho le permitirá consolidar un derecho de propiedad cierto,*

ganado por el modo de la prescripción adquisitiva.(...)”² (subrayado fuera de texto), y en este caso, quien se proclama como poseedora del bien - tanto como para reclamar su adquisición por prescripción adquisitiva- es la demandada María Idalba Zapata, corresponde tener por satisfecho este requisito.

d) Que el título sea anterior al ejercicio de la posesión. La acción reivindicatoria exige la existencia de un título de dominio anterior a la posesión del demandado, pues de esa manera se desvirtúa la presunción que protege al demandado como poseedor del bien prevista en el artículo 762 del Código Civil, según la cual “*el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo*”.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia, ha afirmado lo siguiente: "*La anterioridad del título del reivindicante apunta no sólo a que la adquisición de su derecho sea anterior a la posesión del demandado, sino al hecho de que ese derecho esté a su turno respaldado por la cadena ininterrumpida de los títulos de sus antecesores, que sí datan de una época anterior a la del inicio de la posesión del demandado, permiten el triunfo del reivindicante. Entonces, no sólo cuando el título de adquisición del dominio del reivindicante es anterior al inicio de la posesión del demandado, sino inclusive cuando es posterior, aquél puede sacar avante su pretensión si demuestra que el derecho que adquirió lo obtuvo su tradente a través de un título registrado, y que éste a su turno lo hubo de un causante que adquirió en idénticas condiciones; derecho que así concebido es anterior al inicio de la posesión del demandado, quien no ha adquirido la facultad legal de usucapir*”.³

En este caso, el título aportado por la parte demandante fue la resolución No. 223 de 15 de diciembre de 2005, mediante la cual la Alcaldía de la Montañita – Caquetá, le cedió a título gratuito el bien fiscal: lote 11 manzana 3 ubicado en la inspección de Santuario, en extensión de 1.505 M2 (fl. 3-5 C.1), el cual es anterior a la posesión de la demandada, quien alega haber adquirido su derecho por compra efectuada a Oscar Restrepo el 19 de octubre de 2007, con lo cual estaría satisfecho en principio, el requisito en cuestión.

² Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia 12 de diciembre de 2001.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, octubre 23 de 1992. Decisión citada en la sentencia de 20 de junio de 2017 Luis Alonso Rico Puerta. Exp. 2003-00831-02.

4.2. No obstante lo anterior, como en el presente asunto, la demandada, fundada en la suma de posesiones, reclama para sí el dominio del inmueble en controversia, por prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, corresponde examinar el punto, a fin de establecer lo pertinente.

Refiere la señora *María Idalba Zapata* que a la posesión real y material que ella ha ejercido respecto del inmueble objeto de litigio, desde el 19 de octubre de 2007, cuando compró mejoras al señor *Oscar Restrepo*, **se suma** a la ejercida por dicho señor desde el 10 de junio de 2006, cuando celebró un contrato de permuta con *Alfonso Cano Cuellar*; a su vez, que el señor Alfonso Cano, había sido poseedor del bien desde el 15 de febrero de 2001, cuando compró mejoras a *Beatriz Fernández*, quien a su vez había adquirido por compraventa de mejoras al señor *William Tole* el 15 de septiembre de 1993, y este último había sido poseedor desde el 15 de mayo de 1990.

4.2.1. Bajo este entendido, habría que establecer si se configura en este caso, la suma de posesiones alegada por la demandante en reconvención, y de paso, si el título de la demandante principal resulta ser anterior a la posesión.

Para ello, conviene recordar que la suma de posesiones esta prevista en el art. 778 del C.C., donde se establece que “*Sea que se suceda a título universal o singular, la posesión del sucesor principia en él; a menos que quiera añadir la de su antecesor a la suya; pero en tal caso se la apropia con sus calidades y vicios. Podrá agregarse, en los mismos términos, a la posesión propia la de una serie no interrumpida de antecesores.*”(Subrayado fuera de texto).

A partir de la anterior disposición, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha puntualizado que la posesión puede ser ejercida directamente por actos propios o a través de la figura de la suma de posesiones, reconocida en el ordenamiento civil, como una forma benéfica de proyección del poder de hecho de las personas sobre las cosas; y puede tener su fuente en la *accessio possessionis* por acto entre vivos o en la *successio possessionis*, cuando el causante fallecido transmite la posesión a sus herederos. Al poder agregar el tiempo de su antecesor o antecesores, el último poseedor podrá beneficiarse, y ganar por prescripción un bien determinado.

En la *accessio possessionis*, se ha precisado que para que tenga ocurrencia el fenómeno de la incorporación fáctica es necesaria la afluencia de las siguientes condiciones: **i) negocio jurídico válido, esto es, que haya pleno consentimiento entre el poseedor que se despoja de la materialidad de la cosa y de quien la adquiere en su condición de causahabiente; ii) homogeneidad en la posesión, vista como identidad o uniformidad en la cosa poseída con sucesión cronológica ininterrumpida; de modo que el antecesor o antecesores, hayan sido poseedores del mismo bien formando una cadena de posesiones ininterrumpidas; y, ii) entrega de la cosa poseída.**

Con relación al primer elemento referido, es necesario que exista **un pontón traslativo que permita la creación de un vínculo sustancial entre el sucesor y el antecesor; como la compraventa, permuta, donación, aporte de sociedad, etc.;** sin que necesariamente se requiera para su demostración escritura pública, pues a partir del año 2007, la Corte flexibilizó su doctrina, **para admitir que un título cualquiera es suficiente;** eso sí, **sin perder de vista que dicho título debe contar con la idoneidad suficiente para demostrar que la posesión fue convenida,** evitando así que la unión de posesiones provenga de ladrones o de usurpadores, y por supuesto, debe suponer el desconocimiento frontal de los derechos del propietario, por cuanto traduce rebelarse en un todo contra el *verus domini*, y a *fortiori*, cuando su derecho tiene como antecedente inmediato un negocio jurídico consistente en una promesa de contrato de compraventa celebrado con el mismo propietario inscrito y demandado, como eventual pontón para sumarla.

Ahora, en la *successio possessionis*, el hecho que se erige en detonante jurídico de la floración de ese ligamen o vínculo, lo constituye, de un lado, el fallecimiento del poseedor anterior y, del otro, la inmediata delación de la herencia a sus herederos (art. 1013 C.C.), porque es, en ese preciso instante, en que el antecesor deja de poseer ontológica y jurídicamente y en el que sus causahabientes, según sea el caso, continúan poseyendo sin solución de continuidad, merced a una ficción legal, vale decir sin interrupción en el *tempus*. No en vano, quien sucede, *lato sensu*, se sitúa en el lugar de otra que ha fallecido, haciéndose a sus derechos y prerrogativas, lo que permite, en esta hipótesis, preservar incólume el tiempo de la posesión antecedente.⁴

⁴ Precisiones tomadas de la sentencia SC12323-2015 Y CS1939-2019. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. MP. Luis Armando Tolosa Villabona.

En el caso en estudio, se afirma que la suma de posesiones se ha dado por la *accessio possessionis*, ya que haciendo uso de diversas formas contractuales, ha pasado de una persona a otra, la posesión que actualmente dice sustentar la señora María Idalba Zapata, veamos:

i). De William Tole a Beatriz Fernández: Aduce la demandante en reconvencción, que el señor William Tole le vendió mejoras a la señora Beatriz Fernández.

Al respecto, tenemos que el examen de las pruebas obrantes en el plenario, lleva a concluir que efectivamente, el 10 de mayo de 1995, el señor William Tole y la señora Beatriz Fernández, celebraron un contrato de compraventa de la propiedad, dominio y “posesión” de unas mejoras consistentes en una granja con un galpón para la cría de pollos, un pozo para peces, y una casa de habitación en cemento, ubicado en el perímetro urbano de Santuario, municipio de la Montañita, con extensión de 2.500 M2 encerrada en malla (fl. 249).

Asimismo, la señora Beatriz Fernández, en la declaración rendida para el presente asunto, puso de manifiesto que compró el lote que actualmente se debate al señor William Tole y que vivió allí hasta el año 2005, con lo cual se demuestra que hubo un negocio –*accessio possessionis*–, en virtud del cual se transfirió la posesión del bien.

ii). De Beatriz Fernández a Alfonso Cano: Se refiere en la reconvencción, que la señora Beatriz Fernández, luego de adquirir el inmueble en cuestión, le realizó una serie de mejoras, y que el 15 de febrero de 2001, celebró un contrato de compraventa con el señor Alfonso Cano Cuellar (fl. 4 C.3).

Revisado el acervo probatorio, se observa que el negocio referido no aparece documentado en forma alguna, y antes bien fue negado por la misma Beatriz Fernández, quien en su declaración, fue enfática en afirmar que ella no hizo ningún negocio con Alfonso Cano; que si lo conoció porque era socio del esposo de Inés Charry; que le manifestó interés en el bien, pero que finalmente con quien celebró el negocio fue con Inés Charry.

En este punto, vale decir, que lo acreditado en autos, es que a pesar de la negociación celebrada entre Beatriz Fernández e Inés Charry, documentada *en la promesa de contrato de compraventa en permuta* de fecha 6 de diciembre de 2005 (fl. 250 C.1), la señora Inés Charry adquirió el derecho de dominio sobre el inmueble en cuestión, por el acto administrativo expedido por la Alcaldía de la Montañita, correspondiente a la resolución No. 223 de 15 de diciembre de 2005, por medio de la cual le cedió a título gratuito un bien fiscal.

Tal situación fue claramente explicada por la señora Beatriz Fernández en su declaración, ya que adujo haber obtenido la propiedad del bien por la formalización efectuada por el Incora mediante Resolución 067 de 26 de febrero de 2003, sin embargo, con posterioridad, el Incoder, mediante Resolución No. 1015 de 10 de noviembre de 2006 (fl. 246 C.1), revocó aquella determinación, quedando sin piso la propiedad que creía ejercer, de manera que la señora Charry adelantó con el alcalde de turno de la Montañita, los trámites respectivos para obtener por su medio el otorgamiento del bien, cuestión que ocurrió con la mentada Resolución 223 de 2005 referida.

Como se observa, en este punto se rompe la cadena de posesiones que alega la parte demandada principal y demandante en reconvenición, pues no hay prueba de que la posesión material ejercida por la señora Fernández hubiera sido transferida al señor Alfonso Cano, como para que éste la hubiera negociado con Oscar Restrepo, y luego, éste mismo se la hubiera otorgado a María Idalba Zapata.

Recuérdese que, cuando se apela a la suma de posesiones, es necesario que se pruebe -carga que recae sobre quien la alega- que hubo un negocio jurídico válido, en virtud del cual el poseedor se despojó de la materialidad de la cosa para dársela a otro, que efectivamente la cosa se entregó materialmente, que hay homogeneidad en la posesión, es decir, que en forma idéntica y uniforme la posesión ha pasado de uno a otro en sucesión cronológica e ininterrumpida.

4.2.2. Ahora bien, si a pesar de lo anterior, se quisiera acoger el argumento de la parte recurrente, empezando la suma de posesiones en el señor Alfonso Cano Cuellar, pues a partir de lo dicho por los testigos, pareciera que el mismo ejerció la posesión material del bien con posterioridad al negocio

celebrado entre Beatriz Fernández e Inés Charry -6 de diciembre de 2005-; y de acuerdo con el documento obrante a folio 104 a 105 y lo dicho por los testigos, éste celebró un contrato de permuta con Oscar Restrepo, donde le dio, en parte de pago, de una finca en San Vicente del Caguan, la “granja” de Montañita; y según lo afirmado por los declarantes, Oscar Restrepo le vendió su posesión a su suegra, la señora María Idalba, tampoco se configuraría la prescripción adquisitiva alegada, por cuanto se echa de menos el elemento temporal.

Obsérvese que el artículo 2512 de Código Civil establece que la prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído la cosa y no haberse ejercido dichas acciones ni derechos durante cierto lapso de tiempo y concurriendo los demás requisitos legales; de lo dicho, surgen como presupuestos axiológicos de este tipo de acciones: - Que verse sobre una cosa prescriptible legalmente, - Que sobre dicho bien se ejerza por quien pretende haber adquirido su dominio una posesión pacífica, pública e ininterrumpida, y - *Que dicha posesión se haya prolongado durante el tiempo previsto por el legislador.*

En el caso sub-examine, surge evidente que el requisito temporal no se configura, ni siquiera apelando a la suma de posesiones desde la ejercida por el señor Alfonso Cano, ya que la demanda de reconvención – donde se solicita la adquisición del dominio por prescripción - fue presentada **el 11 de agosto de 2009** (fl. 3 C. 3), lo que indica que para dicha fecha, ni la prescripción extraordinaria común, ni la agraria, ni la de interés social se habrían cumplido, como pretende hacerlo ver la parte recurrente.

En efecto, el art. 1º de la Ley 50 de 1936, establecía que el término para **la prescripción extraordinaria** era 20 años, empero, el mismo fue modificado por el art. 1º de la ley 791 de 2002, reduciéndose dicho plazo a 10 años, contados a partir del 27 de diciembre de 2002. Ahora, en cuanto a **la prescripción agraria**, desde la expedición de la Ley 200 de 1936, el legislador previó importantes variantes en cuanto hace a la adquisición de su dominio por prescripción, consignadas en el artículo 12 de dicho cuerpo legal, modificado luego por el 4º de la Ley 4ª de 1973, pues prevé una prescripción adquisitiva del dominio en favor de quien, creyendo de buena fe que se trata de tierras baldías, posea en los términos del artículo 1º de esta Ley, *durante cinco (5) años* continuos, terrenos de propiedad privada no explotados por su dueño en la época

de la ocupación, ni comprendidos dentro de las reservas de explotación, de acuerdo con lo dispuesto en el mismo artículo. Y respecto de **la prescripción adquisitiva de viviendas de interés social**, el artículo 51 de la ley 9ª de 1989, redujo a partir del 1º de enero de 1990, a *5 años* el término necesario para la extraordinaria y a 3 años la ordinaria.

Bajo estos preceptos, resulta claro que en ningún caso se configura a favor de la demandada principal y demandante en reconvención, la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, toda vez que María Idalba Zapata, alega ser poseedora desde el 19 de octubre de 2007, de forma que para la época en que fue presentada la demanda, solo completaría 1 año y 10 meses de posesión aproximadamente.

Ahora, si se añadiera a su posesión, el tiempo de Oscar Restrepo y Alfonso Cano - que en gracia de discusión se ha tenido en cuenta para descartar el elemento temporal tantas veces referido -, tampoco se configuraría el tiempo requerido para la usucapión – en ninguna de las hipótesis contempladas: prescripción común, agraria y de vivienda de interés social-, ya que solo sumarian 3 años y 8 meses, contados desde el 6 de diciembre de 2005 al 11 de agosto de 2011.

4.3. En este orden de ideas, diáfano en concluir que prospera la acción reivindicatoria promovida por la señora Inés Charry Galindo frente a la poseedora María Idalba Zapata, por configurarse todos los elementos previstos por la ley para su procedencia.

Igualmente, y en vista de que no se demostraron sus presupuestos configurativos, resulta infundada la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio alegada en reconvención por la parte demandada.

4.4. Por todo lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas a la parte demandada, de conformidad con lo previsto en el art. 392 numeral 3º del C.P.C.

DECISION.

Por lo antes expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, constituido en Sala Quinta de Decisión, administrando justicia y en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE.

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de esta ciudad el 30 de agosto de 2013, por las razones anotadas.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandada principal y demandante en reconvención. Líquidense conforme lo previsto en el art. 393 del C.P.C.

TERCERO: Cumplido lo anterior, por secretaria devuélvase el expediente a su lugar de origen.

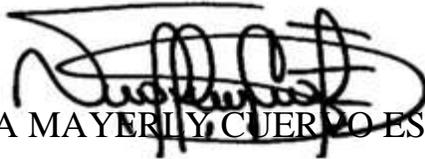
Notifíquese y cúmplase.

Fallo discutido y aprobado en sesión de sala, conforme al acta 50 de esta misma fecha.

Los Magistrados,



DIELA H.L.M ORTEGA CASTRO



NURIA MAYERLY CUERVO ESPINOSA



MARIO GARCIA IBATÁ

Sentencia Civil. Rad. Inter. 1042.
Abreviado Servidumbre
Dte: Arquímedes Aros Sepúlveda
Ddo: Oswaldo Ferney Dussan
Rad. 18001-31-03-001-2011-00253-1



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA QUINTA DE DECISIÓN.

Florencia, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

MAGISTRADA PONENTE: DRA. DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO

Corresponde a esta Corporación resolver el recurso de apelación propuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 6 de agosto de 2013 por el Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de Florencia, dentro del asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

1°. Por conducto de apoderado judicial, el señor Arquímedes Aros Sepúlveda, interpuso demanda abreviada de **SERVIDUMBRE** contra el señor Oswaldo Ferney Dussan Ramírez, con el fin de que se decrete que el demandado debe permitir al demandante que restablezca la servidumbre de tránsito que siempre ha ostentado el predio San Lorenzo 1, respecto de la finca El Recreo, de propiedad del demandado, y como consecuencia de ello, que se ordene al demandado responder por los daños materiales y morales que haya causado al demandante por sus hechos arbitrarios.

Subsidiariamente, peticiona que se decrete que el demandado debe permitir que el demandante, quien es propietario del predio San Lorenzo 1, establezca servidumbre de tránsito sobre la finca el Recreo, de propiedad del primero, realizando el trazado y las obras indispensables para ello.

Como fundamento de sus pretensiones, señala que el demandante adquirió el inmueble San Lorenzo 1, ubicado en la vereda San Juan del Barro del municipio de Florencia, identificado con la matrícula inmobiliaria No. 420-3301 de esta ciudad, por compra efectuada a Eduardo y Jaime Burbano Moreno.

Refiere que su predio, colinda por el oeste con el predio el Recreo, de propiedad de Oswaldo Ferney Dussan, teniendo desde hace más de 20 años, servidumbre de tránsito por el mismo.

Precisa, que no obstante lo anterior, el demandado cerró e impidió que el demandante siquiera transitando por su finca, razón por la cual acudieron al Centro de Justicia Municipal, entidad que efectuó audiencia el 24 de marzo de 2011, en la que el demandado dejó claro que el demandante es su vecino, y lo deja pasar siempre y cuando no le ocasione daños, por lo que no reconoce servidumbre.

Por lo anterior, indica, el demandante ha tenido que desplazarse por caminos de otros predios, alargándose el tiempo de salida a la carretera principal, y haciendo más difícil y costosos sus traslados.

TRÁMITE PROCESAL

El trámite de la demanda correspondió al Juzgado Primero Civil del Circuito de esta ciudad, el cual la admitió el 1º de julio de 2011.

Una vez notificado el demandado, contestó la demandada oponiéndose a las pretensiones.

Abierto a pruebas el asunto, se practicaron las oportunamente solicitadas, se corrió traslado para alegar de conclusión y se dictó sentencia.

LA DECISIÓN DEL JUZGADO.

Mediante sentencia de 6 de agosto de 2013, el Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de Florencia, denegó las pretensiones principales, pero accedió a declarar la servidumbre de tránsito o de paso, al predio denominado el Recreo, con folio de matrícula inmobiliaria No. 420-12688 de propiedad de Oswaldo Ferney Dussan Ramírez, a favor del predio denominado San Lorenzo 1, de propiedad de Arquímedes Aros Sepúlveda, con folio de matrícula No. 420-3301; igualmente, ordenó que los arreglos y adecuaciones serán a costa del demandante; en consecuencia, condenó al demandante a pagar al demandado, la suma de \$359.671,20, a título de indemnización por imposición de la servidumbre.

Para el efecto, realizó las consideraciones teóricas del caso, indicando que la servidumbre de tránsito se encuentra definida en el art. 879 del C.C., como una clase de servidumbre legal, por cuanto no nace de un hecho natural, sino por razones de conveniencia pública; además, que la misma puede ser continua o discontinua, dependiendo de los intervalos en que es ejercida, y aparente o inaparente, dependiendo de si está a la vista o no se conoce por una señal exterior.

En la misma línea, precisó que las servidumbres se identifican con un título traslativo de dominio, convención, o testamento, pudiendo suplirse estos por el reconocimiento expreso del dueño del predio sirviente, y siendo las decisiones judiciales puramente declarativas.

Por lo anterior, se negaron las pretensiones principales, ya que las mismas iban dirigidas al restablecimiento de una presunta servidumbre, sin embargo, no se aportó la escritura pública que demostrara su constitución.

En relación con las pretensiones subsidiarias, encontró que la ley y la jurisprudencia han reconocido que, para constituir una servidumbre de tránsito, no hace falta que la heredad esté totalmente incomunicada, sino que debe examinarse lo indispensable para el uso y beneficio del predio.

Con base en lo anterior, se encontró que los elementos requeridos para la imposición de la servidumbre, esto es, que el predio que pretende ser dominante carezca de toda comunicación con el camino público, ii) que el predio estuviera totalmente incomunicado por la interposición de otros predio, y iii) que la comunicación con el camino público sea indispensable para el uso y beneficio del predio, se encuentran satisfechos en este caso, porque de las pruebas recaudadas se concluye que el predio dominante, San Lorenzo 1, no tiene vía de acceso al camino público, además se encuentra rodeado de otros inmuebles, y que para acceder al camino real es necesario acceder a la finca del demandado, el Recreo.

Finalmente, anota que debe indemnizarse al demandado por la imposición de la servidumbre.

EL RECURSO INTERPUESTO.

El apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia así proferida, aduciendo básicamente, que se accedió a declarar la servidumbre de tránsito, a pesar de que no existe prueba suficiente que demuestre que el demandante no tiene como acceder a su predio, pues antes bien, lo dicho por los testigos es que tiene salida suficiente por otro predio, pero se limita a exigir que el paso sea por la finca el Recreo, y tampoco se determina o identifica el objeto del uso de la misma.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I.- Los presupuestos procesales que doctrina y jurisprudencia reclaman para el normal desarrollo del proceso y proveer de mérito en el presente asunto se encuentran satisfechos a cabalidad, sin que se advierta causal de nulidad alguna que invalide la actuación surtida.

II.- Es importante señalar que de acuerdo con lo previsto en el numeral 5° del artículo 625 del Código General del Proceso, este recurso se resuelve con base en la normativa del Código de Procedimiento Civil, estatuto procesal vigente para la época en que fue interpuesto el recurso de apelación.

III. – Se contrae el presente asunto a determinar si es procedente la imposición de servidumbre a cargo de la finca el Recreo, y a favor del predio San Lorenzo I, habida cuenta que, según el demandado, no se configuran los requisitos para ello, cuestión que pasará a examinarse a continuación, veamos:

3.1. El artículo 793 del Código Civil se refiere a las servidumbres como una limitación válida del derecho de dominio, a la vez que el artículo 879 de esa misma codificación, las define como el “*gravamen impuesto sobre un pre dio, en beneficio de otro de distinto dueño o de una entidad sea de derecho público o privado*”, de ahí que se entienda que la servidumbre es una carga que la naturaleza o la ley imponen a determinados predios que, por sus condiciones naturales, deben servirle a otros inmueble que pertenecen a otro propietario, constituyéndose así en limitaciones al derecho de dominio que generan derechos reales accesorios.

Según lo disponen los artículos 888 y 897 del Código Civil, las servidumbres pueden ser *naturales*, cuando provienen de la situación natural de los predios; *voluntarias*, constituidas por la propia decisión del hombre, y *legales*, que se imponen por voluntad del legislador, sea buscando el uso público o la utilidad de los particulares.

Dentro de las denominadas servidumbres legales, encontramos la de tránsito, concebida como un instrumento jurídico para autorizar el ingreso a un predio de propiedad privada, por parte de una persona diferente del dueño, con el fin de ejercer los derechos derivados del dominio y la libertad de empresa; por ello, se ha dicho que consiste en imponer el deber jurídico al predio sirviente de permitir el acceso de personas, animales o maquinaria en beneficio del predio dominante para comunicarlo con la vía pública, lo que conlleva, adicionalmente, el derecho de construir obras y adecuar la franja de terreno a utilizar para el eficiente tránsito que se requiere.

La típica servidumbre de tránsito, es la que se reconoce para predios enclavados, regulada en el art. 905 *Ibidem*, la cual se caracteriza por ser una carga discontinua, porque requiere un hecho del hombre en intervalos de tiempo, aparente porque está continuamente a la vista, se impone a favor o para la utilidad de los particulares, aún en contra de la voluntad del propietario del predio sirviente, cuyo interés está centrado en la adecuada y eficiente utilización de la naturaleza, pues no debe olvidarse que el artículo 2519 del Código Civil señala que este gravamen se extinguen por falta de uso por 20 años.

Ahora bien, en virtud de lo dispuesto en el artículo 905 del Código Civil, son tres las condiciones para que pueda imponerse la servidumbre de tránsito para predios enclavados, a saber: *i) que el predio que pretende ser dominante carezca de toda comunicación con el camino público, ii) que el predio estuviera totalmente incomunicado por la interposición de otros predios, iii) que la comunicación con el camino público sea indispensable para el uso y beneficio del predio.*

Como se ve, la interpretación literal del mentado artículo 905, indica que la servidumbre de tránsito sólo puede imponerse en favor de los fundos que carecen de todo acceso a la vía pública, sin embargo, la Corte Suprema

de Justicia profirió un fallo paradigmático en el que, a su tenor literal, concluyó¹:

“Del artículo 905 del C.C. pueden sacarse las siguientes conclusiones:

1. Que la servidumbre legal de tránsito existe no sólo a favor de los fundos que carecen de todo acceso a la vía pública sino también de los que no tienen más que una salida insuficiente para la explotación de ellos.

2. Que en la conveniencia social de la explotación del predio dominante encuentra dicha servidumbre su fundamento y al propio tiempo sus límites, sin que haya que hacer distinción alguna entre explotación agrícola o explotación industrial o explotación minera.

3. Que la servidumbre legal no se constituye por título distinto del hecho mismo de la incomunicación, sino que existe de pleno derecho, porque es la ley la que directamente la establece y es en consecuencia preexistente a toda determinación judicial, hasta el punto de que la necesidad o no necesidad de acudir a la justicia para el ejercicio efectivo de ella sólo depende de la situación de hecho existente: si el titular del derecho no necesita modificar los hechos existentes para conformarlos a su derecho, carece de interés la intervención de los jueces que, con su decisión, nada le agregan ni le quitan a ese derecho, sino que simplemente determinan, cuando es el caso, un cambio en la situación de hecho preexistente...” (Subrayado fuera de texto).

Posteriormente, la Corte Constitucional, en el estudio de la norma en cuestión², concluyó que la expresión destituido de “toda” comunicación con el camino público contenida en el artículo 905 del Código Civil, resultaba inexecutable, ya que imponía al funcionario competente para evaluar la idoneidad de la servidumbre de tránsito, determinar si el predio sirviente

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia del 2 de septiembre de 1936. Gaceta Judicial Tomo XLIV, número 273. Página 1005

² Sentencia C-544-2007

tiene o no comunicación con un camino público, pues sólo es posible obligar al dueño de una heredad a que dé salida por ella a un fundo que no tenga ningún tipo de comunicación con el camino público, lo cual podría afectar derechos constitucionales del propietario del predio que solicita la servidumbre y el interés público que supone la explotación eficiente de la propiedad privada.

3.2. Bajo este entendido, tenemos que en el caso de autos, el señor Arquímedes Aros Sepúlveda, en su calidad de propietario del predio San Lorenzo I, ubicado en la vereda San Juan del Barro del municipio de Florencia, solicita que se restablezca o que se imponga servidumbre de tránsito sobre el predio finca el Recreo, de propiedad de Oswaldo Ferney Dussan Ramírez, pues hace más de 20 años accede a su inmueble por el mismo.

El Juzgado de conocimiento desechó la pretensión principal que pretendía el restablecimiento de una servidumbre presuntamente existente, pues no la encontró probada, pero accedió a la imposición de la servidumbre de tránsito pedida en la demanda, al encontrar demostrados los presupuestos para ello, esto es, que el predio dominante carezca de toda comunicación con el camino público, que el predio estuviera incomunicado por la interposición de otros predios, y que la comunicación con el camino público sea indispensable para el uso y beneficio del predio.

No obstante, la parte demandada se mostró inconforme con la determinación, alegando que no existe prueba suficiente que demuestre que el demandante no tiene como acceder a su predio, pues lo dicho por los testigos es que tiene salida suficiente por otro predio, pero se limita a exigir que el paso sea por la finca el Recreo.

Para lo pertinente, corresponde examinar las pruebas arrimadas al expediente, encontrando que además de las documentales aportadas con la demanda y la contestación, de las que se resaltan los folios de matrícula inmobiliaria Nos. 420-3301 y 420-12688, correspondientes a los predios San Lorenzo I y el Recreo, respectivamente, y el plano topográfico y fotográfico de los predios en disputa, fueron recepcionados los testimonios de Jaime Elías Burbano, Aura Luz, Motta, Luis Alberto Sterling, Gustavo Laverde, Diego Ramírez, y Vicente Silva, así como el interrogatorio de parte de Oswaldo Ferney Dussan.

Del examen íntegro del material probatorio referido, se deduce que los predios San Lorenzo I y el Recreo, se encuentran ubicados en la vereda San Juan del Barro del municipio de Florencia, y colindan por el extremo occidental -oriental de cada uno, respectivamente.

Igualmente, pudo establecerse que de la vía pública -identificada como la carretable al basurero municipal- no hay carretera de acceso al inmueble San Lorenzo I, pues de por medio se encuentran otros predios, entre ellos, la finca el Recreo, de propiedad del demandado Oswaldo Ferney Dussan.

De lo dicho por los testigos, se concluye que el predio San Lorenzo nunca ha tenido carretera de acceso desde la vía principal, razón por la cual, sus propietarios, siempre hicieron uso de hecho, de servidumbres de tránsito por otros predios, habiendo contradicción entre los testigos, respecto de qué predios fueron los usados como sirvientes para tales efectos.

En efecto, puso de manifiesto Jaime Elías Burbano, quien indicó haber sido propietario del predio San Lorenzo I, junto con su hermano Eduardo; que la entrada al inmueble era por donde el señor Vicente Silva, dueño de la finca el Recreo; que hay otra carretera para acceder al bien, pero es más largo

el camino, pues toca pasar por otra finca, y cuando llueve se inunda; y que por la finca el Recreo pasa el “camino real” que va a la vereda el Canelo.

Aura Luz Motta, quien también fue propietaria en el pasado de la finca San Lorenzo I, adujo que entraban por la finca de Vicente Silva, por donde había un broche; que dicho señor nunca le impidió el paso por ahí, ni la posibilidad de sacar o meter ganado, pues la finca se usaba para engorde de vacunos; y que esa finca es la última de la vereda por eso no tiene salida a la carretera del basurero.

Luis Alberto Sterling, quien dijo ser nacido y criado en la vereda, manifestó que la vía de acceso de la finca San Lorenzo I, es por la finca el Recreo, por el camino que va a la vereda Canelos, el cual es de toda la vida; que supo que el señor Oswaldo Dussan puso candados a las puertas y broches para que no pasaran por ahí, no sabe la razón; que el señor Vicente Silva, anterior dueño del Recreo, nunca impidió el paso por la finca; y que hay otro camino para entrar a San Lorenzo I, pero es por una vega que se inunda, y hay un puente el cual se cayó hace un tiempo.

Gustavo Laverde, quien afirmó ser comerciante de ganado, informó que recogía y dejaba ganado en la finca de Vicente Silva y Alberto Sterling, y también negociaba con el demandante; que el camino era por la finca el Recreo, que era de Vicente Silva, y así llegaba a la finca de Arquímedes, San Lorenzo I; que ese era un camino real que llevaba a los Canelos; y que nunca le impidieron el paso cuando tuvo que desplazarse por ese camino.

Por su parte, Diego Ramírez, quien adujo ser propietario de la finca San Lorenzo, que queda en la misma vereda que los predios de las partes, manifestó que cuando el demandante compró San Lorenzo I, dejaba el carro en su finca y se iba caminando, pero de un tiempo para acá, no volvió a pasar por ahí, así que cree que pasa por donde Oswaldo; que no sabe de la

existencia de un camino real; y que la señora Aura Luz Motta, pasaba por su finca para ir a San Lorenzo I.

En la misma línea, Vicente Silva, dijo haber sido propietario de la finca el Recreo, y afirmó que por esa finca pasa un camino real desde hace más de 50 años; que ese camino no conduce a la finca San Lorenzo I, sino que pasa por otros predios; que la señora Aura Luz Motta, antigua dueña de San Lorenzo I, accedía al bien por la finca del ingeniero Diego Ramírez, que esa vía se inunda y tiene un puente que se tapa en invierno; que esa ha sido la vía de ingreso siempre, y que no ha habido servidumbre por la finca el Recreo; y que son unos 200 metros del Recreo al lindero de San Lorenzo I.

El demandado Oswaldo Ferney Dussan, afirmó que no es cierto que haya existido una servidumbre por el predio el Recreo; que permitió en alguna ocasión el paso al señor Aros porque el puente del camino que usaba se había caído por un aguacero; que el señor Aros en lugar de arreglar el puente por el que solía transitar, se puso a hacer una carretera por su predio, sin pedir su autorización, por eso le impidió el paso; que no ha procedido con arbitrariedad, ya que simplemente ha defendido su predio de intromisiones de terceros; que existe otra vía de ingreso al bien, la cual se ha deteriorado por abandono del mismo demandante; y que el paso del señor Aros le causa grave perjuicio porque deja los broches abiertos y pasa ganado, lo que deteriora los pastos.

Como se observa, no hay absoluta claridad sobre el hecho alegado por la parte actora, referente a que la servidumbre de tránsito para acceder a su predio radicó siempre en el predio el Recreo, pues quedó visto, que también se ha servido del inmueble de propiedad del señor Diego Ramírez para efectuar el paso.

Fue por lo anterior, que el Juzgado de conocimiento desestimó la pretensión principal de la demanda, tendiente a “restablecer” una servidumbre, y optó por la pretensión subsidiaria en la que simplemente se solicitaba la imposición de servidumbre a favor del predio San Lorenzo I.

Reducido entonces el asunto a determinar, si procede o no la imposición de servidumbre a favor del predio San Lorenzo I, y a cargo de la finca el Recreo, tenemos que lo evidenciado en el expediente, es que dicho inmueble no es el único que da acceso o paso a la propiedad del demandante, pues existe otro camino por la finca de propiedad del señor Diego Ramírez, que se identificó como predio San Lorenzo.

Así las cosas, y como quedó visto que los requisitos para la imposición de servidumbre de tránsito son: i) que el predio que pretende ser dominante carezca de comunicación con el camino público, ii) que el predio estuviera incomunicado por la interposición de otros predios, y iii) que la comunicación con el camino público sea indispensable para el uso y beneficio del predio, debe establecerse lo atinente a la “*carencia de comunicación con el camino público*”, pues como lo explicó la jurisprudencia, lo que debe examinarse es la suficiencia o idoneidad del acceso para la explotación y goce del bien dominante.

En el sub-lite, pudo evidenciarse que de los pasos o accesos que tiene el propietario del inmueble San Lorenzo I, uno corresponde al que se sirve del predio San Lorenzo, de propiedad de Diego Ramírez, y el otro, corresponde al que se sirve de la finca el Recreo, de propiedad de Oswaldo Dussan.

Según lo indicado por la auxiliar de la justicia Nubia Cano Covaleda, quien efectuó levantamiento topográfico del lugar, hizo registro fotográfico y rindió experticia sobre las condiciones de los mentados accesos, el camino

que pasa por el predio de Diego Ramírez, tiene una distancia de 1.838 metros, desde el camino carreteable hasta el lindero de la finca de Arquímedes Aros, es un recorrido en el que no existen broches ni puertas entre potreros e implica el paso por la quebrada Manaos, la cual no tiene puente, mientras que el camino que pasa por la finca el Recreo, tiene una distancia de 369 metros desde el camino carreteable -vivienda de Oswaldo Dussan, donde llega el camino- hasta el lindero del predio San Lorenzo I. Por tanto, concluye, que el paso más favorable es este último, por la cercanía y accesibilidad.

De acuerdo con lo anterior, resulta claro para la Sala que los argumentos esbozados por el apelante no tienen asidero alguno, en virtud de que si bien, existe otra vía de acceso al predio, la imposición de la servidumbre a cargo del predio el Recreo, está sustentada en motivos de accesibilidad, conveniencia, e idoneidad, pues por el mentado camino se facilita la explotación y goce del predio San Lorenzo I, tal como quedó acreditado en el plenario.

En suma, como de los accesos identificados al inmueble San Lorenzo I, el que pasa por la finca el Recreo, es el que ofrece mayores ventajas en cuanto acceso, mantenimiento, y favorabilidad, es por éste que habrá de optarse en el presente asunto.

IV. - Por todo lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas a la parte demandada, de conformidad con lo previsto en el art. 392 numeral 3° del C.P.C.

DECISION.

Sentencia Civil. Rad. Inter. 1042.
Abreviado Servidumbre
Dte: Arquímedes Aros Sepúlveda
Ddo: Oswaldo Ferney Dussan
Rad. 18001-31-03-001-2011-00253-1

Por lo antes expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, constituido en Sala Quinta de Decisión, administrando justicia y en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE.

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de esta ciudad el 6 de agosto de 2013, por las razones anotadas.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandada. Por secretaria, liquídense conforme lo previsto en el art. 393 del C.P.C.

TERCERO: Cumplido lo anterior, por secretaria devuélvase el expediente a su lugar de origen.

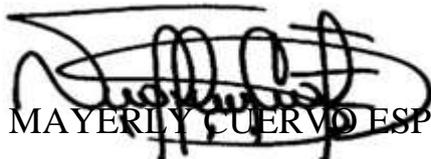
Notifíquese y cúmplase.

Fallo discutido y aprobado en sesión de sala, conforme al acta 50 de esta misma fecha.

Los Magistrados,



DIELA H.L.M ORTEGA CASTRO



NURIA MAYERLY CUERVO ESPINOSA



MARIO GARCIA IBATÁ



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA QUINTA DE DECISION.

Florencia, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

MAGISTRADA PONENTE: DRA. DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO

REF: Radic. Inter. 1031.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, contra la sentencia de primera instancia proferida el 20 de marzo de 2013 por el Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de Florencia.

I. ANTECEDENTES.

1°. El Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario – FINAGRO-, por conducto de apoderado, presentó demanda EJECUTIVA SINGULAR contra los señores Esperanza del Socorro Vallejo y Jorge Vallejo, con el fin de que se libre mandamiento de pago por las siguientes sumas de dinero: \$87.265.087, por capital adeudado del pagaré No. 01800090-1, liquidado hasta el 14 de octubre de 2008; \$40.813.941, por concepto de intereses corrientes causados y liquidados desde el 23 de noviembre de 2005 hasta el 14 de octubre de 2008; y por los intereses moratorios causados a partir del 15 de octubre de 2008.

Lo anterior se fundamentó en que los señores Esperanza del Socorro vallejo y Jorge Vallejo giraron, aceptaron y se obligaron para con FINAGRO, mediante el pagaré No. 01800090-1 por valor de \$128.079.028, con fecha de vencimiento 23

de noviembre de 2005, cuyo pago incumplieron; que el pagaré referido contiene una obligación clara, expresa y exigible; y que FINAGRO es una sociedad de economía mixta, con un 50% de capital público.

2°. Mediante providencia de 14 de abril de 2009 se libró mandamiento ejecutivo por las sumas de dinero referidas, ordenándose la notificación de la parte ejecutada.

Por solicitud de la parte actora se dispuso el emplazamiento de los demandados, designándoles curador ad-litem para la causa, quien en su oportunidad propuso como excepción de mérito la prescripción de la acción. Surtido el trámite correspondiente, se resolvió mediante sentencia de 9 de junio de 2010, seguir adelante la ejecución, al encontrar infundada la excepción de fondo.

3°. No obstante lo anterior, los demandados, por medio de apoderado judicial, propusieron incidente de nulidad, alegando su indebida notificación, resolviendo el a-quo, por medio de auto de 29 de julio de 2011, declarar la nulidad de lo actuado desde el 29 de mayo de 2009, determinación que fue confirmada por el Superior, en providencia de 24 de abril de 2012.

4°. Rehecha la actuación, se tuvo por notificados a los demandados por conducta concluyente, quienes en término propusieron la excepción de “*prescripción de la acción cambiaria derivada del título valor que sirve de base para esta ejecución*”.

Corrido el traslado respectivo por la parte actora, y no habiendo pruebas por practicar, se concedió el traslado para alegar de conclusión y se dictó sentencia.

II. LA DECISION DEL JUZGADO.

Por medio de la sentencia No. 011 de 20 de marzo de 2013, el Juzgado de conocimiento declaró probada la excepción de “*prescripción de la acción cambiaria contenida en el pagare base de recaudo*”, y dispuso el levantamiento de las medidas cautelares, luego de considerar que se configura la figura de la

prescripción extintiva por cuanto los demandados se notificaron de la demanda 11 de noviembre de 2012, habiendo transcurrido más de 3 de años desde el vencimiento del título valor.

Precisó que la prescripción es una forma de extinguir las obligaciones o mutarlas en naturales, cuando se ha producido el paso del tiempo unido a la inacción del acreedor; por tanto, en este asunto, donde la parte ejecutante tenía para el cobro un pagaré cuya exigibilidad estaba prevista para el 25 de noviembre de 2005, debía promover su cobro imperativo, dentro de los tres años siguientes, es decir, hasta el 24 de noviembre de 2008, cuestión que no ocurrió.

En efecto, dijo, a pesar de que la presentación de la demanda tiene la virtualidad de interrumpir el termino prescriptivo, si la notificación de la parte demandada se da dentro del año siguiente a la notificación de mandamiento de pago, en el sub-examine, ello no se dio, porque el mandamiento ejecutivo quedó ejecutoriado el 21 de marzo de 2009, y la notificación de los demandados se produjo el 11 de octubre de 2012.

III. EL RECURSO INTERPUESTO.

Inconforme con lo decidido, la parte demandante interpuso recurso de apelación, aduciendo que no ha transcurrido con suficiencia el tiempo previsto para la prescripción, toda vez que la demanda fue presentada el 30 de octubre de 2008, es decir, dentro de los tres años previstos en la ley comercial, y luego, se presentó una nulidad que comprendió la notificación de los demandados, razón por la cual ello debe tenerse en cuenta, y hacer primar el derecho sustancial sobre el procesal.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

I.- Los presupuestos procesales que doctrina y jurisprudencia reclaman para el normal desarrollo del proceso y proveer de mérito en el presente asunto se encuentran satisfechos a cabalidad, sin que se advierta causal de nulidad alguna que invalide la actuación surtida.

II.- Es importante señalar que de acuerdo con lo previsto en el numeral 5° del artículo 625 del Código General del Proceso, este recurso se resuelve con base en la normativa del Código de Procedimiento Civil, estatuto procesal vigente para la época en que fue interpuesto el recurso de apelación.

III. –Corresponde a esta Corporación, resolver el recurso de alzada propuesto por la parte demandante, tendiente a desvirtuar la prosperidad de la excepción de prescripción de la acción cambiaria.

3.1. Para abordar el asunto propuesto, debe tenerse en cuenta que el proceso ejecutivo es un mecanismo eficaz para hacer valer un derecho cierto e indiscutible, lo que supone la existencia de un documento en el que conste una obligación clara, expresa y exigible, pues es inescindible el título ejecutivo al proceso ejecutivo.

El artículo 488 del C.P.C., preveía que la obligación que se demande ejecutivamente, debe ser expresa, esto es, que aparezca de manifiesto de la redacción misma del documento por estar perfectamente delimitada; clara, cuando aparece determinada en el título que le sirve de soporte, si fuere el caso, su valor líquido o liquidable por simple operación aritmética; y exigible al momento de presentarse la demanda, esto es, que puede cumplirse de inmediato por no haber condición suspensiva ni plazo pendiente.

3.2. En el caso de autos, se presentó demanda EJECUTIVA con el fin de librar mandamiento de pago con base en el título valor PAGARE No. 01800090-1 por valor de \$128.079.028, suscrito por los señores Esperanza del Socorro Vallejo y Jorge Vallejo, a favor del Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario – FINAGRO-, pagadero el 23 de noviembre de 2005 (fl. 4 C.1).

3.2.1. A partir de lo anterior, debemos tener en cuenta que el artículo 2512 de la codificación civil establece: “La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso, y concurriendo los demás requisitos legales (...)”. (Subrayado fuera de texto).

En el mismo sentido, el art. 2535, de la obra en cita, previene: “La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercitado dichas acciones. Se cuenta el tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible.” (Subrayado fuera de texto).

En el caso de la acción cambiaria, prevé el art. 789 del C.Cio, que la misma es de 3 años **a partir de la fecha de vencimiento del título valor de que se trate.**

3.2.2. Bajo este entendido, encontramos que, en el presente asunto FINAGRO presentó para su cobro ejecutivo el pagaré No. 01800090-1, en el cual se estableció un pago por la suma de \$128.079.028 - correspondiente a \$87.265.087 de capital y \$40.813.941 de intereses corrientes- **el 23 de noviembre de 2005**; por tanto, y siendo ésta la fecha de exigibilidad de la obligación, su prescripción ocurriría, según la disposición antes transcrita, **el 23 de noviembre de 2008.**

3.2.3. Ahora bien, con el fin de evitar la consolidación de la prescripción, la ley ha previsto que la notificación del mandamiento de pago al extremo pasivo interrumpa el mencionado término, siempre y cuando se logre dentro del año siguiente a la intimación por estado al ejecutante (artículo 90 del C.P.C.)

En el presente asunto, la presentación de la demanda genitora de la ejecución tuvo lugar el 30 de octubre de 2008 (fl. 8)¹, mientras que el proveído que libró mandamiento de pago data del 14 de abril de 2009, habiéndose notificado por estado del **16 de abril de 2009** (fl. 18 C.1), en tanto que la notificación de los

¹ Obsérvese que la demanda ejecutiva fue radicada el 30 de octubre de 2008, ante la oficina de apoyo de los Juzgados Administrativos, siendo repartida al Juzgado Segundo Administrativo del Circuito, el que mediante providencia de 10 de febrero de 2009, ordenó su remisión a los Juzgados Civiles Municipales. Recepcionado el asunto por la oficina Judicial de la jurisdicción ordinaria, se produjo su reparto al Juzgado Primero Civil Municipal el 6 de marzo de 2009, sin embargo, dicho despacho rechazó de plazo la actuación por la cuantía, ordenando su remisión a los Juzgados Civiles del Circuito, reparto que se efectuó el 19 de marzo de 2009.

demandados se surtió por conducta concluyente el **30 de noviembre de 2010** (fl. 22-25 C.4)².

De acuerdo a lo anterior, tenemos que la presentación de la demanda NO tuvo el efecto de interrumpir la prescripción, por cuanto los demandados se notificaron 1 año y 7 meses después del conocimiento por estado del mandamiento de pago, con lo cual, corresponde dar aplicación a lo dispuesto en el referido art. 90 del C.G.P., de forma que los mencionados efectos sólo se producirán con la notificación a los demandados.

3.2.4. Así las cosas, y siendo que los demandados se notificaron el 30 de noviembre de 2010, es decir, cuando ya había expirado el plazo de los tres años mencionados (desde el 23 de noviembre de 2008, habían pasado 2 años), resulta claro que **operó el fenómeno de la prescripción como lo declaró el Juez de primera instancia.**

3.2.5. Ahora bien, alega el recurrente que debe tenerse en cuenta que en el caso fue tramitado un incidente de nulidad que comprendió la notificación del mandamiento de pago, por lo que no podría operar la prescripción, y que debe prevalecer el derecho sustancial sobre el procesal.

Al respecto, vale decir, que ciertamente como lo advierte el recurrente, en este caso se adelantó un incidente de nulidad – cuyo trámite tomó casi 2 años-en el que se declaró viciada la actuación inclusive de la notificación del mandamiento de pago.

Lo anterior, obedeció al hecho de que se encontró indebidamente notificada la parte demandada, toda vez que ésta se surtió por medio de curador ad-litem - luego del emplazamiento previsto en el art. 318 del C.P.C.-, aunque pudo comprobarse, que la parte demandante conocía la dirección de notificaciones de los demandados.

² Revisada la actuación, tenemos que en la providencia que declara la nulidad de lo actuado desde el 29 de mayo de 2009, se dispuso tener por notificados por conducta concluyente a los demandados, en vista de que el 30 de noviembre de 2010 habían presentado el escrito de solicitud de nulidad, poniendo de presente su conocimiento del mandamiento de pago.

Por tanto, si bien la mentada actuación incidental afectó los términos de notificación, dicha circunstancia solo es atribuible a la parte demandante, quien, contando con una dirección de notificaciones de los demandados, optó por solicitar su emplazamiento, afirmando bajo la gravedad de juramento que desconocía su lugar de habitación y de trabajo, razón por la cual no le es dable, alegar ahora esa situación a su favor.

Igualmente, aunque se observa que desde la presentación de la demanda – 30 de octubre de 2008 - hasta que se libró mandamiento de pago – 14 de abril de 2009-, pasaron mas de seis meses, por la incompetencia declarada de las autoridades judiciales que precedieron en el conocimiento del caso, lo cierto es que la notificación de la parte demandada era una carga procesal de la parte demandante, a quien le correspondía verificar los términos para la exigibilidad de la obligación, y encaminar todos sus esfuerzos a la efectiva y válida intimación del mandamiento de pago.

En este orden de ideas, habrá de confirmarse la decision de primera instancia, sin que haya lugar a costas en esta instancia por no aparecer causadas, de conformidad con lo previsto en el art. 392 numeral 8° del C.P.C.

V. DECISION.

A mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, constituido en Sala Quinta de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia objeto del recurso de apelación, de fecha y procedencia anotadas, por las razones expuestas.

Sentencia Civil. Rad. Int. 1031
Proceso: Ejecutivo Singular
Dte: Finagro
Ddo: Esperanza Vallejo y otro
Rad. 18001-31-03-002-2009-00034-01

SEGUNDO: Sin costas.

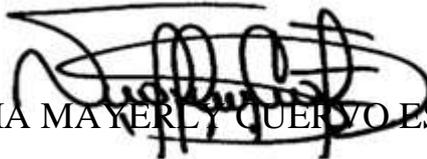
Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Proyecto discutido y aprobado mediante acta No. 50 de esta misma fecha.

Los Magistrados,



DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO.



NURIA MAYERLY QUERYO ESPINOSA



MARIO GARCIA IBATÁ



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA QUINTA DE DECISIÓN.

Florencia, treinta (30) de julio del año dos mil veinte (2020)

MAGISTRADA PONENTE: DRA. DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO

Se ocupa la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia anticipada proferida el 1° de agosto de 2013 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Florencia, Caquetá, en el asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

1°. Por conducto de apoderado judicial, el señor **ARNULFO TRIVIÑO VARGAS**, interpuso demanda de responsabilidad civil contractual contra del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A. (BBVA Colombia S.A.) y de BBVA Seguros de Vida Colombia S.A., con el fin de que se realicen las siguientes declaraciones: > que los contratos de seguro de vida en grupo No. 00130364314000240374 y 00130364314000269944 suscritos por Norma Constanza Muñoz García, cuyo beneficiario es el Banco BBVA Colombia S.A., y que amparan contra todo riesgo en su respectivo orden las obligaciones Nos. 00130364-359600030106 (que contiene garantía personal de solidaridad de Arnulfo Triviño Vargas y Fanciman Muñoz Peña) y 00130364314000269944, estuvieron vigentes el primero de los relacionados hasta el 7 de abril de 2012, por no adolecer de vicios, ni haber sido declarados nulos oportunamente; > que el riesgo “neumonía” fue asegurado y objeto de cobertura, dando lugar a la indemnización al asegurado; > que se ordene a la aseguradora BBVA Seguros de vida Colombia S.A. pagar los seguros de vida que amparan contra todo riesgo de muerte las obligaciones Nos. 00130349600080242 y 00130364359600030106, cuyo valor asegurado corresponde al 100% de las

deudas contraídas, y cuyo beneficiario es el Banco BBVA Colombia S.A.; >y que se ordene al Banco BBVA Colombia S.A. hacer la devolución de los valores cancelados desde la fecha de la primera amortización posterior a la muerte de la deudora asegurada, hasta la última cuota pagada por el demandante respecto de la obligación No. 364-9600080242; asimismo que se ordene la devolución de los mismos valores respecto de la obligación No. 364-9600030106, que el demandante pagó en calidad de deudor solidario; así como que se condene al demandando al pago de las costas causadas en el proceso, a los intereses moratorios desde el 14 de septiembre de 2009 hasta la devolución del dinero consignado; valores que deben ser indexados.

Subsidiariamente, se solicita se considere que la omisión del padecimiento HTA, se produjo por parte de la asegurada sin mala fe, y que de comprobarse que la aseguradora hubiera estipulado condiciones más onerosas, se ordene el pago de la indemnización proporcionalmente.

2º. Como fundamento de dichas peticiones se indicó lo siguiente:

-El día 7 de abril de 2006, la señora Norma Constanza Muñoz García, tomo un seguro de vida en grupo por BBVA Seguros de Vida de Colombia S.A., con el fin de amparar de todo riesgo el crédito No. 00130364359600030106, con garantía personal de solidaridad de los señores Arnulfo Triviño y Fanciman Muñoz, en el que era beneficiario el Banco BBVA.

-El 25 de junio de 2008, la misma señora, tomó otro seguro de vida con BBVA Seguros de Colombia S.A., con el fin de amparar de todo riesgo el crédito No. 00130364349600080242 con garantía personal, y cuyo beneficiario era el Banco BBVA.

-La señora Norma Constanza Muñoz García, falleció el 27 de agosto de 2009, a causa de una neumonía.

-El 3 de septiembre de 2009, se radicó ante la aseguradora, la reclamación de los mencionados seguros de vida, sin embargo, la misma fue objetada por la aseguradora, luego de solicitar documentos adicionales, aduciendo que de la historia clínica de la señora Muñoz García, se establece que desde junio de 2002, ésta presentaba diagnóstico de HTA –hipertensión arterial-, patología que

no fue reportada en la declaración de asegurabilidad, lo que se constituye en reticencia o inexactitud.

- Si se observa el certificado individual del seguro de vida, se ve que el mismo fue diligenciado en computador por un funcionario del Banco, restringiendo el debido consentimiento de la asegurada.

-La causa de la muerte de la señora Norma Constanza, no tiene ninguna relación con el padecimiento hipertensión.

TRÁMITE PROCESAL

El asunto correspondió por reparto al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Florencia-Caquetá, el cual lo admitió el 11 de septiembre de 2012, disponiendo la notificación de las demandadas.

La demandada BBVA Seguros de Vida Colombia S.A. contestó la demanda y propuso como excepciones de mérito: (i) *Prescripción*, (ii) *Falta de legitimidad por activa*, (iii) *Reticencia y Nulidad del contrato de seguros* (iv) *Inexistencia de la obligación* y (v) *La genérica*.

Por su parte, el Banco BBVA COLOMBIA S.A., presentó como excepción previa “*la falta de legitimación en la causa por activa*”; y también se opuso a las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo: (i) *Falta de legitimación en la causa por activa*, ii) *Falta de legitimación en la causa por pasiva*, iii) *Culpa del asegurado*, iv) *Cumplimiento legal y contractual de BBVA Colombia*, v) *Ausencia de los requisitos o presupuestos axiológicos de la responsabilidad civil contractual demandada*, vi) *Cobro de lo no debido*, vii) *Buena fe de BBVA Colombia y de sus funcionarios*, viii) *Caducidad o prescripción* y ix) *La genérica*.

El Juzgado de instancia dio trámite a la excepción previa propuesta por el demandado Banco BBVA Colombia S.A. y mediante providencia de 1º de agosto de 2013, declaró probada la falta de legitimación en la causa por activa, disponiendo en consecuencia, la terminación del proceso.

LA DECISIÓN DEL JUZGADO.

Luego de analizar definiciones doctrinales sobre la legitimación en la causa por activa y de citar jurisprudencia sobre la materia en casos donde se busca el pago de sumas aseguradas mediante contratos de seguro de vida grupo deudores, el *a-quo* consideró que solo tiene vocación para reclamar el valor asegurado en este tipo de contratos, la entidad financiera; y que de existir terceros que pese a no ser parte del contrato del seguro aludido, consideren lesionados sus intereses económicos, pueden hacer valer sus derechos mediante solicitud del pago indemnizatorio por la vía de la responsabilidad civil extracontractual, con reclamación frente a la entidad financiera.

En ese entendido, consideró que como Arnulfo Triviño Vargas, no hacía parte del seguro –no era tomador, beneficiario o asegurado- y por ello no tenía legitimación para demandar el pago de las obligaciones.

EL RECURSO INTERPUESTO.

Inconforme con lo resuelto, la parte demandante interpuso recurso de apelación, argumentando que lo pretendido con la demanda es que se condene a la aseguradora BBVA SEGUROS al pago de la indemnización por el siniestro –muerte de Norma Constanza Muñoz García- al beneficiario principal BANCO BBVA COLOMBIA, y que como consecuencia de ello, el Banco realice la devolución de los dineros cancelados por el señor Triviño, pues es quien posee la calidad de asegurado, deudor solidario, cónyuge e incluso con la calidad de beneficiario supletivo, pues al no reclamar el Banco el pago del siniestro, está rechazando la calidad de beneficiario.

Precisa, que no reclama la calidad de beneficiario principal del seguro, sino la de asegurado, deudor solidario y cónyuge respecto de la obligación 00130364359600030106; y que ello lo legitima para que se declare que la aseguradora está obligada a cumplir el contrato de seguro y pago del siniestro.

Afirma, que el *a-quo* no examinó los documentos anexados, con los cuales se demuestra que el demandante tiene legitimación para reclamar, ya que existe un certificado individual de seguro de vida grupo deudores, que le da la calidad de asegurado, un pagaré y un registro de matrimonio.

Señala que el Juez de conocimiento, se fundamentó en un concepto de la Superintendencia Financiera del 2011-013293 del 28 de abril de 2011, que no es acorde al caso, toda vez que no se está negando o desconociendo al Banco su calidad de beneficiario principal, ni se están reclamando remanentes ni indemnizaciones; ya que se trata de un contrato de seguro destinado al pago de la deuda que los asegurados habían contraído con el Banco beneficiario; requiriéndose que cuando la aseguradora cubra el siniestro, el Banco devuelva los dineros cancelados por el demandante, dada la solidaridad de la obligación.

Alega que se desconoció la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, citando para ello la sentencia de 16 de mayo de 2011, expediente 11001-3103-009-2000-09221-01 y la sentencia de 25 de mayo de 2005, expediente 7198.

Finalmente, argumenta que frente a la obligación 00030364349600080242, también cuenta con legitimación para reclamar, tal como lo dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 15 de diciembre de 2008, expediente 2001-011021-01.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Sea lo primero decir que de acuerdo con lo previsto en el numeral 5° del artículo 625 del Código General del Proceso, este recurso se resuelve con base en la normativa del Código de Procedimiento Civil, estatuto procesal vigente para la época en que fue interpuesto el recurso de apelación.

2. - Como el asunto se circunscribe a determinar si le asiste legitimación en la causa al demandante Arnulfo Triviño Vargas, pasará la Sala a examinar el asunto.

La denominada **legitimación para obrar** o '*legitimatío ad causam*', se refiere a que sólo puede demandar quien tenga facultad para perseguir el derecho judicialmente -por lo que recibe entonces el calificativo de legitimación activa- **frente a quien está llamado a responder y ostenta la calidad de legitimado pasivamente.**

Así lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia, al indicar “...la legitimación en la causa, bien por activa o por pasiva, no es una excepción sino que es uno de los requisitos necesarios e imprescindibles para que se pueda dictar providencia de mérito, ora favorable al actor o bien desechando sus pedimentos, porque entendida ésta “como la designación legal de los sujetos del proceso para disputar el derecho debatido ante la jurisdicción, constituye uno de los presupuestos requeridos para dictar sentencia de fondo, sea estimatoria o desestimatoria. Y en caso de no advertirla el juez en la parte activa, en la pasiva o en ambas, deviene ineluctablemente, sin necesidad de mediar ningún otro análisis, la expedición de un fallo absolutorio; de allí que se imponga examinar de entrada la legitimación que le asiste a la parte demandante para formular la pretensión” (sentencia de casación N° 051 de 23 de abril de 2003, expediente 76519).¹

De lo indicado, resulta claro que la legitimación en la causa para demandar, se rige por el principio general según el cual “sin interés no hay acción” de forma que la acreditación de dicho presupuesto corresponde ser examinado en cada caso concreto, y previamente a adentrarse en el fondo del asunto.

3. -Descendiendo al caso de autos, tenemos que el a-quo, consideró que el señor Arnulfo Triviño García no tiene legitimación para demandar en esta causa, porque no hace parte del contrato, ya que de acuerdo con lo previsto en la ley, son partes del contrato el tomador, el beneficiario y el asegurado; además, que de conformidad con la jurisprudencia, solo tiene vocación para reclamar el valor asegurado mediante póliza de seguro grupo vida, la entidad financiera y en caso de existir terceros que pese a no ser parte del contrato del seguro, consideren lesionados sus intereses económicos, pueden hacerlo por la vía de la responsabilidad civil extracontractual.

En desacuerdo con tal determinación, el demandante alega estar legitimado para demandar porque existe un certificado individual de seguro grupo de vida deudores, que le da la calidad de asegurado, y porque hay un pagaré y un registro civil de matrimonio, que lo acreditan como deudor solidario

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil abril 23 de 2007. MP. Ruth Marina Díaz Rueda.

y como cónyuge de la asegurada Norma Constanza Muñoz García, tal como lo ha indicado variada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

3.1. Para dilucidar el punto, debemos tener en cuenta que el contrato cuyo cumplimiento se reclama es el denominado “**contrato de seguro**”, el que podría decirse, *es aquel mediante el cual una compañía de seguros (asegurador), debidamente autorizada, expide una póliza a un tomador (persona natural o jurídica), para asegurar o cubrir riesgos determinados y que genera principalmente dos obligaciones para las partes: para la compañía de seguro (asegurador), pagar la indemnización por la ocurrencia del siniestro y, para el tomador, pagar el costo o valor del seguro, que se denomina prima*². A pesar de que este tipo contractual es propio del derecho comercial (art. 1036 siguientes C. Cio), se encuentra regido por principios básicos como los consagrados en los arts. 1602 y 1603 del C. C., a cuyo tenor, “*todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes*”, y, por lo tanto, “*obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella*”; siendo sus características, de acuerdo al art. 1036 del C. Cio., que es un contrato consensual, bilateral, aleatorio y de ejecución sucesiva, donde son partes, según la disposición siguiente (art. 1037 C. Cio), el asegurador, o sea la persona jurídica que asume los riesgos, debidamente autorizada, el tomador, es decir, la persona que obrando por cuenta propia o ajena traslada los riesgos.

Como modalidad de este contrato, encontramos el seguro de vida de deudores, a través del cual el acreedor -quien funge como tomador- puede adquirir una póliza ‘individual’ o ‘de grupo’, para que la aseguradora, a cambio de una prima, cubra el riesgo de muerte o incapacidad del deudor -que toma la calidad de asegurado-, y en caso de que se configure el siniestro, pague al acreedor hasta el valor del crédito.

Si la póliza es individual, naturalmente la relación estará gobernada por las condiciones particulares convenidas entre las partes, esto es, entre el acreedor y la aseguradora (art. 1037 C.Co.), al paso que si se trata de una póliza colectiva o de grupo, bastará que el acreedor informe a la aseguradora sobre la

² Definición tomada de la obra CONTRATOS MERCANTILES. PEÑA NOSSA, Lisandro. Editorial Temis. 3ª Edición. 2010. Pág. 234.

inclusión del deudor dentro de los asegurados autorizados, para que se expida a su favor el respectivo certificado de asegurabilidad.

Sobre el particular, la jurisprudencia ha señalado:

“(…) 6.4. El seguro de vida “grupo deudores” constituye entonces una modalidad de seguro colectivo, dirigida a sujetos que comparten la condición de deudores respecto de un mismo acreedor. Como la reglamentación actual no exige un número mínimo de miembros, basta con que exista una pluralidad de individuos asegurados.

6.5. En esa tipología de seguros no se cubre el incumplimiento de la prestación pactada, esto es, que no se trata de una forma de seguro de crédito en el cual el riesgo esté constituido por la imposibilidad de obtener el pago ante la muerte o incapacidad permanente del deudor.

6.6. Por el contrario, en el seguro de vida de deudores se cubre el riesgo consistente en la muerte del deudor, así como su eventual incapacidad total o permanente. Así, ha dicho la Corte que “el riesgo que asume el asegurador es la pérdida de la vida del deudor, evento que afecta tanto al asegurado mismo, como es obvio, como eventualmente a la entidad tomadora de la póliza, en el entendido de que su acreencia puede volverse de difícil cobro por la muerte de su deudor, pero el específico riesgo asumido por la compañía de seguros en la póliza objeto de litigio, no es la imposibilidad de pago del deudor por causa de su muerte, porque si así fuera podría inferirse que la póliza pactada con un riesgo de tal configuración tendría una connotación patrimonial y se asemejaría a una póliza de seguro de crédito. Lo que se aseguró es lisa y llanamente el suceso incierto de la muerte del deudor, independientemente de si el patrimonio que deja permite que la acreencia le sea pagada a la entidad bancaria prestamista” (Sent. Cas. Civ. de 29 de agosto de 2000, Exp. No. 6379)”³.

3.2. Bajo este entendido, observamos que el contrato de seguro de vida grupo deudores allegado por parte del demandante es la Póliza No. VGD 0110043, la cual está discriminada así:

³ Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia del 30 de junio de 2011, magistrado ponente Dr. Edgardo Villamil Portilla, expediente No. 76001-31-03-006-1999-00019-01)

>Póliza No. VGD – 0110043, No. de seguro 00130364314000269944, consecutivo de póliza colectiva 02-205-0000779685, suscrito entre el banco BBVA como tomador-beneficiario y BBVA Seguros como asegurador, cuyo asegurado es Norma Constanza Muñoz García, cuyo amparo básico es el riesgo de muerte por cualquier causa de los miembros del grupo asegurado; y cuya vigencia era desde el 25 de junio de 2008 hasta el fin del crédito No. 00130364349600080242 por valor de \$30.000.000 (fl. 174 y 175 C.P.).

>Póliza No. VGD – 0110043, No. de seguro 00130364314000240374, consecutivo de póliza colectiva 02-205-0000446550, suscrito entre el banco BBVA como tomador-beneficiario y BBVA Seguros como asegurador, cuyo asegurado es Norma Constanza Muñoz García, cuyo amparo básico es el riesgo de muerte por cualquier causa de los miembros del grupo asegurado; y cuya vigencia era desde el 07 de abril de 2006 hasta el fin del crédito No. 00130364359600030106 por valor de \$117.000.000 (fl. 266 y 267 C.P.).

>Póliza No. VGD – 0110043, No. de seguro 00130364314000240382, consecutivo de póliza colectiva 02-205-0000446551, suscrito entre el banco BBVA como tomador-beneficiario y BBVA Seguros de vida Colombia como asegurador, cuyo asegurado es Arnulfo Triviño Vargas, cuyo amparo básico es el riesgo de muerte por cualquier causa de los miembros del grupo asegurado así como incapacidad total y permanente; y cuya vigencia era desde el 07 de abril de 2006 hasta el fin del crédito No. 00130364359600030106 por valor de \$117.000.000 (fl. 268 y 269 C.P.).

De los documentos referidos, se desprende que el riesgo asegurado fue la ocurrencia de **muerte o incapacidad total y permanente de Norma Constanza Muñoz García**, para los créditos Nos. 00130364349600080242 y 00130364359600030106, y **de Arnulfo Triviño Vargas**, para el crédito No. 00130364349600080242; que las partes, eran el BBVA Seguros Colombia como asegurador, y BBVA Colombia S.A. como tomador y beneficiario de dicho contrato de seguro de vida-grupo, situación que excluye, en línea de principio, a los demás participantes del contrato para reclamar ante posibles incumplimientos del mismo, por ostentar calidad de asegurados, bien sea como deudores directos o solidarios de la obligación.

No obstante lo anterior, lo relativo a las personas legitimadas para exigir al asegurador el pago de la prestación indemnizatoria prevista bajo la póliza de seguro de grupo de deudores, ha sido objeto de distintos pronunciamientos por parte de la jurisprudencia, veamos:

Inicialmente, en la sentencia del 28 de julio de 2005⁴, dentro del expediente 1999-00449- 01, la Corte no casó una decisión en la que se accedió a las pretensiones de la demanda instaurada contra una compañía aseguradora que se negó a reconocer un seguro de vida tomado por una entidad crediticia para garantizar el pago de las acreencias de su deudor fallecido, argumentando que a pesar del principio de la relatividad de los contratos, respecto de dicho tipo de contrato, si se pueden predicar efectos indirectos que soporten o aprovechen a ciertos terceros, por lo que, en este caso, la viuda y los herederos al tener un interés en el contrato si están legitimados para exigir de la aseguradora el cumplimiento del mismo, más aún cuando la entidad crediticia no hizo el reclamo correspondiente en su calidad de beneficiaria.

Se anotó en esta ocasión: *“La realidad de los contratos no le impide a la viuda del deudor de un crédito hipotecario demandar a la aseguradora para que le pague al banco el seguro de vida que ampara la obligación”, “... en los alrededores del contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte final del mismo. Dicho de otro modo, no sólo el patrimonio de los contratantes padece por la ejecución o inejecución del negocio jurídico;... también otros patrimonios están llamados a soportar las consecuencias de semejante comportamiento contractual, (...). Viénesse, entonces que sería inexacto pensar que lo que suceda por fuera de las lindes contractuales no interesa al derecho. Ese no es el genuino alcance del principio *res inter alios acta*. En la periferia del contrato hay terceros, como se vio, que el incumplimiento del contrato les alcanza patrimonialmente, del mismo modo como en el hecho culposo de un tercero (...) podría estar la causa determinante del incumplimiento contractual, convirtiéndose en reo de responsabilidad extracontractual. Las dos cosas se regirán por esta especie de responsabilidad”* (subrayado fuera de texto).

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Civil. M.P. Manuel Isidro Ardila Velásquez,

Esta postura, fue reiterada posteriormente por la misma Corte en la sentencia de 15 de diciembre de 2008⁵, proferida dentro del radicado No. 2001-01021-01, donde indicó:

“De manera que cuando el sentenciador encontró que la “demandante”, en calidad de “asegurada”, le asistía legitimación para pedir como lo hizo, se entiende que lo era por tratarse de un tercero interesado, en calidad de cónyuge sobreviviente y representante de la otra sociedad demandante, pues como desde la misma demanda lo expresó, se repite, el deudor del banco, a su muerte, se encontraba amparado en la doble calidad de persona natural y representante de dicha sociedad.(...)”

Con todo, como el principio de la relatividad de los contratos no es absoluto, en consideración a que la ejecución o inejecución de un negocio jurídico puede beneficiar o afectar indirectamente otros patrimonios, se tiene aceptado que los terceros interesados se encuentran facultados para velar por la suerte del mismo. Es el caso, entre otros, del cónyuge sobreviviente o de los herederos del asegurado, inclusive del socio o vocero de una sociedad, cuya vida estaba amparada, quienes en defensa de la sociedad conyugal, de la herencia o del patrimonio social, pueden exigir a la aseguradora que pague lo que debe y a quien corresponde.(...)”

Lo dicho, desde luego, como se insinuó, se aplicaría en el sub-judice en el evento de que el deudor fallecido hubiere estado cobijado por el seguro de vida grupo deudores, pues si no lo estaba, los terceros interesados ninguna legitimación podían derivar de dicho contrato”. (Subrayado fuera de texto).

Y en reciente oportunidad, mediante providencia de 16 de mayo de 2011⁶, dentro del expediente 2000-09221-01, se puntualizó:

“Al respecto ha comentado la jurisprudencia de esta Corporación, que “(...) en los alrededores del contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte final del mismo. Dicho de otro modo, no sólo el patrimonio de los contratantes padece por la ejecución o inejecución del negocio jurídico; también otros patrimonios, de

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Civil. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda,

algunos terceros, están llamados a soportar las consecuencias de semejante comportamiento contractual, (...). Viénesse, entonces, que sería inexacto pensar que lo que suceda por fuera de las lindes contractuales no interesa al Derecho. Ese no es el genuino alcance del principio res inter alios acta. En la periferia del contrato hay terceros, como se vio, que el incumplimiento del contrato los alcanza patrimonialmente, del mismo modo como en el hecho culposo de un tercero (...) podría estar la causa determinante del incumplimiento contractual, convirtiéndose en reo de responsabilidad extracontractual. Las dos cosas se regirán por esta especie de responsabilidad” (sent. cas. civ. 28 de julio de 2005 exp. 1999-00449-01).

“...se advierte que tal como lo asevera el censor, no concurría en la sociedad accionante la condición de “beneficiaria” del seguro en cuestión, ni la de “subrogataria”; pero también es evidente que el Tribunal no le atribuyó ninguna de esas calidades a aquella para establecer su “legitimación en la causa”, pues para ello esencialmente tuvo en cuenta –como se ha repetido- que “al estar el crédito de la sociedad Arango cuyo reintegro se aspira (...), amparado por la póliza existente, el pago del saldo pendiente realizado por su parte patentiza un detrimento patrimonial indemnizable, lo que la habilita para su recobro, legitimación que no puede predicarse de los demás actores pues éstos no lo pagaron (...)” 8. Ante esa circunstancia cabe señalar que el ataque luce desenfocado, porque el recurrente tras entender que la única persona que puede exigir al asegurador el pago de la indemnización ante la ocurrencia del siniestro, es el “beneficiario”, y en su caso, el “subrogatario”, no toma en cuenta que ninguna de esas calidades le asigna el sentenciador a la actora, sino que alude a ella como una tercera frente al negocio asegurativo, que se vio compelida a cancelar el complemento del saldo de la deuda ante la satisfacción parcial que la demandada hizo frente a la reclamación del banco mutuante, con quien la une una relación contractual, reconocimiento que también coadyuvó ella.(...)”

Entonces, como en el sub-examine, se estableció que en el demandante Arnulfo Triviño Vargas, se reúnen varias calidades, como son la de asegurado, cónyuge sobreviviente de la asegurada Norma Constanza Muñoz García (q.e.p.d) y ser quien ha pagado las obligaciones a favor del Banco BBVA, resulta claro que se encuentra legitimado para demandar en esta causa.

En efecto, Arnulfo Triviño Vargas, aparece como asegurado dentro de la póliza No. VGD-0110043, No. de seguro 00130364314000240382, consecutivo de póliza colectiva 02-205-0000446551, suscrita entre el Banco BBVA como tomador-beneficiario y BBVA Seguros de Vida Colombia como asegurador (fl. 179), respecto del crédito No. 00130364359600030106, en el que actuó como deudor solidario, lo que implica que puede ser compelido al pago de la totalidad de la deuda por el acreedor.

Igualmente, quedó demostrado, con el registro civil de matrimonio que obra a folio 432, que el señor Triviño Vargas, era el esposo de la señora Norma Constanza Muñoz García, adquiriendo a su deceso, la calidad de cónyuge sobreviviente, y por ello interesado en la defensa de la sociedad conyugal.

Finalmente, también aparece acreditado en el plenario, que fue el demandante quien sufragó mensualmente los saldos de las deudas que estaban respaldadas por el seguro de vida de grupo deudores referido, pues de ello dan cuenta los recibos obrantes a folios 272 a 330, correspondientes a los pagos efectuados entre enero de 2010 y abril de 2012, respecto de los créditos Nos. 00130364359600030106 y 00130364349600080242.

Todo lo anterior, son razones más que suficientes para determinar, que el demandante está legitimado en la causa por activa para reclamar judicialmente, el cumplimiento del contrato de seguro que celebraran la Aseguradora BBVA Seguros S.A., y el Banco BBVA Colombia S.A., y tal virtud habrá de revocarse la decisión de primera instancia, para en su lugar declarar no probada la excepción previa de “falta de legitimación en la causa por activa”, con la consecuente condena en costas a cargo de la parte demandada en ambas instancias, de conformidad con lo previsto en el art. 392 numeral 4º del C.P.C.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Superior de Florencia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: **REVOCAR** la providencia de fecha 1º de agosto de 2013, proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de esta ciudad, en el sentido de **DECLARAR NO PROBADA** la excepción previa denominada “*falta de legitimación en la causa por activa*”, por las razones anotadas en esta providencia.

SEGUNDO: **CONDENAR** en costas de ambas instancias a la parte demandada. Liquidense al tenor de lo previsto en el art. 393 del C.P.C.

TERCERO: Devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

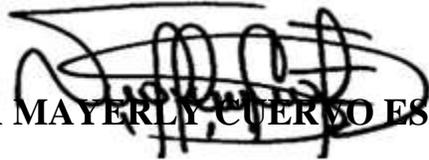
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Fallo discutido y aprobado mediante acta No. 49 de esta misma fecha.

Los Magistrados,



DIELA H.L.M ORTEGA CASTRO



NURIA MAYERLY CUERVO ESPINOSA



MARIO GARCÍA IBATÁ



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
FLORENCIA CAQUETA

Florencia, treinta (30) de julio del año dos mil veinte (2020)

MAGISTRADA PONENTE: DRA. DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO

REF: Radic. Inter. 1971.

= O =

Se procede a resolver el recurso de apelación promovido por el extremo demandado, demandante en reconvención, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Florencia el día 31 de julio de 2014.

I. ANTECEDENTES

Como hechos relata la parte demandante que ha tenido la posesión material del inmueble ubicado en la carrera 8 No.8 A-09, antes 8-73 del barrio la Estrella del Municipio de Florencia-Caquetá, identificado con el folio de matrícula No.420-4462, de la oficina de Registro e Instrumentos Públicos de la municipalidad en cita, desde el 23 de diciembre de 1981.

Que durante dicho lapso, a la fecha de presentación de la demanda su posesión ha sido, quieta pacífica, sin interrupción por más de 20 años y que ha ejecutado actos tales como construirlo parcialmente, realizar mejoras, pago de servicios públicos y de impuestos.

Aseguró que la calidad de poseedor que dice ostentar, ha sido reconocida por todos los vecinos y amigos.

Bajo este panorama, pretende el accionante que se declare por la vía de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio que ha adquirido el inmueble urbano, ubicado en el municipio de Florencia-Caquetá, situado en la Cra. 8 No 8 A-09, antes calle 8 No.8-73, barrio la estrella con una extensión aproximada de 140 Mts², identificado bajo el folio de matrícula inmobiliaria No.420-4462, y que en consecuencia se ordene inscribir la sentencia en la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de este municipio.

II. TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto de octubre 5 de 2012, se admitió la demanda verbal de declaración de pertenencia por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, propuesta por JOSÉ GABRIEL CASTAÑEDA MARIACA contra ABELINO CASTAÑEDA TAPIERO y demás personas indeterminadas, que se crean con derecho sobre el inmueble objeto de la litis.

Contestó la demanda la parte accionada, oponiéndose a las súplicas incoadas y proponiendo en tal virtud las excepciones que rotuló de “FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR, INEXISTENCIA DE PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO, INEXISTENCIA DEL DERECHO ALEGADO Y MALE FE Y TEMERIDAD Y LA GENÉRICA”.

Igualmente, el Curador Ad-Litem de las personas indeterminadas replica el escrito genitor, expresando que se atiene a lo que resulte probado.

Formuló el accionado demanda de reconvención, con el fin de que se ordene al demandado Castañeda Mariaca restituir el bien pretendido, junto con el valor de los frutos naturales o civiles. Asunto que fue admitido a través de proveído adiado el 20 de enero de 2014.

Seguidamente se decreta y practican las pruebas correspondientes.

III. SENTENCIA

En sentencia adiada el 31 de julio de 2014, el a-quo en esencia declaró no haber sido probadas las excepciones de fondo propuestas por el accionado, intituladas de FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR, INEXISTENCIA DE PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO, INEXISTENCIA DEL DERECHO ALEGADO, MALA FE, TEMERIDAD Y LA GENÉRICA, de la misma manera, denegó la solicitud de reivindicación del bien inmueble pretendido en usucapión, e indicó que pertenece a JOSÉ GABRIEL CASTAÑEDA MARIACA, por haberse configurado en su favor la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, sobre el bien inmueble urbano distinguido y ubicado en la Cra. 8 No. 8 A-09, barrio la estrella, identificado con la ficha predial No. 01-03-0029-0024-000, inscrito bajo el folio de matrícula inmobiliaria No. 420-4462 de la oficina de registro de este municipio, alinderado como allí se describe, por lo que dispuso lo pertinente.

Fundamentó el juzgador de instancia su decisión en que, la parte actora probó que ha venido ejerciendo una posesión pacífica, pública y tranquila sobre el bien pretendido, que le ha hecho mejoras, ampliaciones y adecuaciones, tal como lo constató en su visita y lo corroboró el perito en su informe, además que José Gabriel ocupa la vivienda desde el año de 1981, sin que otra persona lo haya habitado, tal como lo afirman al unísono los testimonios recaudados.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, el vocero judicial de la parte demandada Abelino Castañeda Tapiero- demandante en reconvención, interpone recurso de apelación el cual sustenta mencionando que si bien es cierto, se probó en el proceso mediante testimonios, la posesión material de su contraparte por más de 20 años, reitera lo relatado en sus alegatos y contestación de la demanda, respecto del tiempo de posesión, el cual es insuficiente para poder usucapir el bien, haciéndose énfasis en los medios exceptivos incoados, por cuanto las escrituras públicas enunciadas en las alegaciones, esto es la 2353 de 1981, 309 de marzo 4 de 1997, 1516 de diciembre 14 de 1999, y 2014 de agosto 29 de 2008, que se encuentran adosadas como medios probatorios, revelan claramente el escenario a través de la cual el actor

cambió su situación de poseedor a dueño, y la legislación colombiana establece o determina sus diferencias, en este caso José Gabriel Castañeda compró el bien inmueble objeto del litigio por lo que canceló su valor, efectuó la escritura pública y lo registró, en tanto que la propiedad paso a su nombre, es decir que su calidad mutó de poseedor a propietario, situación que no se discute, y aparece probada, siendo ello en el año 97, 99 y 2008 posteriormente figuraba su hermano como propietario, bajo estas circunstancias, no se comparte la posición de la jueza de instancia donde asevera que se reconoce al accionante como poseedor, siendo propietario, pues esos lapsos temporarios no deben tenerse en cuenta para sumar la posesión del bien pretendido en usucapión, y en ese sentido no se satisface el requisito veintenario para prescribir.

V.- CONSIDERACIONES

1.- Es la sala competente para definir lo relativo a la impugnación de la mencionada sentencia, conforme lo pregonan el Art. 350 y 351 del C.P.C.

2.- Se precisa que no se advierte ninguna causal de nulidad que impida, el adelantamiento del presente asunto.

3.- Teniendo presente el marco que delimita la impugnación por parte del recurrente, procede la sala a estudiar las súplicas incoadas, ceñidos al específico ámbito allí trazado, sin que sea dable abordar temáticas ajenas a la censura elevada, pues conforme al Art. 357 del estatuto procesal civil, el pronunciamiento de segunda instancia solo se limitará a lo que fue objeto de impugnación, sin poderse extender a lo que no fue tema del recurso.

4.- Bajo este hilo conductor, se deberá dilucidar si la interpretación que le dio el juzgador de instancia a la norma es errada, y si el predio pretendido era susceptible de ser adquirido por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.

4.1.- Señala el Art. 407 del Código de Procedimiento Civil, en su numeral 1º, que la declaración de pertenencia, puede ser reclamada por toda aquella persona que pretenda haber adquirido el bien por prescripción, pues conforme a lo previsto

por el Art. 2513 del Código Civil, el que quiera aprovecharse de ésta debe alegarla, en razón de que al Juez le es prohibido declararla de oficio.

A su turno, el artículo 2512 del Código Civil preceptúa:

“La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. Se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción.”

De la norma en cita, se hace una distinción entre la prescripción adquisitiva o usucapión de la extintiva, donde la primera es un modo de adquirir el dominio de las cosas ajenas que están en el comercio, por haber sido poseídas con las condiciones legales; y la segunda, es una forma de extinguir las acciones o derechos ajenos por no haberse ejercido durante cierto tiempo y siempre que ocurran los demás requisitos de la ley. Aquella, dada su naturaleza, ha de hacerse valer como pretensión a efecto de obtener la declaración judicial de que el bien pertenece al demandante por haberlo adquirido por el modo de la usucapión; la otra, en cambio constituye una excepción encaminada a paralizar la acción del demandante, y debe alegarse expresamente por el demandado.

La prescripción con que se adquiere el dominio de las cosas se divide en: ordinaria y extraordinaria.

Entonces, se tiene que para ganar la prescripción ordinaria se necesita posesión regular no interrumpida, durante el tiempo que reclama la ley.

De otro lado, la prescripción extraordinaria, conforme a los postulados del Artículo 2531 del Estatuto Civil reclama las siguientes reglas:

1.- Para la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno;

2.- Se presume en ella de derecho la buena fe sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio.

3.- Pero la existencia de un título de mera tenencia, hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias:

1 Que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos 10 años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción;

2. Que el que alegue la prescripción puede haber poseído sin violencia, clandestinidad, ni interrupción por el mismo espacio de tiempo.”

De acuerdo a las enseñanzas de la Corte Suprema de Justicia, expuestas en sentencia del 14 de junio de 1988, G. J. pág. 278. Reiteradas en múltiples providencias y recogidas por la doctrina nacional, los presupuestos de la prescripción adquisitiva, son los siguientes:

“1) Posesión material en el usucapiente; 2) Que esa posesión haya durado el término previsto en la ley; 3) Que se haya cumplido de manera pública e ininterrumpida; 4) Que la cosa o derecho sobre el que se ejerce la acción, sea susceptible de ser adquirido por usucapión.”

De tal suerte, que a falta de cualquiera de estos elementos, se destruye por completo las pretensiones del prescribiente.

La posesión, a voces del art. 762 del C.C., *“es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en su lugar o a nombre de él. El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo.”*

La institución jurídica en cita se integra con dos elementos: Uno objetivo, denominado “corpus” y otro de naturaleza subjetiva, conocido como el “animus”.

El primero consiste en la aprehensión física del bien y el segundo se traduce en el propósito firme y positivo de obrar como señor y dueño del bien.

Por su parte, el artículo 2532 del Código Civil establecía que “[e]l lapso de tiempo necesario para adquirir por esta especie de prescripción, es de treinta años contra toda persona, y no se suspende a favor de las enumeradas en el artículo 2530”, término que redujo a veinte (20) años el artículo 1º de la Ley 50 de 1936 y a diez (10) años, los artículos 5º y 6º de la Ley 791 de 2002.

4.2.- El artículo 780 del Código Civil en su inciso tercero, preceptúa:

“Si alguien prueba haber poseído anteriormente, y posee actualmente, se presume la posesión en el tiempo intermedio.”

5. Descendiendo a los elementos demostrativos acopiados al informativo, se extrae que en diligencia de inspección judicial, surtida el 9 de julio de 2014, el despacho en compañía del señor perito, constató que se trata de un inmueble residencial, de aproximadamente 160 metros cuadrados, destinado al uso y habitación del señor José Gabriel Castañeda Marica, su esposa Graciela y su hijo, la cual consta de cinco habitaciones, tres baños, sala-comedor, cocina, patio interior y de ropas y un garaje.

Igualmente, en el informe vertido por el auxiliar de la justicia, visible a folio 388 y siguientes del cuaderno principal, se hace una descripción completa del inmueble en cuestión, determinando que: “Esta vivienda fue construida aproximadamente en el año de 1978, por el entonces Instituto de Crédito Territorial INSCREDIAL y constaba en su diseño inicial con un antejardín, salón-comedor y cocina, dos alcobas y una unidad sanitaria en la parte posterior, con un área libre para el patio. Este inmueble tuvo una intervención inicial, hecha por su propietario el señor JOSE GABRIEL CASTAÑEDA, en el año de 1985: se dividió el salón y se crearon el espacio de la sala, el comedor, la cocina y el patio interior y se hicieron unas mejoras en los acabados, como pintura de muros, puertas y fachadas. Para el año de 1990, el inmueble se amplió en construcción. Fue en ese año que, se construyeron las otras tres habitaciones, la placa sobre el garaje, los dos baños y se construyó la reja del antejardín y la del patio posterior, lo mismo que el cieloraso en machimbre de toda la

casa, también el cambio de pisos de cemento esmaltado, a baldosín en cemento, los cuales existen aún.” Versión que fue corroborada en audiencia practicada el 31 de julio de 2014.

Por su parte, los deponentes Lucila Leal Carvajal, y Eduardo Flórez, aseguran que el actor ha sido su vecino desde el año 80, porque siempre ha vivido en la casa objeto del litigio, e incluso le ha hecho reformas a la misma. A su vez María Inés Rojas Fajardo, Carlos Evelio Bonilla, Mérida Cuéllar Castaño, son contestes en afirmar que el demandante hace 30 años vive ahí en la estrella y ha sido vecino, además que al inmueble se le han hecho reformas, de otro lado Carlos Gilberto Martínez García relata que José Gabriel llegó a vivir en la Cra 8 con octava hace 25 años y nadie más le ha reclamado la propiedad del inmueble, concluyen todos los testimoniantes en que el único dueño ha sido el accionante.

5.1 Emerge de los medios probatorios reseñados, tales como inspección judicial, informe pericial junto con su aclaración, registro fotográfico, testimonios y documentales, que sin duda el señor demandante a la fecha de presentación del libelo impulsor y desde el año de 1982, ha venido ejerciendo directa y personalmente posesión en forma pacífica, pública y continua sobre el inmueble situado en la Cra. 8 No. 8 A.09 barrio la estrella del municipio de Florencia, identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 420-4462 de la oficina de Registro e Instrumentos Públicos de esta municipalidad.

En criterio de la sala, no existe la más mínima duda en torno a los actos de posesión desplegados por el demandante sobre el predio objeto de pertenencia.

Los testigos en cita, rindieron sus propias declaraciones cuyos contenidos son dignos de credibilidad, pues por razón a la vecindad con el accionante, tienen percepción directa sobre los hechos materia de juicio; tales deponentes son diáfanos, reiterativos y enfáticos en señalar al señor JOSÉ GABRIEL CASTAÑEDA MARIACA, como la única persona a quien han observado desde hace 30 años, ejerciendo actos de señorío propios a los titulares de derechos reales de dominio, tales como mejoras a la vivienda, mismas que han sido corroboradas por el auxiliar de la justicia en su informe pericial, donde afirma que estas existen hace aproximadamente 25 años.

La posesión ejercida en forma pública, tranquila, ininterrumpida y exclusiva por parte del actor sobre el predio materia de usucapión, se ha extendido por un lapso de tiempo que, según lo depuesto bajo juramento por los testimoniantes, supera ampliamente los veinte (20) años.

Ahora bien, confrontado el documento escriturario número 309 de marzo 4 de 1997 folio 134 y ss, lo primero que se avizora es el derecho de dominio que tuvo el actor y la posesión alegada, provienen de la misma fuente, y para la calenda en cita José Gabriel obtuvo el dominio del inmueble hasta el 14 de diciembre de 1999, no obstante venía habitándolo desde el año de 1982 por espacio de 30 años, es claro que dado el carácter económico y la función social de la propiedad, quien adquiere un inmueble, no lo hace para tener simplemente un título o derecho abstracto sobre el mismo, sino para satisfacer necesidades, o utilizarlo, disponer de él, extraer del mismo lo que requiera, en fin actividades que perduraron en cabeza del demandante durante todo el lapso temporario en mención, de manera ininterrumpida, pública, pacífica, tal como lo dejaron sentado los testimonios recopilados al interior del litigio, es decir, que la intención del accionante siempre fue la de obtener la cosa para sí, exenta de medios fraudulentos.

Bajo estos parámetros, como dentro del acontecer procesal se logró demostrar fehacientemente el inicio posesorio y la posesión al momento de presentación del libelo genitor, claro está que debe presumirse también la del periodo intermedio, tal como lo puntualiza el artículo 780 inciso 3° del Estatuto Civil, por su parte el opositor debió probar de manera certera la interrupción de la posesión, aspecto que brilló por su ausencia.

6. Sobre esta temática, la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en sentencia del 29 de abril de 2014, que cursa bajo el radicado 2008-00771-01, con número de sentencia civil SC5123-2014, siendo magistrado ponente, JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ, indicó:

“Ahora bien, al paso que las presunciones que consagran los incisos primero y segundo del artículo 780 del Código Civil recogen una regla de

experiencia¹ ya reconocida por el derecho romano, la norma contenida en el tercer inciso de este precepto que analiza la Corte, cumple una función paliativa, pues morigera la prueba del carácter ininterrumpido que debe ostentar la posesión a efectos de servir ella para ganar el bien por prescripción, en vista de ser tarea de casi imposible cumplimiento acreditar que se ha poseído día a día, en forma continua, hasta cubrir el tiempo legalmente requerido. La atenuación de la exigencia probatoria que ofrece el inciso tercero allana el camino a esta dificultad, e invierte la carga de la prueba al corresponder al opositor demostrar la interrupción de la posesión alegada por el actor; pero debe señalarse que esa presunción del inciso tercero del artículo 780 del Código Civil sólo tiene lugar cuando el interesado ha comprobado, de manera directa y no presunta, que ha poseído anteriormente y en el momento actual, para que pueda suponerse así la posesión en el período intermedio, con la facilidad que el inciso primero brinda al actor poseedor a nombre propio, al hacer presumir -para la fecha de presentación de la demanda- la misma calidad posesoria que tenía al tiempo de la adquisición de la posesión.”

“Se trata, por consiguiente, del reconocimiento de la dificultad extrema que tendría el poseedor para acreditar la continuidad de su ejercicio posesorio, dificultad que ciertamente está ausente en tratándose de la demostración de la posesión actual, porque no concierne este último propósito a la reconstrucción de circunstancias históricas sino a la constatación de un hecho presente, lo que evidentemente, es mucho más fácil de demostrar.”

7. Así las cosas, como se estructuran los requisitos que reclama la institución jurídica de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio frente al bien pretendido, tal como lo apuntaló la juzgadora de instancia, deberá prohijarse la sentencia calendada el 31 de julio de 2014.

8.- Finalmente, resulta oportuno consignar que frente a la decisión de reconvenición no se hizo reparo alguno de la sentencia, por ende la sala no examinará el fallo en tal sentido.

VI.- DECISIÓN

¹ Comenta un autor romanista que “al exigir la posesión civil de buena fe un *factum causal* para poder *usucapir*, aquel que sabe que no posee de buena fe no puede cambiar la causa de su posesión por sí y ante sí para comenzar a poseer *lucrativamente*”: Betancourt, Fernando, Derecho Romano clásico, 3ª ed. Sevilla, 2007, p. 333.

A mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Florencia en Sala quinta de Decisión administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1.- CONFIRMAR la sentencia de fecha y procedencia antes anotadas, en este proceso verbal de declaración de pertenencia de JOSÉ GABRIEL CASTAÑEDA MARIACA contra ABELINO CASTAÑEDA TAPIERO y personas indeterminadas.

2.- COSTAS de esta instancia a cargo de la parte demandada. Líquidese al tenor del art. 393 del Código de Procedimiento Civil.

3.- Una vez en firme el presente proveído, devuélvase por Secretaría las diligencias al juzgado de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Fallo discutido y aprobado en sesión de sala conforme al acta No. 49 de esta calenda.

Los Magistrados,



DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO



NURIA MAYERLY CUERVO ESPINOSA



MARIO GARCIA IBATÁ



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA QUINTA DE DECISION
FLORENCIA CAQUETÁ

Florencia, treinta (30) de julio del año dos mil veinte (2020).

MAGISTRADA PONENTE: DRA. DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación propuesto por la parte demandada principal y demandante en reconvención, contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil de esta ciudad, el 16 de diciembre de 2010, y la sentencia complementaria del 11 de febrero de 2013 en el asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

1. La señora Marisabel Martínez, por intermedio de apoderado judicial, presentó demanda de **PERTENENCIA POR PRESCRIPCION ADQUISITIVA DE DOMINIO** contra el señor Luis Fernando Enriquez, con el fin de que se declare que adquirió por prescripción el inmueble ubicado en la carrera 10 No. 9-79/65 Barrio la Cooperativa, identificado con la matrícula inmobiliaria No. 420-0012587 de Florencia, el que cuenta con los siguientes linderos: ORIENTE: con predios de Ancizar Chica, en extensión de 6.8 metros. NORTE: con calle pública, extensión de metros. OCCIDENTE: Con predios de propiedad de la cooperativa de habitaciones del Caquetá, en extensión de 6.8 metros y por el SUR: con lote de propiedad de Marco A. Granada y Luis A. Plata, en extensión de 26.60 metros; como consecuencia de los anterior, solicita se ordene la inscripción correspondiente.

2. Como fundamento de dichas peticiones, indicó que ha tenido la posesión real y material del bien inmueble en cuestión, desde el 22 de septiembre de 2004.

Aduce que adquirió el derecho de posesión por compra efectuada a los señores Miller y Jesús Antonio Polo, herederos del señor Álvaro Polo Castillo, quien por más de 20 años había ejercido actos de señor y dueño respecto del mencionado inmueble.

Que el demandado Luis Fernando Enriquez aparece como propietario del bien en mención, por compra efectuada a Armando Vargas, mediante escritura pública No. 1426 de 26 de diciembre de 2001, sin embargo, nunca hubo entrega material del inmueble.

Que las personas que los vecinos identifican como dueños del inmueble son Álvaro Polo y Marisabel Martínez, pues se han encargado de usufructuar y mejorar el bien.

Que mediante escritura pública No. 1506 de 3 de julio de 2004, se efectuó la sucesión de Álvaro Polo Castillo (q.e.p.d), adjudicándose la posesión del mentado inmueble a sus herederos Miller y Jesús Antonio Polo. Estos a su vez, por medio de la escritura pública No. 2295 de 22 de septiembre de 2004, vendieron la posesión del bien a la demandante.

Sostiene que la agregación de posesiones que pretende hacer valer, conforme a los términos del artículo 778 y 2521 de C.C, es procedente en el presente caso, ya que además de ser sucesivas e ininterrumpidas, comportan la existencia de un vínculo jurídico con referencia a los anteriores poseedores y la demandante.

Reseña que ante la pretensión de acceder al bien, por parte de Luis Fernando Enríquez, frente a Irma Morales de Serrano, ésta le explicó bajo la gravedad de juramento, que ocupaba el bien, a título de arrendataria de Polo Castillo, a quien conocía como dueño de esta casa, desde hacía 20 años y dijo además, no conocer a Luis Femando Enríquez.

TRÁMITE PROCESAL

1. Mediante providencia de 7 de diciembre de 2007, se admitió la demanda, ordenándose la notificación de la parte demandada y se ordenó el emplazamiento

de las personas indeterminadas, así como la inscripción de la demanda.

2. Dentro del término legal, la parte actora **sustituyo 0020la demanda**, dirigiéndola contra **Jaime Omar Bastidas Trejo**, por ser la persona que aparecía como reciente titular del derecho de dominio del inmueble en cuestión.

3. Notificado en debida forma el demandado, presentó como excepciones de mérito: *“falta de causa”* y *“presunta prescripción adquisitiva de dominio”*.

4. Igualmente, presentó **DEMANDA DE RECONVENCION, con el fin de obtener la REIVINDICACION del inmueble** de la carrera 10 No. 9-79/65 de esta ciudad, declarando que le pertenece el dominio pleno y absoluto del mencionado bien, y que como consecuencia de ello, se ordene a la demandada la restitución a favor del demandante, y el pago de los frutos naturales o civiles percibidos, no siendo obligado el demandante a indemnizar a la demandada por ser poseedora de mala fe.

Para sustentar su demanda, el señor Bastidas Trejos, indicó que adquirió el inmueble en cuestión mediante contrato de compraventa al señor Luis Fernando Enriquez, protocolizado mediante la escritura pública No. 7750 de 30 de diciembre de 2005. Además, que si se revisa la cadena de títulos, no hay duda del triunfo de la acción reivindicatoria.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de 16 de diciembre de 2010, el Juzgado de conocimiento tuvo por no probada la excepción de *“falta de causa”*, y declaró probado que pertenece a Marisabel Martínez, por haberlo adquirido por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, el inmueble ubicado en la carrera 10 No. 9-79/65 identificado con matrícula inmobiliaria No. 420-0012587 de Florencia, y se ordenó la inscripción en el folio de matrícula inmobiliaria correspondiente.

Para el efecto, consideró que la posesión ejercida por el señor Álvaro Polo Castillo, y luego por Marisabel Martínez, se dio de manera pública, tranquila y

pacífica, siendo reconocidos como dueños por los vecinos, con lo cual, no cabe duda que el demandado ha sido negligente en el ejercicio de la posesión sobre dicho bien.

Posteriormente, y ante el recurso de apelación impetrado por la parte demandada contra la decisión así proferida, el Superior ordenó inadmitir el recurso, para que el a-quo profiriera sentencia complementaria en la que se pronunciara sobre la demanda de reconvención impetrada en el asunto.

Fue así, que el 11 de febrero de 2013, el Juzgado de conocimiento profirió sentencia complementaria, en la que se negaron las pretensiones de la demanda reivindicatoria, luego de considerar que si bien en el caso se configuran los elementos de la propiedad del bien en cabeza del demandante en reconvención, la posesión material en cabeza del demandado en reconvención, la identidad de la cosa y la singularidad de la misma, no puede desconocerse que la posesión de la demandada es anterior al título del demandante.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme lo decidido por el a-quo, el apoderado de la parte demandada principal y demandante en reconvención, interpuso recurso de apelación, precisando como motivos de inconformidad: i) que no realizó una adecuada valoración de todos los elementos probatorios allegados al expediente, como son las presuntas facturas de las mejoras, las escrituras públicas y las declaraciones de los testigos, i) que no se tuvieron en cuenta las contradicciones evidenciadas en los relatos o versiones de Miller y Jesús Polo, y iii) que no se demostró la configuración de los elementos de la prescripción adquisitiva de dominio.

CONSIDERACIONES

1º. Los presupuestos procesales que doctrina y jurisprudencia reclaman para el normal desarrollo del proceso y proveer de mérito en el presente asunto se encuentran satisfechos a cabalidad, sin que se advierta causal de nulidad alguna que invalide la actuación surtida.

2°. Es importante señalar que de acuerdo con lo previsto en el numeral 5° del artículo 625 del Código General del Proceso, este recurso se resuelve con base en la normativa del Código de Procedimiento Civil, estatuto procesal vigente para la época en que fue interpuesto el recurso de apelación.

3°. Se contrae el presente asunto a determinar si ha operado en favor de la señora Marisabel Martínez la prescripción adquisitiva del dominio del inmueble descrito en la demanda, o si por el contrario, prospera la pretensión reivindicatorio del propietario del mencionado predio, para lo cual, debe tenerse en cuenta que conforme lo previsto en el art. 2512 del C.C., la prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas por haberse poseído las mismas durante cierto lapso de tiempo; de ello, surgen como presupuestos axiológicos de este tipo de acciones, los siguientes:

> ***La existencia de un bien susceptible de adquirirse por prescripción***, es decir, que no se trate de aquellos bienes cuya adquisición por prescripción se encuentra limitada (arts. 63 C.N., 2519 C.C. y 407 del C. de P. C.).

En el presente asunto, se halla satisfecho este requisito, en virtud de que se pretende obtener por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio el inmueble ubicado en la carrera 10 No. 9-79/65 identificado con matrícula inmobiliaria No. 420-0012587 de Florencia, el cual es susceptible de ser adquirido por esta vía, en virtud de que su propiedad radica en cabeza de particulares y no se encuentra fuera del comercio.

> ***La demostración de los elementos objetivos y subjetivos de la posesión***, es decir, del corpus, entendido como el hecho externo o la detentación material y visible de la cosa sobre la cual se ejecutan los actos de señor y dueño, y el animus, referente a la convicción interior de creerse dueño único y verdadero de la cosa, trascendiendo la simple creencia o la expectativa de llegar a serlo en un futuro, y ***que esa posesión haya sido ejercida durante el tiempo previsto por la ley sustancial***: Sobre el punto, debe tenerse en cuenta que el art. 1° de la Ley 50 de 1936, establecía que el termino para la prescripción extraordinaria era 20 años, empero, el mismo fue modificado por el art. 1° de la ley 791 de 2002, reduciéndose dicho plazo a 10 años, contados a partir del 27 de diciembre de 2002.

Al respecto, tenemos que la señora Marisabel Martínez reclama la pertenencia del inmueble antes mencionado, sin especificar el tipo de prescripción que alega, sin embargo, precisa que ha ejercido la posesión pacífica, quieta e ininterrumpida del mismo, desde hace más de 20 años, razón por la cual, habrá de entenderse que se alega la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, bajo el régimen de la ley 50 de 1936.

De entrada se advierte que el recurso no está llamado a prosperar, por cuanto quedaron plenamente demostrados los elementos configurativos de la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, tal como se explica a continuación:

3.1. En primera medida debe decirse que correspondía a la parte actora, con fundamento en lo previsto en el art. 177 del C.P.C. (norma vigente para la época en que fue presentada la demanda), **probar la posesión material del bien materia de litigio, por lo menos desde el 8 de noviembre de 1985**, ya que la demanda fue impetrada el 8 de noviembre de 2005 (fl.431).

3.2. Según lo indicado en la demanda, la señora Marisabel Martínez, ha ejercido la posesión real y material del inmueble en cuestión por el tiempo legal, toda vez que mediante la escritura pública No. 2295 de 22 de septiembre de 2004, **la compró** a los señores Miller Polo Castillo y Jesús Antonio Polo Castillo, quienes habían adquirido por herencia de Álvaro Polo Castillo (q.e.p.d), **y éste a su vez, la había ejercido personalmente por más de 20 años**, en lo que se conoce como suma de posesiones.

3.3. Del estudio íntegro de las pruebas adosadas al expediente, se establece que el señor Álvaro Polo Castillo, fue reconocido socialmente hasta el momento de su muerte – ocurrida el 12 de julio de 2003-, como “*dueño*” del inmueble en cuestión, toda vez que desde aproximadamente **el año 1980**, llegó a vivir al mismo, acompañado de su familia, asumiendo frente a vecinos y amigos actitud de propietario, pues no reconocía a nadie más como tal, y disponía autónomamente del inmueble, pues inicialmente cuando lo habitaba, realizaba los arreglos propios y necesarios, y luego, lo arrendaba y autorizaba las mejoras pertinentes.

En efecto, los testigos Juan Carlos Silva Fierro, Floripe Fierro de Silva, Rosario Núñez, Irma Morales de Serrano, y Carlos Enrique Serrano, quienes

pusieron de presente su calidad de vecinos de la cuadra donde se ubica el inmueble en litigio, fueron coincidentes en indicar que conocieron a Álvaro Polo Castillo como habitante de la mencionada casa, donde llegó aproximadamente en el año 1980, a vivir con su señora y dos niños, Alfredo y Marisabel – a quien le decían Maritza-; que luego, la señora se fue y los niños se quedaron viviendo allí con él; que cuando llegó a la casa, estaba deteriorada y tuvo que hacerle arreglos; que se relacionaba bien con los vecinos; que participaba de las fiestas de navidad, arreglando su casa para la ocasión; que no conocieron de persona alguna que reclamara como suyo el predio.; y que desde el año 1997 tuvo arrendado el bien, primero a la señora Floripe Fierro, hasta mediados de 2001, y luego, desde el año 2002, a la señora Irma Morales de Serrano. Veamos:

Juan Carlos Silva, manifestó no conocer al demandado, pero si haber vivido en el inmueble objeto de litigio entre mediados del año 1997 hasta mediados del año 2001, por arrendamiento efectuado por Álvaro Polo a su mamá Floripe Fierro; que desde la infancia frecuentaba el barrio pues ahí vivían sus amigos, por eso tenía a Álvaro Polo como dueño; que al terminar el contrato de arrendamiento personalmente le entregó la casa al señor Polo; que en la época que vivió en el predio se hizo un arreglo grande del techo y de un baño, además se saldaron deudas de impuestos con la Alcaldía, que luego fueron descontadas del arriendo; y que fue amigo de Alfredo, el hijo de crianza de Álvaro Polo, y él le comentó que su hermana Marisabel se había quedado con el bien.

Floripe Fierro, indicó que no conoce al demandado; que tuvo en arrendamiento el predio en cuestión, entre el año 1997 y el año 2001, que fue Álvaro Polo quien se lo arrendó y con quien se entendía para todo; que ella se fue a vivir a Bogotá en el año 2000, pero su hijo Juan Carlos Silva se quedó viviendo allí hasta la finalización del contrato; que tenía a Álvaro Polo como propietario de la casa desde hace más de 20 años, porque incluso él era amigo de su papá y se le conocía viviendo allí; que generalmente el arriendo que se pagaba era para hacer mejoras y arreglos de la casa, ya que era antigua, lo mismo los impuestos; que conoció a Marisabel, como hija de Álvaro Polo; y que por medio de su hijo supo que Marisabel se había quedado con la casa.

Rosario Núñez Cabrera, manifestó ser residente del barrio la Cooperativa, hoy el Prado, desde el año 1979, y conocer a Álvaro Polo desde más o menos 1980

cuando llegó a vivir allí; que no conoce al demandado; que la casa objeto del proceso estaba acabada, deteriorada y Álvaro Polo la arregló y le hizo cambios de pintura y techos; que tuvo arrendada la casa a la señora Floripe Fierro y actualmente a los “Serrano”; y que a Marisabel Martínez, la vio crecer en esa casa.

Irma Morales de Serrano adujo que conoció a Álvaro Polo como ocupante del inmueble en cuestión, pues fue vecina del barrio; que actualmente la tiene en arriendo, aunque inicialmente lo tomó en arriendo su esposo; que Álvaro Polo ejerció actos de dueño como pintar, cambiar hojas de zinc del techo, etc; y que su actual arrendadora es Marisabel Martinez.

Carlos Enrique Serrano aseveró que vivió en arriendo en la casa de enfrente del inmueble en litigio, que eso fue como desde 1989 hasta 1997, unos 6 o 7 años; que en esa época conoció como dueño a Álvaro Polo, pues vivía allí y compartían tomándose unas cervezas de vez en cuando; que luego su mamá, Irma Morales, tomó en arriendo el bien, le hicieron arreglos y mejoras; y que siempre entendió que Marisabel y Alfredo eran hijos de Álvaro,

En la misma línea, los testigos Fabio Camacho, Yasmira Serrano, Yaneth Rosas, y María Alfa Penna, poniendo de presente su calidad de amigos y conocidos de Álvaro Polo Castillo, afirmaron –para el año 2009 cuando rindieron declaración– que lo conocían de mucho tiempo atrás, siempre viviendo en la casa de la Cooperativa, junto con sus hijos Alfredo y Marisabel; que se dedicaba a administrar fincas; que después tuvo en arriendo el bien, y que le autorizaba a los arrendatarios realizar arreglos; y que Marisabel Martínez y Alfredo eran conocidos como hijos de Álvaro.

Igualmente, la señora Yasmira Serrano, puso de manifiesto que no conoce al demandado, pero como ella ha sido la persona encargada por la familia Serrano para organizar la oficina familiar que funciona en el inmueble en cuestión, el cual fue tomado en arriendo por su mamá a Álvaro Polo, y luego a Marisabel Martínez, presenció la visita de un señor vestido de negro y en estado de alicoramamiento, que reclamaba como suya la casa.

A su vez, la testigo Alfa Pena, indicó que su hijo fue muy amigo de Alfredo, el hijo de crianza de Álvaro Polo, por eso tuvo relación con él, que como Álvaro

viajaba frecuentemente a las fincas que administraba, pues ella le colaboraba reclamando los notas de su hijo; y que por la relación de amistad con Alfredo, tiene conocimiento de Marisabel se quedó con la casa a la muerte de su papá.

Por su parte, los señores Jesús Antonio Polo y Miller Polo, hermanos de Álvaro Polo, refirieron que la casa de la Cooperativa fue siempre la casa de su hermano; que allí vivía con sus hijos de crianza Alfredo y Marisabel; que a la muerte de Álvaro le dieron poder a Marisabel para que ella “*frenteara*” la sucesión y las cuestiones legales; que Álvaro murió en Garzón donde vivía desde hacía 4 años, mientras que tenía arrendado el bien; que fue la voluntad de su hermano dejar la casa de Florencia a sus hijos de crianza Alfredo y Marisabel, que de eso obra un papel hecho a mano.

En relación con lo dicho por estos últimos, el recurrente cita algunos apartes de sus declaraciones, para afirmar que no son consistentes en lo que se refiere a la indicación de las presuntas mejoras efectuadas al bien ni respecto del tiempo que supuestamente ejerció la posesión Álvaro Polo, sin embargo, lo que observa la Sala es que las imprecisiones anotadas por el inconforme, no restan credibilidad al dicho de los mentados testigos, en la medida que examinados los mismos en el contexto de las demás pruebas, se muestran coincidentes en cuanto al hecho fundamental de la “disposición”, administración y cuidado que por largo tiempo efectuó Álvaro Polo del bien, como si se tratara de su propietario.

A más de todo lo anterior, encontramos que obra en autos profusa documentación que da cuenta del pago de servicios públicos y la adquisición de materiales de construcción y elementos de ornamentación, durante los años 2001 a 2003, por cuenta del señor Álvaro Polo, lo que unido a las declaraciones referidas demuestra que su actuar frente al bien era con ánimo de señor y dueño.

En cuanto a dicha prueba documental, afirma el inconforme que fue aportada por el perito cuando esa no era la oportunidad procesal, cuestión que no es cierta, ya que las copias que acompañan el dictamen pericial relativo al área construida, dependencias y construcciones del inmueble, son las mismas que fueron aportadas con la demanda, tal como se ve a folios 312 a 362 del cuaderno 1, por lo cual tuvieron oportunidad de ser controvertidas por la parte demandada.

Igualmente, vale decir, que no es de recibo el argumento del apelante, atinente a que las facturas no reúnen los requisitos del art. 774 del C. Cio, que no aparecen firmadas por Álvaro Polo, ni se sabe si fueron empleados los materiales allí referidos en el predio en cuestión, pues como se ha dicho, el valor de dichas pruebas está dado por su estudio conjunto con la prueba testimonial ampliamente resumida, de la cual se deduce, por su coincidencia, concurrencia y coherencia, que Álvaro Polo Castillo, tuvo la posesión material del bien desde que llegó a vivir al mismo en 1980, hasta el momento de su muerte, 12 de julio de 2003, cuando ya llevaba aproximadamente 6 años – desde 1997-sin habitarlo personalmente, pero lo tenía arrendado y tenía el mando sobre el mismo, sumándose a ello, su actitud de señor y dueño.

Entonces, como se ha dejado visto, no hay duda respecto de la posesión real y material ejercida por el señor Álvaro Polo Castillo (q.e.p.d), desde 1980 hasta el momento de su muerte, ocurrida el 12 de julio de 2003, lo que corresponde a aproximadamente a 23 años.

3.4. Ahora bien, como la demandante refiere que ha ejercido la posesión real y material de la casa del barrio el Prado, desde el 22 de septiembre de 2004, cuando adquirió dicho derecho, por compra efectuada a los señores Jesús Antonio y Miller Polo Castillo, hasta la fecha de presentación de la demanda – 8 de noviembre de 2005, es decir, aproximadamente por un 1 año y 1 mes, corresponde determinar si ello se encuentra demostrado en autos.

Al respecto, tenemos que los mismos testimonios referidos precisan que la señora Marisabel Martínez, es la arrendadora del inmueble, y la persona que al momento de presentarse la demanda actuaba con respecto al mismo con ánimo de señora dueña.

Es así, que la señora Irma Morales de Serrano, manifestó que su arrendadora para el año 2009 era la señora Marisabel, con quien había suscrito directamente contrato de arrendamiento, y que era ella la persona que autorizaba los arreglos y mejoras que debían hacerse a la casa.

Esto se corrobora con el documento obrante a folio 418 y 419 del cuaderno 1, en el cual la demandante informa a la señora Irma Morales, el 1º de junio de 2004 (fl. 418C.1), su calidad de cesionaria de los derechos de arrendamiento que tenía

Álvaro Polo, por compra que ella efectuara a los señores Miller y Jesús Antonio Polo; obrando también en autos, la constancia de 19 de agosto de 2005, según la cual se cruzan las cuentas correspondientes a arrendamientos y arreglos efectuados al inmueble entre la actora y la señora Morales de Serrano (fl. 382 C.1).

En igual sentido, la señora Yasmina Serrano indicó que en su calidad de designada por la familia Serrano para el manejo de la oficina privada que funciona en la casa objeto de litigio, cancela los cánones de arrendamiento Marisabel Martínez, y que el mismo Álvaro Polo, estando ya enfermo, le había manifestado que la casa quedaría a su hijos de crianza, que son Alfredo y Marisabel.

En este sentido, corresponde anotar que obran copias en el plenario del proceso abreviado de Restitución de Inmueble Arrendado, promovido por Luis Fernando Enriquez contra Irma Morales de Serrano, en febrero de 2004, el cual terminó en primera instancia con la sentencia de 13 de septiembre de 2004, en la que se dio por terminado el contrato de arrendamiento de cosa ajena que tenía Álvaro Polo Castillo con Irma Morales de Serrano, y se ordenó la restitución del bien inmueble en litigio al demandante, sin embargo, dicha determinación fue revocada en segunda instancia, al encontrarse probada la excepción de falta de legitimación en la causa.

3.5. Claro lo anterior, esto es, que en su momento -1980 a 2003- el señor Álvaro Polo Castillo fue el poseedor de la plurimencionada casa, y posteriormente, la señora Marisabel Martínez ejerció posesión del bien –entre 2004 y 2005-, corresponde determinar si se configura la suma de posesiones alegada, como para afirmar que a la posesión de ésta se suma a la de aquel, para configurar el modo prescripción adquisitiva de dominio.

Sobre el particular, debe precisarse que el art. 778 del C.C., establece: *“Sea que se suceda a título universal o singular, la posesión del sucesor principia en él; a menos que quiera añadir la de su antecesor a la suya; pero en tal caso se la apropia con sus calidades y vicios. Podrá agregarse, en los mismos términos, a la posesión propia la de una serie no interrumpida de antecesores.”*

A partir de la anterior disposición, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha puntualizado que la posesión puede ser ejercida directamente por actos propios o a través de la figura de la suma de posesiones, reconocida en el

ordenamiento civil, como una forma benéfica de proyección del poder de hecho de las personas sobre las cosas; y puede tener su fuente en la *accessio possessionis* por acto entre vivos o en la *successio possessionis*, cuando el causante fallecido transmite la posesión a sus herederos. Al poder agregar el tiempo de su antecesor o antecesores, el último poseedor podrá beneficiarse, y ganar por prescripción un bien determinado.

En la *accessio possessionis*, se ha precisado que para que tenga ocurrencia el fenómeno de la incorporación fáctica es necesaria la afluencia de las siguientes condiciones: i) negocio jurídico válido, esto es, que haya pleno consentimiento entre el poseedor que se despoja de la materialidad de la cosa y de quien la adquiere en su condición de causahabiente; ii) homogeneidad en la posesión, vista como identidad o uniformidad en la cosa poseída con sucesión cronológica ininterrumpida; de modo que el antecesor o antecesores, hayan sido poseedores del mismo bien formando una cadena de posesiones ininterrumpidas; y, ii) entrega de la cosa poseída.

Con relación al primer elemento referido, es necesario que exista un pontón traslativo que permita la creación de un vínculo sustancial entre el sucesor y el antecesor; como la compraventa, permuta, donación, aporte de sociedad, etc.; sin que necesariamente se requiera para su demostración escritura pública, pues a partir del año 2007, la Corte flexibilizó su doctrina, para admitir que un título cualquiera es suficiente; eso sí, sin perder de vista que dicho título debe contar con la idoneidad suficiente para demostrar que la posesión fue convenida, evitando así que la unión de posesiones provenga de ladrones o de usurpadores, y por supuesto, debe suponer el desconocimiento frontal de los derechos del propietario, por cuanto traduce rebelarse en un todo contra el *verus domini*, y a *fortiori*, cuando su derecho tiene como antecedente inmediato un negocio jurídico consistente en una promesa de contrato de compraventa celebrado con el mismo propietario inscrito y demandado, como eventual pontón para sumarla.

Ahora, en la *successio possessionis*, el hecho que se erige en detonante jurídico de la floración de ese ligamen o vínculo, lo constituye, de un lado, el fallecimiento del poseedor anterior y, del otro, la inmediata delación de la herencia a sus herederos (art. 1013 C.C.), porque es, en ese preciso instante, en que el antecesor deja de poseer ontológica y jurídicamente y en el que sus causahabientes, según sea el caso, continúan poseyendo sin solución de continuidad, merced a una ficción legal, vale decir sin interrupción en el *tempus*. No en vano, quien sucede, *lato sensu*, se sitúa en

el lugar de otra que ha fallecido, haciéndose a sus derechos y prerrogativas, lo que permite, en esta hipótesis, preservar incólume el tiempo de la posesión antecedente,

“La sucesión por causa de muerte es uno de los modos de adquirir el dominio, y que, por mandato del artículo 1401 ejusdem, el heredero desde el instante que acepta el llamado a la herencia adquiere derecho al patrimonio del difunto, es en este momento en el que el vínculo jurídico que se hace necesario para agregar la posesión del causante a la propia, cobra entidad, motivo por el cual es una equivocación escudriñar la partición en búsqueda de la adjudicación de la “posesión” de un bien, puesto que ese acto jurídico no es atributivo de derechos, sino meramente declarativo y con carácter retroactivo, aserto del cual se colige que no es la partición el origen del aludido vínculo de derecho que se hace menester para agregar la posesión del causante” (Se subraya, cas. civ. 8 febrero de 2002, antes citada)”¹

Bajo este entendido, tenemos que fallecido el señor Álvaro Polo Castillo, el 12 de julio de 2003 (fl. 137), ocurrió la delación de la herencia –art. 1013 C.C.- es decir, el llamado para aceptar o repudiar la herencia a sus herederos, es decir, sus hermanos Miller y Jesús Antonio Polo Castillo (fls. 138-140), quienes en tal calidad y sin pretender posesión para sí mismos, procedieron a vender, una vez efectuada la adjudicación del derecho de posesión respectivo, a la señora Marisabel Martínez.

Quiere decir lo anterior, que en el presente caso se configura el fenómeno de la suma de posesiones, por cuanto la posesión demostrada del señor Álvaro Polo Castillo - ejercida por aproximadamente 23 años - pasó a sus herederos al momento de su deceso, quienes aceptando tal herencia, procedieron *successio possessionis* a su adjudicación - escritura pública No.1506 de 3 de julio de 2004- , y luego mediante contrato de compraventa - *accessio possessionis*- a su venta – escritura pública No. 2295 de 22 de septiembre de 2004-.

En este punto, vale decir que el recurrente se duele de que el negocio de compraventa del derecho de posesión se haya protocolizado por escritura pública, empero ello, aunque no era requisito necesario para su eficacia tampoco le resta existencia, validez o credibilidad.

¹ Precisiones tomadas de las sentencia SC12323-2015 Y CS1939-2019. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. MP. Luis Armando Tolosa Villabona.

También resalta el inconforme, que en el certificado de tradición y libertad del inmueble en litigio obra el embargo que operó sobre el mismo entre el 6 de septiembre de 1999 y el 9 de noviembre de 2001, razón por la cual no puede hablarse de una posesión ininterrumpida. Al respecto, debe decirse que de vieja data ha dicho la jurisprudencia de la Corte, que la medida cautelar de embargo no interrumpe el ejercicio de la posesión, en la medida que ello no está previsto en la ley².

4°. Finalmente, corresponder decir, que con la prosperidad de la prescripción adquisitiva de dominio, se desquicia la acción reivindicatoria, pues a pesar de que se haya comprobado la titularidad del derecho de propiedad del bien reclamado en cabeza de Jaime Omar Bastidas Trejo - MI 420-12587 FL. 452-453-, que se trata de un bien debidamente identificado como cosa singular, y que el título fuera anterior al ejercicio de la posesión, pues el señor Bastidas Trejo adquirió por compraventa a Luis Fernando Enriquez –EP No. 7750 de 30 de diciembre de 2005-, quien a su vez había comprado a Armando Vargas Bravo – EP No. 1426 de 26 de diciembre de 2001-, éste a Isabel Pacheco de Robles – EP No. 1858 de 29 de diciembre de 1987, y ésta a Blanca Caceres – EP No. 1979 de 12 de diciembre de 1980-, lo cierto es que la inacción de los propietarios durante más de 20 años, permitió que la posesión ejercida por Álvaro Polo Castillo unida a la de Marisabel Martínez, por más de 24 años, les hiciera acreedores al derecho de propiedad por vía de prescripción adquisitiva.

5°. En este orden de ideas, habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas de esta instancia a la parte demandada principal y demandante en reconvención, de conformidad con lo previsto en el art. 392 numeral 3° del C.P.C.

DECISION

A mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, constituido en Sala Quinta de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

² Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Civil. Sentencia SC19903 de 2017. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de diciembre de 2010 y complementada en providencia de 11 de febrero de 2013, por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Florencia, en virtud de lo antes expuesto.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandada principal y demandante en reconvención. Liquidense conforme lo previsto en el art. 393 del C.P.C.

TERCERO: Cumplido lo anterior, devuélvase el expediente a su lugar de origen.

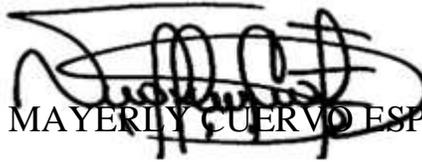
Notifíquese y cúmplase.

Fallo discutido y aprobado en sesión de sala, conforme al acta 49 de la fecha

Los Magistrados,



DIELA H.L.M ORTEGA CASTRO



NURIA MAYERLY CUERVO ESPINOSA



MARIO GARCIA IBATÁ



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
FLORENCIA-CAQUETÁ
SALA QUINTA DE DECISIÓN

Florencia, treinta (30) de julio del año dos mil veinte (2020)

MAGISTRADA PONENTE: DRA. DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 18 de septiembre de 2014, por el Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de esta ciudad, dentro del asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

Los señores Olga Lucia Caviedes Cortés y Adalberto Quimbaya Murcia obrando en nombre propio, en su calidad de padres, y como representantes legales de los menores Laura Sofía y Román Felipe Quimbaya Cortés, en calidad de hermanos, y los señores Alba Diela Murcia Narvárez y Luis Evaristo Quimbaya Suaza, Luis Hernán Caviedes y Carmen Cortés, en calidad de abuelos, interpusieron demanda de responsabilidad médica contra SALUDCOOP EPS, con el propósito que sea declarada responsable por los perjuicios a ellos causados con ocasión de la muerte de su hijo, hermano y nieto por nacer, respectivamente; en consecuencia, solicitan que se condene al

pago de perjuicios, en los siguientes términos: >Perjuicios morales: 100 SMLMV para Olga Lucia Caviedes y para Adalberto Quimbaya, 50 SMLMV para cada uno de los menores Laura Sofía y Román Felipe Quimbaya Caviedes, 50 SMLMV para los abuelos Alba Diela Murcia, Luis Evaristo Quimbaya, Luis Hernán Caviedes y Carmen Cortés; > perjuicios fisiológico: 50 SMLMV para Olga Lucia Caviedes; y >perjuicio en la vida de relación: 50 SMLMV, para Olga Lucia Caviedes y para Adalberto Quimbaya, 50 SMLMV para cada uno de los menores Laura Sofia y Roman Felipe Quimbaya, y 50 SMLMV para cada uno de los abuelos Alba Diela Murcia, Luis Evaristo Quimbaya, Luis Hernan Caviedes y Carmen Cortés.

Como sustento de sus pretensiones, presenta los hechos que se sintetizan a continuación:

>En su calidad de afiliada a Saludcoop EPS, la señora Olga Lucia Caviedes, con ocasión de su embarazo, se presentó a controles prenatales, acatando las indicaciones que le hacían, y siendo informada de que su gestación se desarrollaba en forma adecuada, hasta el 3 de septiembre de 2009, cuando en exámenes de laboratorio se le detectó toxoplasmosis.

>Afirma que sus controles prenatales iniciaron el 18 de mayo de 2009 y el día 22 de mayo, se le practicó el primer examen IG-G para toxoplasmosis, el cual arrojó como resultado negativo. Para el día 3 de septiembre de 2009, se le practicó un segundo examen IG-G, dando positivo con >300 UI/ml, lo que mostraba claramente una infección súbita con el parásito que produce esta enfermedad.

>Agrega que el 15 de septiembre de 2009, el médico se entera que la paciente tiene un resultado de toxoplasmosis IG-G positivo supremamente

elevado, y sin un examen IG-M positivo no era útil tomar una decisión clínica, y ordena este último análisis, sin tener en cuenta que dicho examen debe ser realizado utilizando el mismo suero con el que realizó el laboratorio inicial y posteriormente debía tomársele el IG-A, omitiendo con esto la aplicación de la guía práctica clínica para toxoplasmosis durante el embarazo y toxoplasmosis congénita en Colombia, con esto existió una falla operativa y administrativa, por cuanto se ordenó un examen a una mujer gestante de más de 20 semanas y se dio una cita para analizar los resultados 12 días después.

>Añade que el día 18 de septiembre de 2009, es atendida por el ginecólogo José Natera Viana, quien parece que no conocía el caso de la señora Caviedes Cortés, pues le ordena nuevamente el examen IG-M.

>Seguidamente manifiesta, que a pesar de la importancia del diagnóstico precoz de la enfermedad, la próxima cita se la dan 30 días después con médico general doctor Adolfo Fernando Castro España, el día 19 de octubre de 2009, siendo atendida y tratada como un simple control, ya que según la historia clínica ya se había diagnosticado “*toxoplasmosis no especificada*”, pero el médico no la mencionó en las recomendaciones de ese día ignorando o desatendiendo su importancia, remitiéndola por obstetricia como consulta.

>Indicó que el tiempo que se perdió entre el examen IG-G y el IG-M fue de 14 días, que junto con la asignación de nuevas citas médicas, entre médicos generales y especialistas, más los retrasos operativos y administrativos se perdieron exactamente 50 días que la paciente no recibió tratamiento, tiempo en el cual el feto presentó hidrocefalia debido a la fuerte infección que sufrió la madre con el parásito de la toxoplasmosis y que pese a los resultados elevadísimos del segundo examen de IG-G > 300 UI/m L, y la

omisión de realizar todos los exámenes correspondientes, pues se omitió el IG-A, la paciente no recibió tratamiento para la patología que la estaba aquejando en 50 días.

>Para el día 31 de octubre de 2009, la madre gestante y quien padecía de toxoplasmosis, asiste a la clínica con un dolor tipo contracción uterina, manifestando que desde hace una semana tiene malestar general, recalcando el apoderado que la cita anterior había sido el 23 de octubre de 2009, día en el que le recetaron espiramicina tabletas de 3 millones/UI; el médico José Marcelino Mopan Tique al realizarle un examen físico no encuentra actividad uterina y los movimientos fetales estaban activos, tampoco halla masas, ni megalías al palpar el abdomen, ni contracciones, ni otras alteraciones, describiendo que la paciente está muy ansiosa y con signos de angustia y ansiedad severa, porque en la ecografía de tercer nivel, le reportó ventrículomegalia “*hidrocefalia*” y positivo para toxoplasmosis cerebral.

>Aduce que la demandante para el día 22 de mayo de 2009, no era portadora de la infección, señalando que esta se contrajo entre la fecha antes reseñada y el 3 de septiembre de 2009, tiempo en la cual el examen de IG-G resultó positivo y además elevado; mencionando que solo hasta el 23 de octubre de 2009 el doctor Juan Carlos Guerra Buendía inicio tratamiento.

>El 3 de noviembre de 2009, el doctor Javier José Natera Viana manifiesta que la paciente tiene toxoplasmosis, que está siendo tratada con espiramicina 3 tabletas al día desde el 23 de octubre de 2009 y reporta discreta ventrículomegalia (hidrocefalia), en cuanto al bebé todo aparentemente normal, el feto tiene presentación cefálica y el movimiento fetal está activo.

>Que le día 7 de noviembre de 2009, siendo las 10:25 am, la señora Caviedes Cortés, asiste a control obstétrico con el ginecólogo Iván Mauricio Figueroa Díaz, encontrando todo normal, el feto tiene presentación cefálica y el movimiento fetal está activo, a su vez sabe de la toxoplasmosis de la madre gestante y tiene o tuvo hidrocefalia, explicándole con ello los signos de alarma, asimismo se utilizó como ayuda diagnóstica un examen de PCR, prueba cuantitativa de alta precisión; ese mismo día es atendida por el gineco-obstetra Jaime Iván Jordán Garzón, a quien la paciente le manifiesta que el bebé se está moviendo mucho y que tiene dolor de cabeza y ardor en la boca del estómago, encontrando el galeno en su examen físico realizado a la gestante, abdomen anormal globuloso ocupado por útero grávido, sistema genital femenino anormal AU:30 CM FUVLCDI, FCF:148, tacto vaginal cuello largo grueso orificio cerrado sin amniorrea, sin sangrado.

>Para el 10 de noviembre de 2009, la paciente asiste a un nuevo control prenatal, y el doctor Fidel Ernesto Ferreira Narváez, le hace unas recomendaciones y le da a conocer signos de alarma y le da cita para un mes con ecografía obstétrica de control, explicándole los riesgos y el pronóstico fetal y ordena continuar con la espiramicina.

>Nuevamente acude por consulta el 24 de noviembre de 2009, y el médico Adolfo Fernando Castro España, al leer la ecografía del 7 de noviembre señala: placenta grado II, cordón umbilical de 3 vasos, opina que el embarazo tiene 33.5 semanas e hidrocefalia y da como fecha probable de parto el 21 de diciembre de 2009. A su vez reseña, movimiento fetal activo, dándosele recomendaciones y explicándole los signos de alarma a la madre.

>El 1 de diciembre de 2009, la señora Olga Lucia ingresa a consulta con el doctor Diego Hernán Campos Cuervo, médico general quien manifiesta

que durante el monitoreo fetal no hubo fetocardia, y la embarazada manifestó no haber tenido movimientos fetales normales por una semana. Ante esto el médico tratante manifestó que se le hicieron monitoreos fetales diarios y que el último fue el 30 de noviembre de 2009 con poca variabilidad, es decir, ese 1 de diciembre hubo óbito fetal.

>Ese mismo día, es ingresada a quirófano y le es practicada una cesárea, y además la pomey (ligadura de trompas de Falopio), donde se encuentra *“quiste complejo de ovario izquierdo drenado con material compuesto por pelos, huesos y diente, posible teratoma”*, lo que según el representante judicial de los accionantes, un teratoma es un tumor benigno en mujeres mayores de 18 años, que también se le conoce como teratoma maduro, un teratoma inmaduro puede ser cancerígeno pero se presenta en niñas o mujeres menores de 18 años.

>Resalta que el 12 de diciembre, la señora Olga Lucia Caviedes concurre a consulta con el doctor Efraín Acuña Molina, debido a los dolores pos cesárea, donde le diagnostican hiperprolactinemia, formulándole bromocriptina tab. X2.5mg e ibuprofeno para sus dolores.

>Concluye que la EPS SALUDCOOP, en el presente caso gastó mucho tiempo, que era valioso, en tramitología remitiendo a la paciente de un médico a otro, dando citas con períodos muy largos, desconociendo con ello la Guía Práctica Clínica para toxoplasmosis durante el embarazo y toxoplasmosis congénita en Colombia, aceptada el 20 de agosto de 2007 por la Asociación Colombiana de Infectología; y su falta de inmediatez para tratar la infección, lo que provocó el avance de la misma, tanto en la madre como en el bebé, pero con trágico desenlace para este último. Saludcoop pudiendo, no logro evitar su objetivo principal, evitar que durante el embarazo y después de

encontrar IG-G positivo >300 UI/ml el feto muriera, al dejar que una paciente contagiada por primera vez por el parásito de la toxoplasmosis no tuviera tratamiento por 50 días; además de realizarle una pomey sin autorización, perdiendo con ello la oportunidad de tener un tercer hijo, lo cual hacía parte de su proyecto vida.

TRÁMITE PROCESAL

1. La demanda fue repartida al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad, el que mediante auto de 28 de mayo de 2009 la inadmitió; siendo subsanada, se observó falta de competencia, razón por la cual se ordenó la remisión a la Oficina de Apoyo de Administración Judicial para ser repartida entre los Juzgados Civiles de este Circuito (fls 160 a 162 C. No.).

2. El asunto correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Florencia, el que también declaró la carencia de competencia para conocerlo, por lo que propuso conflicto de competencia, el cual fue resuelto por esta Corporación el 17 de septiembre de 2010 (fls. 6 a 10 C. Actuaciones Surtidas en este Tribunal), declarando el conocimiento en cabeza del Juzgado Segundo Laboral del Circuito, mismo que admitió la demanda el 11 de octubre de 2010, ordenando la notificación de la demandada SALUDCOOP EPS-.

Efectuada la respectiva notificación, SALUDCOOP EPS, contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones y a través de apoderado judicial el día 11 de marzo de 2011, contestó la demanda oportunamente, oponiéndose a las pretensiones, y formulando como excepciones de mérito las que denominó: *“Cumplimiento de las obligaciones asumidas por parte de Saludcoop EPS para con su afiliada”*; *“Inexistencia de solidaridad entre EPS e IPS”*; *“Excesiva tasación de pretensiones”* y *“La Genérica”*. Además presentó la

excepción previa llamada “*Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales*”, la cual fue resuelta el 7 de septiembre de 2011, en forma adversa a la demandada (fl. 45 C. No. 2).

3. Posteriormente, el día 29 de septiembre de 2011, se devuelven las diligencias al Juzgado Segundo Civil del Circuito, en vista de lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil.

4. El Juzgado Segundo Civil del Circuito quien recibe el presente asunto, en cumplimiento del Acuerdo No. PSAA 11-873 de 2011, ordena remitir el expediente a su homólogo el Primero y este a su vez, éste lo envía al Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de esta ciudad, en cumplimiento del Acuerdo No. PSSAA11-8323 de 2011, avocando conocimiento del mismo el 28 de febrero de 2012.

Dicho Juzgado asume la competencia del asunto, en la etapa de decreto de pruebas, cuestión que realiza mediante auto de 28 de febrero de 2012, evacuadas las oportunamente solicitadas y decretadas, se corrió traslado para alegar de conclusión, y se dictó sentencia.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de 18 de septiembre de 2014, el Juzgado de conocimiento declaró probados los hechos en que se fundamentó la demanda y accedió al contenido de los numerales 1, 2, 5 y 7, del acápite denominado declaraciones y condenas del escrito por medio del cual se subsanó la demanda; negó los solicitados en los numerales 3, 4, 6, 8 y 10 del mismo acápite y denegó las excepciones alegadas por la demandada.

Para el efecto, tuvo en cuenta que la responsabilidad que se plantea es la contractual, con fundamento en la relación jurídica trabada entre una ciudadana en calidad de cotizante y Saludcoop EPS SA, razón por la cual el servicio médico asistencial se prestó en la IPS CLÍNICA SANTA ISABEL LIMITADA, situación que no fue controvertida, que pese a que la IPS no fue vinculada a la actuación, fue claro para el Despacho que los aciertos o errores que haya perfeccionado en el manejo de la paciente, vinculan a la EPS que eligió para brindar los servicios médicos a sus afiliados, y más allá de ello, lo cierto es que la EPS está obligada a responder por las actuaciones de la IPS en razón del vínculo contractual que existe entre ellas.

A su vez, consideró probado el daño, con la historia clínica que da cuenta del óbito fetal el 12 de diciembre de 2009 (Fl. 53 C.1), y la relación existente entre la demandante y la EPS demandada (fls 24-77 C1).

En lo que respecta al incumplimiento del contrato, señaló que este constituye pieza clave para la existencia de culpa, y se remitió al estudio de la historia clínica, a través de la experticia rendida por el doctor Saulo Molina Giraldo, presidente de la Asociación Bogotana de Perinatología de la Federación Colombiana de Obstetricia y Ginecología FECOLSOG, concluyendo en relación con la atención recibida por la gestante, que saltaba a la vista que fue omitida la práctica de algunos exámenes que resultan indispensables para determinar el avance de la infección por toxoplasmosis y las consecuencias de tal situación podían recaer en la criatura que estaba por nacer.

Adujo que, el protocolo para este tipo de impresión diagnóstica, exigía luego de realizar un tamizaje para toxoplasmosis que resulte positivo, solicitar IgM, test de avidez y PCR, sin cuyos resultados no era viable administrar un

tratamiento adecuado, pues la toxicidad de los medicamentos utilizados para la infección parasitaria causada por el toxoplasma gondi, es alta y solo se puede prescindir si existe certeza del diagnóstico. Para el administrador de justicia, el perito dejó claro que la hidrocefalia que padecía el feto no es causa de muerte y si bien constituía un muy mal pronóstico neurológico, lo cierto era que no es incompatible con la vida, por lo que para el Despacho fue claro que esta patología referida no fue la causa del óbito fetal. No obstante, del análisis del peritaje, también se pudo concluir sin ninguna dificultad que a la paciente no se le practicaron la totalidad de los exámenes que este tipo de condiciones clínicas exigen y en razón a ello no se le administró el tratamiento adecuado, pues si bien la espiramicina en la dosis indicada se utiliza normalmente como profilaxis, lo cierto es que la ausencia de los exámenes completos imposibilitaba un correcto diagnóstico que condujera a un adecuado tratamiento.

Indica a su vez, que la IPS adscrita a la EPS demandada no realizó el protocolo adecuado, pues los exámenes de PCR y test de avidéz IgG no aparecen en la historia clínica y el tratamiento suministrado de manera profiláctica con espiramicina solo debe administrarse cuando la PCR es negativa para evitar la infección fetal, pero en este caso se acudió a la profilaxis sin haber confirmado en qué trimestre aproximado se contrajo la infección (test IgG de avidéz) y sin realizar reacción de polimerasa en cadena (pcr) para saber si el feto tenía o no la infección.

Ahora bien, señala el Despacho que la hidrocefalia que padecía el feto puede asociarse a la toxoplasmosis, también lo es que ese diagnosticó una ventrículomegalia y no en todos los casos dicha patología desarrolla hidrocefalia pues “... *Dentro de las posibles etiologías también está incluidas la hemorragia intraventricular, la comprensión extrínseca por masas*

tumorales, el síndrome de Down y diferentes aneuploidias y la infección intrauterina, además de la infección perinatal por sífilis, HIV, toxoplasmosis, citomegalovirus, etc.,” al tiempo que no existe evidencia clínica que indique que la muerte de la criatura por nacer se haya debido a la ventriculomegalia.

Todo lo anterior evidencia que la entidad demandada incurrió en culpa, la actividad desplegada a través de sus agentes fue descuidada, negligente, violentando los protocolos de la *lex artis*, todo lo cual fácilmente se desprende de las aportaciones realizadas por el perito, experticia que se puso en conocimiento de las partes, de la cual se corrió traslado oportunamente y sobre la que pese a existir solicitud de aclaración, lo cierto es que no se objetó en el término judicial que para el efecto se concedió, con lo cual el aporte de la Federación Colombiana de Obstetricia y Ginecología se reviste de todo el peso probatorio y soporte de credibilidad posible para el Despacho y sobre él se encumbra la prosperidad de la petición de la activa.

EL RECURSO INTERPUESTO.

Inconforme con lo decidido, la parte demandada interpuso recurso de apelación, asegurando que el fallador se equivoca al endilgar responsabilidad a la demandada, toda vez que SALUDCOOP EPS, actuó conforme a derecho - ley 100 de 1993 artículo 178 – , pues su carácter es meramente administrativo en su calidad de EPS.

Aduce que no existe sustento legal ni probatorio para aplicar la figura de solidaridad en el presente caso, por los actos adelantados por la IPS, pues para ello, y conforme lo prevé el artículo 1568 del Código Civil, se requiere de la prueba del contrato o la ley.

Igualmente señala que en el caso de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) y las Entidades Promotoras de Servicios de Salud (EPS), no existe fuente legal que consagre solidaridad entre ellas, y en el presente caso tampoco existe fuente convencional que pacte una eventual solidaridad. Si bien, las Entidades Promotoras de Salud al igual que las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, se rigen por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, el cual está consagrado por la Ley 100 de 1993, esto no quiere decir, que ellas detenten las mismas funciones y responsabilidades.

El gestor judicial de la demandada, trae a colación lo dicho por la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-572 de 2003, para decir, que las EPS tienen competencia administradora y operativa de gran trascendencia para el sistema general de seguridad social en salud, que las IPS no tienen. Asimismo enuncia el literal d y e del artículo 156 de la ley 100, en el mismo sentido el artículo 185 de la misma reglamentación, manifestando con ello la especial autonomía con que obran las IPS, en la atención a los servicios médicos a los usuarios, por lo que no es de recibo para la defensa la tesis de la solidaridad entre la IPS y la EPS, por cuanto, cada una de ellas tienen funciones distintas, y por lo que mal podría declararse responsable a la EPS de manera solidaria ya que fue completamente ajena al acto médico donde no tuvo intervención, pues sus funciones son eminentemente de carácter administrativo.

Al mismo tiempo, dice que no se le dio aplicación al artículo 6 del Decreto 2174 que atribuye responsabilidad a la EPS sobre la calidad del servicio de salud, frente a sus funciones legales, las cuales son administrativas, concluyendo así que el Despacho incurrió en defecto material y sustantivo al

fundamentar su fallo con una interpretación errónea de la ley 100 de 1993, para endilgar responsabilidad a SALUDCOOP EPS por solidaridad.

En relación a la responsabilidad de la IPS, concluye que el Despacho no le dio la debida valoración probatoria al dictamen pericial, el cual acreditó que la conducta de la Institución Prestadora de Salud (IPS) fue adecuada a la lex artis, y el cual también desvirtuó el nexo causal del óbito fetal con la hidrocefalia y toxoplasmosis sufrido por la señora Olga Lucia Caviedes durante el embarazo, por lo que el Despacho erró, al concluir que existió negligencia en la prestación del servicio de salud, al establecer que existía nexo causal entre el óbito fetal y la atención prestada a la señora Caviedes.

CONSIDERACIONES

1.- Considera la Sala que los presupuestos procesales que doctrina y jurisprudencia reclaman para el normal desarrollo del proceso y proveer de mérito en el presente asunto se encuentran satisfechos a cabalidad, sin que se advierta causal de nulidad alguna que invalide la actuación surtida.

2.- Es importante señalar que de acuerdo con lo previsto en el numeral 5° del artículo 625 del Código General del Proceso, este recurso se resuelve con base en la normativa del Código de Procedimiento Civil, estatuto procesal vigente para la época en que fueron interpuestos los recursos de apelación.

3.- Corresponde a la Sala determinar en primer lugar, si fueron valoradas debidamente las pruebas aportadas, pues afirma la parte demandada, lo que las mismas demuestran es que la IPS actuó conforme la lex artis, y fue desvirtuado el nexo causal entre el óbito fetal con hidrocefalia y la toxoplasmosis sufrida por la señora Olga Lucia Caviedes durante el embarazo.

Nos encontramos frente a una controversia de responsabilidad civil médica, en la que no debe perderse de vista que por regla general, las obligaciones del servicio médico son de medio, en la medida que el galeno asume el compromiso de suministrarle al paciente los cuidados concienzudos, solícitos y conforme con los datos adquiridos por la ciencia, lo que se conoce como *lex artis*¹, que éste requiera, poniendo en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar el enfermo, dentro del marco del contrato de prestación de servicios médicos celebrado en cada caso concreto². Por ello, se ha precisado que los deberes asistenciales que incumben a los médicos son el **diagnóstico y el tratamiento** de las enfermedades, siendo el diagnóstico el conjunto de actos enderezados a determinar la naturaleza y trascendencia de la enfermedad padecida por el paciente, con el fin de diseñar el plan de tratamiento correspondiente, de cuya ejecución dependerá la recuperación de la salud, según las particulares condiciones de aquel, y el tratamiento consiste, en la actividad del médico enderezada a curar, atemperar o mitigar la enfermedad padecida por el paciente (tratamiento terapéutico), o a preservar

¹ “(...) A las pautas generales de la responsabilidad civil, y a las singulares de la profesional, aúnense las reglas, normas, o directrices específicas reguladoras del arte, ciencia o profesión con los cánones o principios científicos o técnicos de su ejercicio (*Lex artis*), según criterios o procederes usuales en cierto tiempo y lugar, el conocimiento, avance, progreso, desarrollo y estado actual (*Lex artis ad hoc*).

La actividad médica, en la época contemporánea más dinámica, eficiente y precisa merced a los adelantos científicos y tecnológicos, cumple una función de alto contenido social. Al profesional de la salud, es exigible una especial diligencia en el ejercicio de su actividad acorde al estado de la ciencia y el arte, sobre él gravitan prestaciones concretas, sin llegar a extremo rigor, considerada la notable incidencia de la medicina en la vida, salud e integridad de las personas. En este contexto, por regla general, la responsabilidad del médico no puede configurarse sino en el ámbito de la culpa, entendida no como error en que no hubiere incurrido una persona prudente o diligente en idénticas circunstancias a las del autor del daño, sino más exactamente en razón de su profesión que le impone deberes de conducta específicos más exigentes a la luz de la *lex artis*, mandatos, parámetros o estándares imperantes conforme al estado actual de la ciencia, el conocimiento científico, el desarrollo, las reglas de experiencia y su particular proyección en la salud de las personas. (arts. 12, Ley 23 de 1981 y 8° decreto 2280 de 1981), naturalmente “el médico, en el ejercicio de su profesión, está sometido al cumplimiento de una serie de deberes de diversa naturaleza”, incluso éticos componentes de su *lex artis* (cas. civ. sentencia de 31 de marzo de 2003, exp. 6430), respecto de los cuales asume la posición de garante frente a la sociedad y a los usuarios del servicio. (...)” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia 17 de noviembre de 2011. William Namen).

² Corte Suprema de Justicia. Casación Civil de 30 de enero de 2001. Magistrado Ponente: José Fernando Ramírez Gómez.

directa o indirectamente su salud (cuando asume un carácter preventivo o profiláctico), o a mejorar su aspecto estético³.

De acuerdo con lo anotado, estamos frente a un régimen de culpa probada, en el cual independientemente de la modalidad que se invoque, responsabilidad medica contractual o extracontractual, corresponde al demandante, en principio, probar todos los elementos axiológicos de la responsabilidad, ellos son: el daño, la culpabilidad y el nexo causal entre los dos anteriores.

Así lo dejó dicho la Corte Suprema de Justicia, en un caso similar al presente: *“(...) frente a los daños sufridos en el acto obstétrico, a la víctima del daño que pretende reparación le corresponde la demostración de la falla que acusa en la atención y de que tal falla fue la causa del daño por el cual reclama indemnización, es decir, debe probar: (i) el daño, (ii) la falla en el acto obstétrico y (iii) el nexo causal. La demostración de esos elementos puede lograrse mediante cualquier medio probatorio, siendo el indicio la prueba por excelencia en estos casos ante la falta de una prueba directa de la responsabilidad, dadas las especiales condiciones en que se encuentra el paciente frente a quienes realizan los actos médicos, y se reitera, la presencia de un daño en el momento del parto cuando el embarazo se ha desarrollado en condiciones normales (...)”*⁴.

Con estas premisas, tenemos que en relación con **el elemento daño**, no existe controversia alguna, toda vez que, quedó probado que la criatura por nacer, producto del tercer embarazo de la señora Caviedes Cortés, falleció en el vientre de la madre según pudo constatarse el 1º de diciembre de 2009, y

³ Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Civil. Sentencia del 26 de noviembre de 2010. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

⁴ Ídem.

así fue anotado en el certificado de defunción No. 80495064-01 (Folio 108, C. No. 1).

Ahora, en lo que respecta **a la conducta culpable, y a su relación causal con el daño referido**, corresponde remitirnos a las pruebas obrantes en el plenario, las cuales deben ser examinadas bajo la lupa del arte de la medicina – lex artis-, tomando especial relevancia no solo la peritación, sino también los documentos o testimonios técnicos.

4.1. Encontramos entonces que de la historia clínica aportada por la parte demandante, se extrae lo siguiente:

>La señora Olga Lucia Caviedes, asistió a controles prenatales de su tercer embarazo, el 01/06/2009, el 10/06/2009, el 01/09/2009, el 15/09/2009, el 18/09/2009, el 19/09/2009, el 23/10/2009, el 31/10/2009, el 3/11/2009, el 7/11/2009, el 10/11/2009, y el 24/11/2009.

Según se observa, la paciente no asistió a control entre julio y agosto de 2009, por no encontrarse en la ciudad (fl. 31 C.1).

En el control del 1º de junio de 2009, lleva reporte de toxoplasmosis, con resultado negativo. Posteriormente, el 18 de septiembre de 2009, asiste a control con ginecólogo y lleva resultado positivo para toxoplasmosis (FL. 35 c.1), el día siguiente, 19 de septiembre, asiste a control con médico general, el que explica a la paciente síntomas de alarma y ordena valoración por ginecología en forma prioritaria.

El 23 de octubre asiste al ginecólogo, quien explica a la paciente sobre la toxoplasmosis, los riesgos que pueden haber para el feto, inicia tratamiento y ordena control con resultados (fls. 38 C.1).

El 31 de octubre, la señora Caviedes, asiste por urgencias debido a la presencia de dolor tipo contracción uterina, es atendida por medicina general, se observan movimientos fetales activos y no hay actividad uterina, se confirma diagnóstico de toxoplasmosis cerebral y ventriculomegalia cerebral, se ordena manejo ambulatorio, valoración por ginecología, y monitoria fetal (fl. 41C.1).

El 3 de noviembre, asiste a control con ginecología, se mantiene dosis de 3 tabletas al día de espiramicina para tratamiento de toxoplasmosis, se ordena control en un mes.

El 7 de noviembre, asiste nuevamente a consulta con ginecobstetricia, se le explica diagnóstico de hidrocefalia, se ordena consulta externa de perinatología prioritaria. Obra consulta del 10 de noviembre, en los mismos términos que la anterior.

El 24 de noviembre asiste a control con medicina general, se le explican signos de alarma, se ordena control en 15 días, se refiere que está pendiente consulta con ginecobstetricia de alto riesgo en Neiva.

> Según se observa en autos, el 1º de diciembre, se realiza ecografía obstétrica a la paciente, en la que se observa “*óbito de aproximadamente 36.0 semanas*”, siendo esta la razón por la que asiste hacia las 4 de la tarde, por urgencias, para ser tratada.

En urgencias es ingresada por óbito fetal de 36 semanas, siendo intervenida quirúrgicamente para el efecto, encontrándose además, *“quiste complejo de ovario izquierdo drenado con material compuesto por pelos huesos y diente posible teratoma”*.

En dicha atención se indica que realizada monitoria fetal no se detecta fetocardia, no hay actividad uterina, hay síntomas de vaso espasmo y perdidas vaginales.

4.2. Obra también la declaración del médico ADOLFO FERNANDO CASTRO ESPAÑA (fls. 73 a 75 C.2), quien tuvo que ver con la atención prestada a la madre gestante Caviedes Cortés, quien explicó: *“Yo valoro la paciente 1 de junio de 2009, pasa conmigo por control prenatal con sus respectivos exámenes de tamizaje para control prenatal donde el toxo es negativo, en la misma historia clínica reza un control al mes para continuar control prenatal y la paciente no vuelve sino hasta finales de agosto o primero de septiembre, donde se confirma con un resultado de TOXO G positivo 60 días después, con este resultado se envía prioritariamente a GINECOLOGÍA para valoración de resultado, se estipula en la historia que no asistió a control durante el mes de julio y agosto, porque se encontraba fuera de la ciudad refiere la paciente, se envía con resultado de TOXO G positivo, para consulta prioritaria con GINECO-OBSTETRICIA”*.

Ante la pregunta formulada por la apoderada de la demandante ¿las ordenes que se le dieron para tomar el examen IG-G y IG-M, en qué fecha fueron y si puede determinar cuál fue la decisión clínica para tomar el último examen?, responde: *“En el protocolo de control prenatal está establecido realizar el toxo G al inicio del embarazo, solo cuando este sea positivo se realiza el toxo-M, el segundo resultado fue positivo y el primero fue negativo,*

el primero se realizó al inicio del embarazo en la primera cita el cual salió negativo 0,1, se debe realizar nuevo control al mes porque solo se manda para realizar seguimiento, cuando vuelve a consulta en septiembre se le realiza nuevamente el tamizaje y sale positivo y se inicia proceso de remisión prioritaria a Ginecología porque hay un cambio, al ver ese cambio en el resultado que fue mayor de 300 el toxo IG-G, se remite a manejo especializado prioritario, que fue lo que yo hice”

4.3. Se observa además, la experticia rendida por los doctores SAULO MOLINA GIRALDO, presidente de la Asociación Bogotana de Perinatología y LUIS ALFONSO LÓPEZ JIMÉNEZ, presidente de la Asociación Bogotana de Obstetricia y Ginecología ASBOG, galenos de Federación Colombiana de Obstetricia y Ginecología FECOLSOG, filial de: Federación Latinoamericana de Sociedades De Obstetricia y Ginecología –FLASOG- Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia –FIGO-, visible a folios 102 a 107 y posteriormente se presenta complementación y aclaración al dictamen a folios 130 a 136 del C. No. 2, en la que se indica:

“...Es una paciente G3P2A0C0V2, quien inicia control prenatal en forma temprana (8 SEM), con tamizaje de primer trimestre para toxoplasmosis que mostró una IgG por debajo del límite inferior considerado como negativo (.). El examen de tamizaje fue repetido y se encuentra positivo con cifras superiores a 300UI/ml.. Solicitan IGM esta última, también reportada como positiva. Por lo que inician tratamiento con espiromicina (sem.31), ecografía practicada detecta ventrículomegalia cerebral. El 01.12.2009 con 36 sem. De gestación consulta por no percibir movimientos fetales durante una semana, le realizan monitoria fetal que evidencia alteración con variabilidad disminuida. Practican cesárea segmentaria encontrando óbito fetal”.

Al respecto y para complementar el dictamen explicó en razón a la pregunta ¿Cuáles fueron las conductas médicas prodigadas a la paciente, su oportunidad y pertinencia para los síntomas evidenciados por esta? Responde: *“De acuerdo a la Historia Clínica se trata de una paciente con tamizaje de primer trimestre para toxoplasmosis que mostró una IgG por debajo del límite inferior considerado como positivo. El examen de tamizaje fue repetido y se encuentra positivo con cifras superiores a 300 UI/ml. Esta prueba de tamizaje debe corroborarse con un examen que indique la agudeza de la infección este debe ser IgM. Esta última también reportada como positiva. Posteriormente a este test, es necesario adicionar el test IgG de avidez, el cual permitirá saber un aproximado del trimestre del embarazo en el que se produjo la infección. Si este test es reportado como de avidez baja se interpreta como infección activa en la madre, si es alta se interpreta como infección antigua. En el caso de determinarse infección activa, el paso siguiente debe ser determinar la infección fetal. Para dicho fin es necesario la realización de amniocentesis para PCR Toxoplasmosis (Reacción de Polimerasa en cadena) con el fin de determinar si el feto está padeciendo la infección o no. En el caso de que la PCR sea reportada como negativa se indica la profilaxis con el fin de prevenir infección fetal y en el caso de ser positiva se indica el tratamiento completo para madre con miras al beneficio fetal. No es posible determinar si el feto desarrolló la alteración descrita como ventrículomegalia durante el período de tiempo descrito. El tratamiento iniciado con espiramicina a la dosis recomendada es usualmente usado como profilaxis. De acuerdo a la historia clínica de la paciente, la paciente asistió y fue atendida en sus controles prenatales. Las conductas médicas iniciales están estipuladas dentro de la historia clínica del control prenatal. La primera nota que hace referencia al diagnóstico de toxoplasmosis aparece en la historia clínica fechada el 18 de septiembre de 2009, en donde se puede leer textualmente: TRAE TOXOPLASMOSIS IGG POSITIVO, y en la conducta solicitan IGM y*

dan control en un mes. Usualmente el control debe ser en la medida de lo posible con el resultado de la IGM con el fin de determinar la posibilidad de diagnóstico, y solicitar la IgG de avidez, para determinar pertinencia de las pruebas fetales en líquido amniótico. En este momento la edad gestacional era de aproximadamente 26 semana lo cual disminuye la sensibilidad de las pruebas pero igual las hace pertinentes. En los siguientes controles se repiten las notas de IgG e IGM positivas, y el día 23 de octubre inician formulación con espiramicina. Continúan controles prenatales y estudios con ecografía”.

Indica el profesional de la medicina que la toxoplasmosis consiste “*en una infección parasitaria causada por el TOXOPLASMA GONDII un protozoo de carácter intracelular obligado. Hasta en un 85% cursa de manera asintomática, y el porcentaje restante se caracteriza por sintomatología general inespecífica con sintomatología respiratoria similar a un estado gripal y con manifestaciones tales como fiebre o febrícula, adenopatías transitorias y malestar general. Cuando afecta el feto puede producir infección fetal de grados variables de severidad”.* Ante la pregunta ¿Cuál es el examen diagnóstico pertinente para el diagnóstico de la toxoplasmosis? Señala: “*El examen de tamizaje es el IGG toxoplasma si se encuentra positivo con cifras superiores a 300 UI/ml. Esta prueba de tamizaje debe corroborarse con un examen que indique la agudeza de la infección este debe ser la IgM. Generalmente cuando la IGG se debe solicitar inmediatamente la IGM con el fin de determinar si la infección es aguda o no. El tiempo de valoración de la IGM no debe superar los 30 días, es decir la paciente debe ser citada con el resultado del examen y de esa manera determinar si requiere más estudios. Si la IGM es reportada como positiva, es necesario adicionar el test de IgG de avidez (...)*”

Se le indaga por ¿Cuáles son los factores que tienen o pueden tener incidencia en la presencia de una toxoplasmosis en el curso de un estado de embarazo? Responde: *“Si en el estudio serológico encontramos IgG positiva e IGM negativa, no se requiere tratamiento. IGG positiva e IgM positiva, se requiere test de avidéz, si este es alto no requiere medicación, si es bajo se debe iniciar Espiramicina 3 millones de unidades tres veces al día y debe practicarse la PCR en líquido amniótico. Si esta es negativa, se debe continuar la Espiramicina como profilaxis fetal, si es positiva se debe iniciar tratamiento (...)”*. Agrega el galeno *“En la historia clínica se registra inicio de la espiramicina. En caso específico de la paciente considero requería de test de avidéz y además de PCR en líquido amniótico con el fin de determinar es esquema terapéutico a formular. No está recomendado el inicio de tratamiento de manera empírica por la gran toxicidad de los medicamentos”*.

De las pruebas así resumidas, se deduce que en el caso en estudio no se manejó adecuadamente el diagnóstico de la gestante Olga Lucia Caviedes, toda vez que constatada la presencia de la patología toxoplasmosis, lo que debían hacer los galenos a cargo de su atención, era realizar otros exámenes - test de avidéz IgG y examen de la PCR en líquido amniótico- con el fin de determinar el tratamiento a seguir, ocurriendo que dichos análisis no fueron ordenados ni efectuados, y lo que se hizo fue suministrar espiramicina de 3 millones de unidades, lo que los expertos consideraron un *“tratamiento de manera empírica”*.

Dicha desatención de la lex artis, involucra la actuación de los galenos – médicos generales y especialistas- que tuvieron a su cargo la atención de la señora Caviedes y su bebe, permitiendo concluir que su trabajo no fue cuidadoso de los protocolos establecidos para el efecto.

Ahora bien, en lo que atañe al nexo de causalidad entre dicha actuación descuidada o negligente, y el daño - la muerte en el vientre del hijo por nacer de la señora Caviedes-, vale decir, que no existe prueba en el plenario que permita concluir que la causa eficiente del fallecimiento del hijo que esperaba la demandante, fuera el manejo inadecuado de la toxoplasmosis.

En efecto, y dicho en otras palabras, no fue acreditado en autos, que la toxoplasmosis, tratada en la forma en que se hizo, hubiera sido la causa de la muerte en el vientre del feto.

Igualmente, tampoco pudo establecerse que tal toxoplasmosis hubiera causado malformación alguna al bebe, ya que luego de su diagnóstico, verificado en la semana 26 de gestación -19 de septiembre de 2009- (fl. 35 C.1), en ecografía de III nivel efectuada el 27 de octubre de 2009, se observó “*discreta ventriculomegalia*” (fl. 124 C.1), y en la semana 35.5 -7 de noviembre de 2009-se confirmó diagnóstico de hidrocefalia.

Al indagar los peritos sobre la toxoplasmosis como causa eficiente para el desarrollo de la patología hidrocefalia, indicaron: “...*no es posible determinar si el feto desarrolló la alteración descrita como ventriculomegalia durante el periodo de tiempo descrito (se refiere al periodo en que fue diagnosticada la toxoplasmosis –semana 26-)...en el caso en el cual una madre se contagie de la patología a las 20 o 24 semanas en ausencia de tratamiento o profilaxis es posible que desarrolle la toxoplasmosis. Sin embargo, para el inicio del tratamiento o profilaxis es indispensable tener el diagnóstico de la PCR positiva para toxoplasmosis en líquido amniótico. Es importante tener en cuenta que la patología mal formativa secundaria a toxoplasmosis es más frecuente cuando se presenta en el periodo de embriogénesis, es decir, el primer trimestre de embarazo...*”, y luego en la

aclaración del dictamen indicaron: *“Un feto puede estar infectado pero no desarrollar malformaciones. Después de infectado un feto puede o no desarrollar la hidrocefalia”*.

En cuanto a la hidrocefalia, como posible causa de muerte en el vientre materno, los peritos precisaron: *“La hidrocefalia es una alteración del sistema nervioso central en la cual se aumenta el volumen de los ventrículos cerebrales por diversas causas. En general la hidrocefalia aislada, de diferentes grados es una entidad de muy mal pronóstico neurológico, pero no es entidad incompatible con la vida y usualmente no es mortal ni en el útero ni fuera de él como primera causa de muerte. Usualmente el feto fallece por otras situaciones concomitantes. En el caso de la venticulomegalia descrita como la medida del atrium del ventrículo lateral en 19 mm, no debería ser mortal.”*... *“El desenlace acaecido fue el óbito fetal descrito en semana 36. No es posible determinar que la hidrocefalia sea la causa del óbito, si bien es un factor de riesgo no existen suficientes elementos que indiquen que la hidrocefalia sea la causa. Cuando la hidrocefalia es aislada, es decir, no cursa con otras malformaciones asociadas, generalmente no es causa de óbito fetal.”*

De la misma forma, debe resaltarse que siendo el hecho dañoso, la muerte del hijo por nacer, no obra en la historia clínica aportada, lo relativo al procedimiento quirúrgico cesárea, ni las impresiones diagnóstico del óbito fetal encontrado, ni las pruebas de patología del mismo, aunque si de la placenta extraída a la señora Caviedes.

Como se observa de lo anotado, siendo que la actuación descuidada o violatoria de la lex artis aquí probada, fue el indebido manejo de la patología toxoplasmosis, debía probarse que esa actuación negligente dio lugar al daño

causado, es decir, a la muerte del hijo por nacer de Olga Lucia Caviedes, empero ello no aparece demostrado en el expediente, pues por una parte, no hay prueba que indique la causa del fallecimiento, y de otra, las demás probanzas, especialmente el dictamen pericial no es concluyente en el sentido de indicar que el óbito fetal se debió a al tratamiento empírico de la toxoplasmosis, como tampoco que la hidrocefalia fue causada por la toxoplasmosis, y menos que la muerte del bebé fuera causada por la presencia de la hidrocefalia.

En suma, a pesar del error de los médicos tratantes, al no ordenar los exámenes necesarios para efectuar un correcto tratamiento de la toxoplasmosis encontrada, y de la fatal circunstancia por la que tuvo que pasar la demandante al recibir muerto su bebe, no es posible acceder a las pretensiones de la presente demanda, por cuanto no fue acreditada la relación causal entre la indebida atención médica y la muerte del hijo por nacer de la paciente Olga Lucia Caviedes.

Bajo este hilo conductor y por sustracción de materia, no hay lugar a pronunciarse esta judicatura sobre los demás motivos de apelación expuestos por la parte demandada.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que la declaración de responsabilidad en la actividad médica supone la prueba de los elementos que la estructuran, como son la culpa, el daño y la relación de causalidad, habrá de revocarse la decisión de primera instancia, para en su lugar, negar las pretensiones de la demanda, condenando en costas de ambas instancias a la parte demandante.

En consonancia con lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, constituido en Sala Quinta de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 18 de septiembre de 2014, por el Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de Florencia, para en su lugar NEGAR la totalidad de las pretensiones de la demanda, conforme a lo antes expuesto.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de ambas instancias a la parte actora. Por secretaria liquídense conforme lo dispone el art. 393 del C.P.C.

TERCERO: Una vez en firme este proveído, DEVUÉLVANSE las diligencias al juzgado de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Fallo discutido y aprobado en sesión de sala, conforme al acta 49 de esta misma fecha.



DIELA H.L.M ORTEGA CASTRO



NURIA MAYERLY QUERVO ESPINOSA



MARIO GARCIA IBATÁ



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
FLORENCIA-CAQUETÁ
SALA QUINTA DE DECISIÓN

Florencia, treinta (30) de julio del año dos mil veinte (2020).

MAGISTRADA PONENTE: DRA. DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 9 de septiembre de 2013, por el Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de esta ciudad, dentro del asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

El señor José Antonio Cuéllar Gaitán, en nombre propio y en representación de sus menores hijas Lisseth Dayana y Kiara Melissa Cuellar López, interpuso demanda de responsabilidad médica contra la Clínica Medilaser SA., y Misael Polania Andrade, con el propósito que sean declarados responsables por los perjuicios a ellos causados, con ocasión de la muerte de su compañera y progenitora, respectivamente, ocurrida como consecuencia de la falla en el servicio médico prestado en el procedimiento quirúrgico de abdominoplastia. En consecuencia, solicita se condenen al pago de \$150.000.000 como perjuicios morales para cada uno de los demandantes, y \$150.000.000 como daño a la vida de relación para cada uno.

Como sustento de sus pretensiones la parte actora presenta los hechos que se sintetizan de la siguiente manera:

> La señora Blanca Elena López, había tenido a su menor hija Kiara Melissa Cuellar López el día 10 de agosto de 2010, en la clínica Prosalud IPS Florencia, su embarazo fue diagnosticado como de alto riesgo, por lo que debió realizársele una cesárea.

>Para febrero del año 2010, la señora Blanca Elena López consulta al doctor Misael Polania Andrade para practicarse una abdominoplastia, asistiendo además a los controles, se sometió a los exámenes formulados, y acató las órdenes médicas dadas por este y una vez analizados los resultados, le programa cirugía para el día 28 de octubre de 2010, este día se llevó a cabo la intervención a las 14:00 horas y siendo las 17:30 de estar en cirugía es declarada clínicamente muerta.

>Se afirma que el médico y el establecimiento clínico, no les dieron a conocer cuál era el estado de salud real de la paciente, su patología, los tratamientos, sus riesgos, las contraindicaciones e implicaciones de la intervención y obtener un consentimiento informado antes de proceder a desarrollar cualquier tratamiento médico.

TRÁMITE PROCESAL

1. La demanda correspondió al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad, el que por auto de 15 de marzo de 2011, la admite y ordena la notificación de los demandados (Fls. 88 C. No. 1).

Efectuadas las respectivas notificaciones, Clínica Medilaser S.A., contestó la demanda oportunamente, oponiéndose a las pretensiones y

formulando las excepciones de mérito que denominó: “Ausencia o inexistencia de vínculo o relación laboral o de dependencia entre la clínica demandada y el cirujano demandado”; y “Causa extraña no imputable al arrendatario ni a la demandada”. (fls. 99 a 104 C. No. 1).

Igualmente, llamó en garantía a la compañía MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA SA, persona jurídica que compareció al juicio con fundamento en la póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 3701310000028, planteando como excepciones de fondo: “*Inexistencia de la obligación de indemnizar los perjuicios reclamados*”; “*Límite de la responsabilidad de la póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual*”; “*Inexistencia de la obligación solidaria de MAPFRE SEGUROS SA*”; “*Falta de prueba sobre el monto de los perjuicios reclamados*”; “*Caso fortuito*” y la “*Inexistencia de la obligación*” (fls. 6 a 14 C. No.2).

2. Posteriormente, el día 29 de septiembre de 2011, el Juzgado ordena devolver el presente asunto a la Oficina de Apoyo Judicial para que se efectuara el reparto entre los Juzgados Civiles del Circuito de esta ciudad, aduciendo que la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, le otorga la competencia en estos asuntos a la jurisdicción civil, correspondiéndole al Juzgado Primero Civil del Circuito, el que remite el asunto al Juzgado Civil del Circuito de Descongestión en cumplimiento del Acuerdo PSAA11-8323 del 29 de julio de 2011, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

3. El Juzgado Civil del Circuito de Descongestión, avoca conocimiento, y ordena la citación de las partes a la audiencia de que trata el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil. Sin que hubiera ánimo

conciliatorio entre las partes, así mismo, procedió a realizar los respectivos interrogatorios.

Practicadas las pruebas decretadas, se corre traslado para alegar de conclusión, y se dicta sentencia de primera instancias.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante providencia de 9 de septiembre de 2013, el Juzgado de conocimiento, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a los accionantes, luego de considerar que las pretensiones se derivan de la práctica de una cirugía estética llamada dermolipectomía, en cuyo procedimiento quirúrgico falleció la señora Blanca Elena López.

Refiere que aunque se culpa al galeno que la atendió, por no haber advertido de los riesgos, no haber obtenido el consentimiento informado de la paciente, y no reunir los requisitos profesionales para la actividad médica, nada de esto fue probado en el plenario.

Indica que no fue motivo de discusión el hecho de que la señora Blanca Elena López, contrató los servicios médicos del doctor Misael Polania Andrade, para la práctica de la cirugía denominada dermolipectomía, ni que dicho procedimiento se realizó en la Clínica Medilaser SA, la cual arrendó las instalaciones, aportando los auxiliares, instrumentadora, medicinas y demás elementos necesarios para la intervención.

Sin embargo, en cuanto al consentimiento, pudo establecerse que la señora Blanca Lopez suscribió el mismo con anterioridad a la cirugía, tal como aparece a folio 292 del cuaderno principal, el cual fue reconocido por el demandante.

En relación con los títulos del galeno, consideró el Juzgado que fue probado en autos que Misael Polania Andrade, es médico cirujano de la Universidad Autónoma de México, especialista en Ginecología y Obstetricia, en Cirugía Plástica Estética, de la Universidad Católica de Argentina, y cuenta con otros estudios, tal como se observa en los documentos aportados, los cuales no fueron desvirtuados en modo alguno.

Finalmente, indicó que la experticia presentada por el doctor Giovanni Montealegre Gómez, concluye que no puede llegar a un razonamiento distinto que el procedimiento medico fue realizado de acuerdo a los cánones médicos, es decir de conformidad con la lex artis, sin que se haya demostrado que el desenlace fatal fue por culpa del médico o de la institución médica donde se realizó el procedimiento quirúrgico.

EL RECURSO INTERPUESTO.

Inconforme con lo resuelto, la parte demandante interpuso recurso de apelación, el que fundamentó en lo siguiente:

>Asegura que el fallador tenía la obligación de revisar la legalidad de la actuación - cuestión que no hizo-, pues la demanda no cumplía el requisito de estar en forma, ya que no se determinaron los hechos, ni se clasificaron ni se individualizaron, inclusive en los fundamentos de derecho se exponen hechos.

Además, aduce que se configura la causal establecida en el numeral 6° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto el término de traslado para alegar no se cumplió en legal forma, argumentando que el Despacho profiere decisión concediendo el término común de 8 días para la

presentación de los alegatos de conclusión, la secretaria deja constancia del vencimiento del término de ejecutoria del aludido auto y manifiesta que el apoderado judicial de la parte demandante presenta incidente de nulidad; concluyendo el apoderado del accionante, que una vez pasado el proceso a Despacho no pudo haber corrido término alguno, puesto que así lo define el inciso 4° del artículo 120 del Código de Procedimiento Civil. Como quiera que estaba en discusión y pendiente de resolver el incidente de nulidad formulado, el término para presentar alegatos se debió suspender por el hecho de haber pasado el proceso al Despacho, y reanudarse para contabilizar los restantes 5 días.

Manifiesta que otra irregularidad que afecta el debido proceso y la cual encaja en la causal de nulidad prevista en el estatuto procesal en su numeral 7° del artículo 140 que señala: “*cuando es indebida la representación de las partes...*”, discutiéndose que la demandada Clínica Medilaser al descorrer el traslado de la demanda, no acreditó que la señora Argenis Garavito Arévalo, tuviese la calidad de representante legal de la sociedad mencionada, pues solo se refleja su calidad de gerente, por lo que el Despacho no debió dar por contestada la demanda y en su lugar ninguna actuación en la que actúa el abogado y sus sustitutos tienen validez.

A la par, señala que no se concedió término a la parte demandante para reformar la demanda prevista en el artículo 28 del Código de Procedimiento laboral; y alega que no debió darse curso a la audiencia del 12 de marzo de 2013 en la cual se solicitaron los testimonios de la parte demandante, en razón a que el apoderado judicial doctor Juan Arturo Peña Labrador había solicitado previamente el aplazamiento de dicha diligencia, basado en una justa causa.

>Manifiesta que a su sentir la sentencia no guarda armonía ni con las pretensiones de la demanda, ni con las excepciones propuestas por la pasiva, circunstancia que quebrante el principio de congruencia.

>En relación a la responsabilidad de los demandados, refiere el censor que en materia de apreciación de las pruebas, se omitió sopesar y analizar la magnitud del impacto de varios de los elementos de juicio o pruebas, como lo fueron la historia clínica de la paciente Blanca Elena López; el protocolo de necropsia emitido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses; el interrogatorio de parte practicado al señor José Antonio Cuellar Gaitán, como tampoco se expone el mérito otorgado a los testimonios y demás documentales aportados con la demanda.

CONSIDERACIONES

1.- Sea lo primer decir, que de acuerdo con lo previsto en el numeral 5° del artículo 625 del Código General del Proceso, este recurso se resuelve con base en la normativa del Código de Procedimiento Civil, estatuto procesal vigente para la época en que fueron interpuestos los recursos de apelación.

2.- Considera la Sala que los presupuestos procesales que doctrina y jurisprudencia reclaman para el normal desarrollo del proceso y proveer de mérito en el presente asunto se encuentran satisfechos a cabalidad.

No obstante, es preciso indicar que como una de las inconformidades del apelante es el relacionado con el atinente a que el libelo introductorio no reúne el requisito procesal de demanda en forma, ya que los hechos están mal determinados, y no fueron debidamente clasificados e individualizados, debe señalarse, que desde antaño, es jurisprudencia adoctrinada que cuando el juez al momento de dictar sentencia se encuentra ante una demanda que no ofrezca

la precisión y claridad debidas, bien por la forma como aparecen las súplicas, ora en la exposición de los hechos, también en los fundamentos de derecho, o en las unas y en los otros, está en la obligación de interpretarla para desentrañar el verdadero alcance e intención del demandante, al formular sus súplicas, para lo cual debe tener muy presente todo el conjunto de ese libelo, sin que pueda aislar el petitum de la causa petendi, buscando siempre una afortunada integración, por cuanto los dos forman un todo jurídico; y además si es necesario para precisar su auténtico sentido y aspiración procesal, tener en cuenta las actuaciones que haya desarrollado el actor en el trámite del proceso, lo cual debe observar celosamente el instructor judicial a manera de saneamiento, a efecto de evitar una nulidad o una decisión inhibitoria con grave perjuicio para los litigantes y talanquera infranqueable para que se llegue a la norma individual constituida con la sentencia de fondo, lo que choca con el deber ser de la administración de justicia.

Así las cosas, cuando la demanda no ofrece claridad y precisión en los hechos narrados como sustento de las súplicas impetradas, tiene dicho tanto la jurisprudencia como la doctrina, que para no sacrificar el derecho sustancial, es deber del fallador descubrir la pretensión en tan fundamental pieza procesal y tratar de borrar las imprecisiones, lagunas o vaguedades que en principio quedan exteriorizadas. Con razón se ha dicho que *“la torpe expresión de las ideas no puede ser motivo de repudiación del derecho cuando éste alcanza a percibirse en su intención y en la exposición de ideas del demandante”*, lo cual no es más que la protección de los principios que orientan la observancia del derecho sustancial por encima de las formas, dentro del marco del debido proceso a que se contraen los artículos 29, 228 y 230 de la carta mayor. (Casación Civil del 12 de Diciembre de 1936. T. XLVII. Pag. 483).

Ahora, no debe olvidarse que dentro del trámite del proceso, el extremo demandado puede proponer como excepción previa la ineptitud de la

demanda por falta de los requisitos formales (art. 97 numeral 7 del C.de P.C.) Así mismo el juez debe adoptar las medidas necesarias que eviten nulidades y sentencias inhibitorias y por último, con el requerimiento a las partes, precisar los hechos del proceso en los cuales los contradictores estén de acuerdo y que admitan la prueba de confesión, hechos que se declararán probados y que consecuentemente implicará el rechazo de las pruebas que pretendían demostrarlos.

Siendo que la nueva intención legislativa procesal deja entrever que en materia de los llamados presupuestos procesales, especialmente el denominado como la demanda en forma, ya no es un asunto que corresponde al juzgador estudiarlo en la sentencia que ponga fin a la instancia, pues para este estadio procesal ya debe estar satisfecho, bien porque el operador judicial al estudiar la demanda la inadmitió y el interesado corrigió las deficiencias formales de que adolecía, ora porque la parte demandada propuso la correspondiente excepción previa, o ya porque el juez, en dinámica de las nuevas facultades, adoptó las medidas de saneamiento pertinentes.

En este caso se vislumbra que durante el proceso, la parte actora ha estado representada por tres profesionales del derecho diferentes, inicialmente la abogada Gladis Stella Cometta Hernández, quien presentó la demanda y actuó hasta que se le confirió poder al doctor Jorge Arturo Peña Labrador, y finalmente por el abogado Robinson Charry Perdomo, quien acudió al proceso con posterioridad a la sentencia.

Aduce el último de los apoderados referidos, que el libelo introductorio no reúne los requisitos legales, por cuanto los hechos no fueron debidamente expuestos, clasificados e individualizados.

Verificado el expediente, se tiene que si en su momento, se pasó por alto la eventual falta de claridad, clasificación y determinación de los hechos de la demanda, dando paso a la admisión de la misma, sin que la parte demandada advirtiera defecto alguno al descorrer el traslado de aquella, ni hubiera formulado excepción previa en tal sentido, razón por la que se continuó el trámite del proceso, no es obstáculo para que se defina de fondo el litigio, pues las etapas del procedimiento se adelantaron sin que se alegara por el interesado la situación que hoy expone el apelante en materia de la ineptitud de la demanda.

No debe olvidarse que en derecho existe el principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*¹, es decir, que nadie puede alegar a su favor su propia culpa, como ocurre en este caso, donde la parte actora, independientemente de quién fuera su apoderado, fue quien incurrió en el supuesto defecto mencionado, y ahora alega el mismo tal circunstancia, en procura de un beneficio a costa de sacrificar los principios de lealtad y contradicción.

3.- Ahora, como el recurrente aduce la existencia de varios vicios de nulidad en la actuación, corresponde examinar el punto así:

El régimen de las nulidades procesales previsto en nuestro ordenamiento jurídico, gira en torno a los principios de la especificidad, protección y convalidación.

Así lo ha enseñado la Corte Suprema de Justicia, al indicar: “*Las nulidades procesales no responden a un concepto netamente formalista, sino que revestidas como están de un carácter preponderantemente preventivo para evitar trámites inocuos, son gobernadas por principios básicos, como el de especificidad o*

¹ Sentencia T-122 de 2017

taxatividad, trascendencia, protección y convalidación. Por ello, siguiendo la orientación de restringir en lo posible los motivos de invalidez procesal, el Código de Procedimiento Civil consagró todo un sistema a dicho propósito, en cuanto consignó reglas en relación con la legitimación y la oportunidad para alegarlos, dejando al juez la potestad de rechazarlas de plano cuando la solicitud de nulidad se funde en causal distinta de las determinadas en ese capítulo, en hechos que pudieron alegarse como excepciones previas u ocurrieron antes de promoverse otro incidente de la misma índole, o cuando se propone después de allanada (art. 143). Esto significa, entonces, que las causales de nulidad procesal no pueden ser formuladas por cualquier persona, ni en el momento que discrecionalmente quiera (CSJ SC 017-1997 del 22 de may. de 1997, rad. 4653. En el mismo sentido: SC 018 2002, del 20 de feb. de 2002, Cas Civ. del 29 de feb. de 2012, rad. 5000131030012003-03026-01)...”²

También la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el tema, diciendo: “... Es entonces al legislador a quien le compete, en desarrollo del artículo 29 de la Constitución Política, determinar “las formas propias de cada juicio” y, en desarrollo de esta función, determinar las irregularidades que generan nulidad para garantizar la vigencia de las garantías del debido proceso. Es sólo por excepción que la Constitución Política toma directamente una decisión en la materia, cuando el inciso final del artículo 29 dispone que: “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. En este sentido, esta Corte ha reconocido que “corresponde al legislador dentro de su facultad discrecional, aunque con arreglo a criterios objetivos, razonables y racionales, desarrollar a través de las correspondientes fórmulas normativas las formas o actos procesales que deben ser cumplidos para asegurar su vigencia y respeto. En tal virtud, la regulación del régimen de las nulidades, es un asunto que atañe en principio al legislador, el cual puede señalar, con arreglo a dichos criterios y obedeciendo al principio de la proporcionalidad normativa, las causales o motivos que generan nulidad, a efecto de garantizar la regularidad de las actuaciones procesales y consecuentemente el debido proceso”. Así, en ejercicio de esta

² Sala de Casación Civil, sentencia del 10 de junio de 2015, MP. Dr. Jesús Vall de Rutén Ruiz, expediente 11001-31-03-006-2008-00353 01

competencia normativa, tanto el CPC (artículo 140), derogado, como el CGP (artículo 133), vigente, determinan las causales de nulidad procesal, cuyo carácter taxativo fue declarado constitucional por esta Corte. En este mismo sentido, también hace parte del margen de configuración normativa del legislador en la materia, la determinación de las hipótesis en las que el vicio puede ser subsanado o convalidado y las que no, así como la precisión de las consecuencias que la nulidad procesal acarrea. Esto quiere decir que el legislador establece, por esta vía, una gradación de la importancia concreta de las formas procesales para determinar (i) los defectos procesales que generan nulidad y los que no; (ii) el carácter saneable o insaneable de determinado vicio procesal; y (iii) las consecuencias de la declaratoria de nulidad procesal. Se trata de decisiones que hacen parte de la competencia del Congreso de la República para diseñar los procesos judiciales y, de esta manera, establecer el proceso como uno de los instrumentos esenciales para la eficacia del derecho fundamental de acceso a la justicia y para la realización de la justicia y la igualdad materiales... ”³ .

Como se observa, es el legislador el que regula las formalidades de los actos procesales y establece las sanciones que su inobservancia impone, entre ellas la nulidad de los procesos cuando se produce alguna de las circunstancias taxativamente enlistadas en el artículo 140 del C.P.C., y en el artículo 29 de la Constitución Política, señalando igualmente, la oportunidad en que tales defectos deben alegarse y la forma como pueden sanearse, con ello, se busca garantizar la seguridad jurídica y evitar la proliferación de incidentes de nulidad.

Expone el artículo 142 del C.P.C., en relación a la oportunidad y trámite de las nulidades, que estas “...podrán alegarse en cualquiera de las instancias, antes de que se dicte sentencia, o durante la actuación posterior a ésta si ocurrieron en ella”. Aunado a ello, el inciso segundo del artículo 143 del mismo estatuto, refiere los requisitos para alegar las nulidades, “... la

³ Sentencia C-537 de octubre 5 de 2016.

parte que alegue una nulidad deberá expresar su interés para promoverla, la causal invocada y los hechos en que se fundamenta, y no podrá promover nuevo incidente de nulidad sino por hechos de ocurrencia posterior.

*La nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, sólo podrá alegarse por la persona afectada.
(.....)*

Tampoco podrá alegar las nulidades previstas en los numerales 5° a 9°, del artículo 140, quien haya actuado en el proceso después de ocurrida la respectiva causal sin proponerla.”

Con estas precisiones, tenemos que la parte actora pretende que se declare la nulidad de lo actuado en el proceso, porque se configuran las causales 6a y 7a del artículo 140 del C.P.C., en cuanto no se confirió el término legal para alegar de conclusión, se omitieron los términos u oportunidades para practicar pruebas y que no se acreditó la representación legal de la Clínica Medilaser.

Respecto de la causal 6a, encuentra la Sala que mediante auto de 17 de mayo de 2013 – notificado por estado del 21 de mayo de 2013- se corrió el término común de 8 días para las alegaciones, el cual vencía el 31 de mayo de 2013. Empero, el 20 de mayo de 2013, el entonces apoderado de la parte actora propuso incidente de nulidad, pasando el expediente al despacho el 24 de mayo de 2013, luego, se corrió traslado del incidente por auto de 11 de junio de 2013, y se resolvió mediante providencia del 8 de julio de 2013.

Como se observa, el expediente ingresó al despacho estando en curso el traslado para alegar, razón por la cual, conforme lo previsto por el art. 120 inciso final del C.P.C., dicho término se vio interrumpido y debía reanudarse

al día siguiente de la notificación de la providencia que se profiriera, es decir, debían contabilizarse los 5 días restantes para alegar, luego del 10 de julio de 2013, cuestión que claramente no se hizo, pues así se desprende de los informes de secretaria (fl. 432 C.1).

Sin embargo, de acuerdo con lo establecido en el art. 143 inciso 6° del C.P.C., concordante con el art. 144 numeral 1° del mismo estatuto procesal, la nulidad prevista en el numeral 6° del art. 140 del C.P.C., no podrá alegarla el que haya actuado en el proceso después de ocurrida la respectiva causal sin proponerla y su actuación permitirá tenerla por saneada, ocurriendo en este caso, que luego de los hechos mencionados, el apoderado de la parte actora presentó escrito de renuncia al poder (fl. 443 C.1), y días después el nuevo apoderado de los demandantes presentó poder para actuar (fl. 444 C.1). Es decir, que al haberse presentado las actuaciones mencionadas por los profesionales del derecho, dentro del proceso después de ocurrida la causal sin proponerla, se debe entender saneada la misma por no haberse alegado coyunturalmente y por ende esta colegiatura rechaza la nulidad referida. (Art. 143 inciso 4 ibídem)

Aduce igualmente, que no debió darse curso a la audiencia del 12 de marzo de 2013, en la cual se solicitaron los testimonios de la parte demandante, en razón, a que el apoderado judicial doctor Juan Arturo Peña Labrador, había solicitado previamente el aplazamiento de dicha diligencia basado en una justa causa, debe decirse que dicha circunstancia fue objeto de estudio, cuando el apoderado judicial de la parte demandante formuló incidente de nulidad, y ante la determinación en su contra no interpuso recurso alguno, razón por la cual no es dable volver sobre el mismo punto en esta instancia.

Ahora bien, en cuanto a la causal de nulidad prevista en el numeral 7° del art. 140 del del Código de Procedimiento Civil, prescribe que la causa es nula cuando es «*indebida la representación de las partes*» o, en punto a la procuración judicial, hay «*carencia total de poder para el respectivo proceso*».

Fluye entonces, que la actuación deberá invalidarse en los casos en que interviene un incapaz, una persona jurídica, un patrimonio autónomo o cualquier otro sujeto que deba concurrir al proceso por intermedio de un representante legal o vocero, sin la presencia de éste. Igual consecuencia se originará del hecho de permitir la participación de un abogado, en nombre de uno de los sujetos procesales, sin encargo para actuar.

La Corte Suprema de justicia refiriéndose a este tópico, precisó:

“[L]a indebida representación de las partes en el proceso se da, en primer lugar, cuando alguna de ellas o ambas, pese a no poder actuar por sí misma, como ocurre con los incapaces y las personas jurídicas, lo hace directamente o por intermedio de quien no es su vocero legal; y, en segundo término, cuando interviene asistida por un abogado que carece, total o parcialmente, de poder para desempeñarse en su nombre (SC15437, 11 nov. 2014, exp. n.º 2000-00664-01. En el mismo sentido SC, 11 ag. 1997, rad. n.º 5572).

Se menciona por el apelante, que no se acreditó la representación legal de la Clínica Medilaser.

Al respecto tenemos que señalar liminarmente que a términos del art. 143 inciso 3 del código de enjuiciamiento civil, “*la nulidad por indebida representación.... sólo podrá alegarse por la persona afectada*” Siendo ello

así, el apoderado del extremo demandante no está facultado para alegar la eventual nulidad, pues es evidente que la persona jurídica afectada en este caso particular sería la entidad demandada Clínica Medilaser.

No obstante, y en gracia de discusión revisada la documentación obrante en el expediente, aparece claro que la señora Argenis Garavito Arévalo, era quien fungía como gerente y/o representante legal de la accionada, Clínica Medilaser S.A. Sucursal Florencia.

Obsérvese que, el recurrente equivocadamente afirma que el representante legal de la demandada era el señor Juan Pablo López Rebellón, desconociendo el hecho de que la sociedad Clínica Medilaser S.A., tiene su sede principal en la ciudad de Neiva, donde dicho señor era el gerente, y su sucursal en Florencia, en donde fungía como gerente la señora Garavito Arevalo, razón por cual, conforme los términos del art. 263 del C. de Cio., era mandataria con facultades de representación de la sociedad, y así compareció a este asunto.

Por consiguiente no prospera la solicitud de invalidación bajo estudio.

4.- Refiere así mismo el apelante, que en el adelantamiento del proceso se presentaron las siguientes falencias: i) no se concedió el término para reformar la demanda previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Laboral, por cuanto el asunto inicialmente se tramitó en la jurisdicción laboral y ii) que la sentencia no guarda armonía con las pretensiones de la demanda, ni con las excepciones presentadas por la parte pasiva.

Adviértase que el disentimiento enrostrado por el letrado, apunta a supuestas irregularidades, que de ninguna manera se encasillan dentro de la

lista de las nulidades adjetivas, y siendo que ellas son taxativas, de entrada se rechaza de plano la solicitud del recursista sobre este particular.

Pese a lo anterior, esto es, que no se concedió el término para reformar la demanda, previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Laboral, se advierte que como el asunto inicialmente se tramitó en la jurisdicción laboral, según la disposición citada, la parte actora podrá reformar la demanda por una sola vez, dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del término del traslado de la inicial o de la de reconvenición, si fuere el caso, lo que quiere decir que dicho término no requiere concesión judicial, pues opera por ministerio de la ley.

En cuanto al desconocimiento del art. 305 del Código adjetivo civil señalado, esta colegiatura determina que si se dio cumplimiento a este postulado procesal de la congruencia, como pasa a verse en el siguiente capítulo.

5.- Bajo estas premisas, y no habiendo nulidad que invalide lo actuado, se procede al examen del motivo de inconformidad respecto de la sentencia consistente en que el a- quo no apreció en debida forma el caudal probatorio recaudado, como para concluir que se configura la responsabilidad endilgada a la demandada.

Para ello, memórese que la responsabilidad civil está instituida en el ordenamiento jurídico nacional como una fuente de obligaciones, que justifica la imposición del deber de resarcir un daño o perjuicio cierto y directo, producidos por su propia conducta, o como consecuencia de las acciones de personas o cosas respecto de las cuales tiene una posición de guardián.

En este caso, estamos frente a una controversia de responsabilidad civil médica, en la que no debe perderse de vista que por regla general, las obligaciones del servicio médico son de medio, en la medida que el galeno asume el compromiso de suministrarle al paciente los cuidados concienzudos, solícitos y conforme con los datos adquiridos por la ciencia, lo que se conoce como *lex artis*⁴, que éste requiera, poniendo en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar el enfermo, dentro del marco del contrato de prestación de servicios médicos celebrado en cada caso concreto⁵. Por ello, se ha precisado que los deberes asistenciales que incumben a los médicos son el **diagnóstico y el tratamiento** de las enfermedades, siendo el diagnóstico el conjunto de actos enderezados a determinar la naturaleza y trascendencia de la enfermedad padecida por el paciente, con el fin de diseñar el plan de tratamiento correspondiente, de cuya ejecución dependerá la recuperación de la salud, según las particulares condiciones de aquel, y el tratamiento consiste, en la actividad del médico enderezada a curar, atemperar o mitigar la enfermedad padecida por el paciente (tratamiento terapéutico), o a preservar

⁴ “(...) A las pautas generales de la responsabilidad civil, y a las singulares de la profesional, aúnense las reglas, normas, o directrices específicas reguladoras del arte, ciencia o profesión con los cánones o principios científicos o técnicos de su ejercicio (*Lex artis*), según criterios o procederes usuales en cierto tiempo y lugar, el conocimiento, avance, progreso, desarrollo y estado actual (*Lex artis ad hoc*).

La actividad médica, en la época contemporánea más dinámica, eficiente y precisa merced a los adelantos científicos y tecnológicos, cumple una función de alto contenido social. Al profesional de la salud, es exigible una especial diligencia en el ejercicio de su actividad acorde al estado de la ciencia y el arte, sobre él gravitan prestaciones concretas, sin llegar a extremo rigor, considerada la notable incidencia de la medicina en la vida, salud e integridad de las personas. En este contexto, por regla general, la responsabilidad del médico no puede configurarse sino en el ámbito de la culpa, entendida no como error en que no hubiere incurrido una persona prudente o diligente en idénticas circunstancias a las del autor del daño, sino más exactamente en razón de su profesión que le impone deberes de conducta específicos más exigentes a la luz de la *lex artis*, mandatos, parámetros o estándares imperantes conforme al estado actual de la ciencia, el conocimiento científico, el desarrollo, las reglas de experiencia y su particular proyección en la salud de las personas. (arts. 12, Ley 23 de 1981 y 8° decreto 2280 de 1981), naturalmente “el médico, en el ejercicio de su profesión, está sometido al cumplimiento de una serie de deberes de diversa naturaleza”, incluso éticos componentes de su *lex artis* (cas. civ. sentencia de 31 de marzo de 2003, exp. 6430), respecto de los cuales asume la posición de garante frente a la sociedad y a los usuarios del servicio. (...)” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia 17 de noviembre de 2011. William Namen).

⁵ Corte Suprema de Justicia. Casación Civil de 30 de enero de 2001. Magistrado Ponente: José Fernando Ramírez Gómez.

directa o indirectamente su salud (cuando asume un carácter preventivo o profiláctico), o a mejorar su aspecto estético⁶.

Desde esta óptica, se examinarán los elementos de la responsabilidad, esto es, el hecho dañoso, la culpa y el nexo causal; de estos, el Juzgado dio por sentado el primero, pues no existe duda en relación con el fallecimiento de la señora Blanca Elena López Martínez, compañera de José Antonio Cuellar Gaitán, y madre de Lisseth Dayana y Melissa Cuellar López, y ninguna discusión se ciere sobre el mismo en la apelación.

En cambio, el a-quo descartó los dos últimos, porque no halló culpa alguna en el equipo que intervino en el acto médico, y menos un nexo causal entre la muerte de la paciente y la intervención quirúrgica realizada. En efecto, señaló que la conducta del médico Misael Polania Andrade, no estuvo acompañada de negligencia grave o imprudencia, que tampoco se avizora error en la intervención quirúrgica y menos aún dolo, y que el procedimiento fue realizado de acuerdo con los cánones médicos, es decir, de conformidad con la *lex artis*.

Entonces, como la parte actora aduce que hubo negligencia médica, porque a la señora Blanca Elena López, no se le podía practicar la intervención quirúrgica de dermolipectomía, debido a su estado de salud previo, pues registraba un antecedente ginecobstétrico reciente (cesárea); que tampoco se preparó adecuadamente para el procedimiento, haciendo las pruebas diagnósticas requeridas; siendo que al momento de la cirugía la paciente presentaba sangrado menstrual; y porque el cirujano no se reunió previamente con la paciente ni le explicó en debida forma los riesgos y

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Civil. Sentencia del 26 de noviembre de 2010. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

complicaciones asociadas a la cirugía, se revisaran las pruebas aportadas, a fin de establecer lo pertinente, veamos:

>Revisada la historia clínica aportada con la demanda, se observa que la paciente dio a luz el 10 de agosto de 2010 en la Corporación Medica del Caquetá – Corpomédica-, mediante cesárea programada, la cual se desarrolló sin complicaciones (fl. 86 C.1), dándosele egreso el día siguiente -11/08/2010- y teniendo control postoperatorio el 17 de agosto de 2010, sin novedades y en buen estado general (fl. 44 C.1).

>Obran en autos, los exámenes paraclínicos efectuados a la señora Blanca Elena López, el 26 de octubre de 2010, referentes a uro análisis, glucosa, creatinina, ácido úrico, y cuadro hemático (f 116, 120 y 121 C. N. 1).

>Igualmente, se observa a folio 53, el consentimiento informado suscrito por la señora Blanca Elena López, el 28 de octubre de 2010, en que acepta la realización de valoración previa, que se le explicaron los riesgos, incidentes, accidentes, molestias que podrían ocurrir con el procedimiento, que se le permitió hacer preguntas y fueron respondidas; que se le explicó sobre los posibles riesgos-beneficios propios del paciente con y sin el procedimiento: “*infección, shock hipovolémico, sangrado, hemorragia, embolia grasa*”, además de los riesgos –beneficios anestésicos- en los que se le señala “*hipotensión, bradicardia, paro cardiorrespiratorio, rasck cutáneo, shock anafiláctico*”.

>Por otro lado, se escuchó en interrogatorio al doctor Misael Polania Andrade, galeno especialista y quien estaba a cargo de la dermolipsectomía de la paciente, quien manifestó cuando se le pregunta: ¿se informa en este Despacho que el día 10 de agosto del 2010 la señora Blanca Elena, tuvo un parto que fue por cesárea y su embarazo diagnosticado de alto riesgo, como

quiera que usted practicó la cirugía el 28 de octubre de 2010, en la cual fallece la paciente, que incidencia puede tener la cirugía por cesárea y su estado de salud, en relación con las consecuencias presentadas durante la cirugía de abdominoplastia? Responde: *“Desconozco el término de alto riesgo de su embarazo, porque no es específico a que se refiere, si fue una hipertensión, un producto en mala posición o si era una cesárea previa que se catalogaba de alto riesgo y por la edad de la paciente que tenía 38 años que también se cataloga de alto riesgo en obstetricia, lo cierto es que el período perinatal de alto riesgo se encasilla durante el curso de su embarazo, una vez, desembrazada el riesgo desaparece para la madre y el producto y esta cirugía fue realizada faltando una semana para cumplir los tres meses después de la cesárea, con unos paraclínicos pre-quirúrgico a esta cirugía proyectada totalmente normales y una valoración anestésica pre quirúrgica que no presentaba riesgo aparentemente para la paciente, la cirugía en sí de la abdominoplastia no se alcanzó a realizar, es decir, la paciente nunca fue abierta su piel, pues siempre se empieza por el dorso para posteriormente voltear la paciente, vino la saturación y la falla cardiorrespiratoria, el procedimiento se suspendió inmediatamente y se iniciaron maniobras de reanimación, entramos a lo que llamamos código rojo, donde participa todo el personal del área quirúrgica y después de una hora no logramos reanimarla”.* (fls. 406 a 408 C. No. 1).

>Por su parte, el doctor JIMMY GEOVANI VALENCIA JULIO, médico anestesiólogo, quien asistió como tal al procedimiento estético realizado en la Clínica Medilaser de Florencia, y ante las preguntas formuladas por el Despacho y los apoderados referentes a ¿qué tipo de exámenes previos a la cirugía se le ordenaron y practicaron a la paciente? Respondió: *“Se le ordenó un cuadro hemático, tiempo de coagulación y una química sanguínea, ella era una paciente de 38 años de edad, con estos laboratorios tenemos información suficiente para avalar la cirugía*

clínicamente”. A su vez, se le indaga si ¿se encontraba presente para el momento del fallecimiento de la señora Blanca Elena López Martínez? a lo que responde: *“Si, los anestesiólogos somos los profesionales de la medicina, nosotros ingresamos al quirófano tiempo antes que ingrese el paciente, proporcionamos la anestesia y debemos estar en el quirófano durante todo el rato quirúrgico, hasta que este termine y acompañar el paciente a la sala de recuperación, en este caso a mitad del acto quirúrgico la paciente sufrió de saturación, esto quiere decir que bajo la concentración de oxígeno, una vez la saturación de oxígeno empieza a decrecer asistimos a la paciente con mascarilla facial y la saturación continúa decreciente, cuando esa saturación llega a cifras críticas la paciente presenta bradicardia, que no responde a medicamentos inotrópicos y crono trópicos por lo que decidimos intubarla e iniciar maniobras de reanimación avanzada, cae en paro-cardiorrespiratorio el cual no es reversible después de 30 a 40 minutos*”. Se le pregunta igualmente, ¿Si la embolia grasa es una de las complicaciones o riesgos propios, inherentes al procedimiento quirúrgico realizado a la paciente? Responde: *“Si, de hecho se hace de conocimiento del paciente y de un familiar y a la vez se deja constancia en un documento clínico que se llama consentimiento informado, el cual es firmado por todos los pacientes que van hacer sometidos a cirugía*”. (fls.398 a 402 C. No. 1).

>Respecto a la prueba pericial rendida por el Doctor GIOVANI MONTEALEGRE GÓMEZ, galeno especialista en cirugía plástica del Departamento de Cirugía de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Colombia, dictamen que fue remitido el 11/01/2012, se puede extractar lo siguiente, y es cuando se le consulta ¿En qué consiste el procedimiento quirúrgico de abdominoplastia, indicando además los riesgos o complicaciones frecuentes del mismo? Responde: *“la dermolipsectomía o es un procedimiento quirúrgico mediante el cual se retira el exceso de piel y grasa de la región abdominal, mediante una incisión por encima de la región púbica*

se separa la piel y grasa redundante, se reposicionan los músculos de la pared abdominal mediante una plicatura o amarre, se retira el exceso de tejidos y se exterioriza el botón del ombligo. Frecuentemente se acompaña de lipoaspiración, también llamada lipoescultura o liposucción de la región dorso, espalda o miembros inferiores. Los riesgos de este procedimiento se producen bien sea por la anestesia o por el procedimiento quirúrgico en sí mismo. (...) las dermolipectomías pueden complicarse en forma aguda con tromboembolismo pulmonar, embolismo graso, hemorragias, perforaciones abdominales y muerte. (...)”.

A su vez, señala en su experticia que la embolia grasa *“Es una complicación inherente al procedimiento quirúrgico, tal como lo reporta la literatura médica, y se presenta incluso en pacientes en los cuales no hay factores de riesgo establecidos”, que “Cuando se presenta la embolia grasa las partículas de grasa que viajan por el torrente sanguíneo hacia los pulmones y el corazón produce un colapso cardiorrespiratorio, el cual ocasiona un paro cardiorrespiratorio con shock hipovolémico y muerte en más del 80% de los pacientes”*. Se le interroga ¿si la ocurrencia de la embolia grasa y el posterior paro cardiorrespiratorio en curso del procedimiento quirúrgico, son hechos que se presentan de manera súbita e imprevisible, y sus consecuencias pueden ser mortales? Responde: *“los hechos presentados y que causaron la muerte de la paciente tienen ocurrencia en forma esporádica, se presentan en forma súbita, son impredecibles y generalmente ocasionan la muerte del paciente por el compromiso cardiorrespiratorio”*. Y concluye que *“Revisando los documentos allegados en la historia clínica se encuentra que se programa un procedimiento quirúrgico que se realiza con frecuencia en cirugía plástica, tiene una valoración prequirúrgica en la cual no se encuentran factores de riesgo que contraindiquen su realización. Tiene el debido consentimiento informado de los riesgos quirúrgicos firmado por la paciente, así mismo se solicitaron los exámenes paraclínicos*

correspondientes, la descripción quirúrgica corresponde a un procedimiento aceptado por la comunidad científica, la complicación fatal está reportada en la literatura médica y una vez presentada se realizó el manejo correspondiente. Por lo tanto el manejo y los procedimientos se ajustan a la “lex artis” del ejercicio de la cirugía plástica”(resaltado fuera de texto).

Como se observa, a la señora Blanca Elena López, se le realizó cesárea el 10 de agosto de 2010, para dar a luz a su bebé, y posteriormente el 28 de octubre de 2010, fue sometida a la intervención estética llamada dermolipectomía en la que participaron los doctores Misael Polania Andrade, como cirujano plástico y Jimmy Geovani Valencia Julio, como médico anestesiólogo, y en el transcurso de la misma, la paciente presentó complicaciones consistentes en saturación, es decir, bajó la concentración de oxígeno, llegando a una cifra crítica y presentando con ello bradicardia, y produciéndose una embolia grasa llegando al corazón y produciendo un colapso cardiorrespiratorio.

Quedó determinado en el plenario, que a la mencionada señora le fueron ordenados y practicados exámenes paraclínicos previos, los que determinaban que era una paciente apta para el procedimiento estético y que la cesárea realizada previamente no tenía implicaciones para una nueva intervención. A su vez, se logra establecer que la paciente firmó la autorización para la cirugía, en la que acepta que se le hizo una evaluación y valoración previa, que se le explicaron los riesgos, incidentes, accidentes, molestias que podrían ocurrir con el procedimiento, que se le permitió hacer preguntas y fueron respondidas, y que se le explicó sobre el posible resultado, que estaba sujeto a variaciones y condiciones individuales.

Así las cosas, y de las pruebas aportadas al expediente, analizadas en conjunto, se concluye que no fue demostrada ninguna actuación culposa del

equipo médico que intervino a la señora López Martínez, siendo atribuible su fallecimiento, a una complicación propia del procedimiento quirúrgico y estético que pensaba efectuarse, esto es, un paro cardiorrespiratorio derivado de una embolia grasa, que según la literatura médica, como lo explica el doctor Giovani Montealegre Gómez, es uno de los riesgos del procedimiento en sí y se presenta incluso en pacientes en los cuales no hay factores de riesgo establecidos, se presenta en forma súbita, es impredecible y generalmente ocasiona la muerte del paciente por el compromiso cardiorrespiratorio.

Recuérdese que si bien es cierto, en estos casos opera el principio de carga dinámica de la prueba, esto es, que quien este en mejores posibilidades de aportar la prueba debe hacerlo, también lo es que radicaba en cabeza de la parte actora acreditar los elementos configurativos de la responsabilidad que alega, cuestión que no hizo, pues ni siquiera hizo comparecer a los testigos citados, ni aportó pruebas que rebatieran las versiones de los médicos involucrados, ni hizo manifestación alguna frente al dictamen pericial que concluye la inexistencia de culpa médica.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, resulta claro que la sentencia de primera instancia guarda completa relación con las pretensiones de la demanda y las excepciones presentadas por los demandados, no advirtiéndose vulneración alguna al principio de congruencia.

6.- En vista de lo anterior, y teniendo en cuenta que se encontraron infundados los argumentos de apelación, procederá esta Corporación a prohiar la sentencia de primera instancia, con la consecuente condena en costas a cargo de la parte actora, de conformidad con lo previsto en el art. 392 numeral 3º del C.P.C.

En consonancia con lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, constituido en Sala Quinta de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de Florencia, el 09 de septiembre del año 2013, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia a la parte demandante. Por secretaria líquidense conforme lo prevé el art. 393 del C.P.C.

TERCERO: Una vez en firme este proveído, DEVUÉLVANSE las diligencias al juzgado de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Fallo discutido y aprobado en sesión de sala, conforme al acta 49 de esta misma fecha.

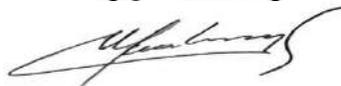
Los magistrados,



DIELA H.L.M ORTEGA CASTRO



NURIA MAYERLY CUERVO ESPINOSA



MARIO GARCIA IBATÁ



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA QUINTA DE DECISIÓN

Florencia, treinta (30) de julio del año dos mil veinte (2020)

MAGISTRADA PONENTE: DRA. DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO

Se ocupa esta Corporación del recurso de apelación impetrado por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia, emitida el 14 de julio de 2014, por el extinto Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de Florencia Caquetá.

I. ANTECEDENTES

1.1. Mediante apoderada judicial, la señora Rosalvina Sánchez Melenje actuando en nombre propio y en representación de su menor hijo Andrés Felipe Almario Sánchez, promovió demanda ordinaria de responsabilidad civil en contra de Solsalud EPS y la Clínica San Jorge Ltda (hoy liquidada), con el fin de que sean declaradas contractual y/o extracontractualmente responsables por los perjuicios materiales y morales causados a los demandantes por deficiencias, negligencias y omisiones cometidas en la prestación del servicio médico, en el que resultó lesionado el menor demandante; en consecuencia, se condene a las demandadas a pagar 1000 gramos de oro para cada uno de los demandantes por concepto de perjuicios morales, y por daños materiales para Andrés Felipe Almario Sánchez bajo el concepto de daño emergente \$30.000.000 de pesos por

gastos médicos y el 30% de todo el proceso por la asesoría jurídica, y \$2.256.000.000 por concepto de lucro cesante, y para Rosalvina Sánchez por perjuicios materiales a razón de daño emergente \$16.991.264 por salarios dejados de percibir y \$5.000.000 por gastos médicos, y por lucro cesante la suma de \$224.000.000.

1.2. Como fundamento de tales peticiones, se indicó lo siguiente:

- Que Rosalvina Sánchez Melenje para finales del año 2004 se encontraba afiliada a Solsalud EPS, época en que quedó en estado de embarazo, el cual transcurrió en absoluta normalidad; sin embargo, su médico tratante le había advertido que por el tamaño del bebe era necesario practicar cesárea.

- El 11 de agosto de 2005, Rosalvina ingresó a la Clínica de Especialistas San Jorge Ltda, para atender su parto, siendo valorada por el ginecólogo Javier Natera Viano y el médico Jhon Guerra, a quienes les puso de manifiesto que su bebé era muy grande y que debía realizarle una cesárea, siendo la respuesta del doctor Natera Viano, que si ya había tenido un bebé de 10 libras, podía soportar otro, suministrándole medicina para aumentar las contracciones y agilizar el parto.

- En la sala de partos, fue atendida por el médico Jhon Guerra y aproximadamente a las 22:20 horas, nació el menor Andrés Felipe Almario Sánchez, quien fue recibido por el pediatra Oswaldo Gordon y el ginecólogo Natera Viano, siendo remitido al Hospital María Inmaculada por su delicado estado de salud, debido a que nació desmayado por el maltrato sufrido durante el parto. Adujo, que pese al nerviosismo latente del Dr. Natera, éste terminó la intervención médica colocando los respectivos puntos.

- Sostiene que sin explicación aparente, ella salió de ese tratamiento médico lesionada de la columna vertebral y el coxis y que el 14 de agosto, una vez dada de alta, se dirigió al Hospital María Inmaculada y fue allí donde se dio cuenta que su menor había sido maltratado en el parto y presentaba fractura en su brazo, razón por la cual se dirigió a la Clínica San Jorge a fin de obtener respuestas, pero no le suministraron información, pero que días después encontró al Dr. Natera quien le manifestó que la lesión del menor era normal y sanaría rápido y se comprometió para que le practicaran terapias al menor.

- Las terapias del menor fueron realizadas en FAMAC y los médicos de allí afirmaron que al menor en el parto le habían fracturado la clavícula y por tal motivo tenía una lesión en el brazo de plexo braquial izquierdo y no tenía recuperación porque le habían lesionado los nervios, tendones, metacarpo de la mano y todo el brazo; significando perturbación funcional definitiva del miembro izquierdo.

II. TRÁMITE PROCESAL

2.1. El 29 de abril de 2009 se repartió el asunto al Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de Bogotá, el cual admitió la demanda y ordenó la notificación de las demandadas.

Oportunamente, la demandada Clínica San Jorge Ltda, contestó la demanda, propuso como excepción de fondo: “*riesgo inherente al procedimiento médico efectuado en atención al estado de la paciente y del feto*” y llamó en garantía a la compañía aseguradora La Previsora S.A. Además presentó excepción previa de falta de competencia, la que se encontró fundada, razón por la cual se remitió el asunto a los Juzgados Civiles del Circuito de Florencia.

2.2. El 18 de diciembre de 2009, fue repartido el asunto al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Florencia, el cual rechazó de plano la demanda y la remitió por competencia a los Juzgados Laborales de Florencia.

2.3. Correspondió por reparto al Juzgado Primero Laboral de esta ciudad, el cual admitió la demanda el 12 de marzo de 2010, y ordenó notificar a las partes, las cuales dieron contestación por separado a la demanda, habiéndolo hecho el 31 de mayo de 2010 Solsalud EPS de manera extemporánea, y el 19 de agosto del mismo año la Clínica de Especialistas San Jorge Ltda., quien se opuso a las pretensiones, propuso excepción previa de prescripción de la acción” y excepcionó de fondo: *“riesgo inherente al procedimiento médico efectuado en atención al estado de la paciente y del feto”*, insistiendo en el llamado en garantía de Compañía Aseguradora La Previsora S.A., quien dentro del término contestó la demanda proponiendo como excepciones: *“prescripción de las acciones”*, *“ausencia de responsabilidad civil profesional”* y *“la genérica”* asimismo, contestó el llamamiento en garantía proponiendo como excepciones: *“inexistencia de siniestro”* y *“la genérica”*.

Posteriormente se llevó a cabo la audiencia de que trataba el art. 77 del C.P.L., sin ánimo conciliatorio, se decretaron las pruebas y se consideró decidir la excepción previa de prescripción en la sentencia.

2.4. Luego de que se practicaron algunas pruebas se declaró que la competencia para conocer el proceso radicaba en la jurisdicción civil, y bajo ese criterio, mediante auto del 9 de febrero de 2012 el Juzgado Primero Civil del Circuito avocó conocimiento, declaró nulidad de todo lo actuado en el juzgado laboral y por cuenta del Acuerdo PSAA8703 de 2011 del Consejo Superior de la Judicatura, envió el proceso al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Florencia de oralidad, el cual se apartó del

pronunciamiento de nulidad de todo lo actuado y envió el proceso al Juzgado Civil del Circuito de Descongestión, el cual avocó conocimiento, reabrió a pruebas el proceso, recepcionó los alegatos de conclusión de la llamada en garantía y la demandada Clínica San Jorge Ltda., entidad liquidada, en adelante Clínica Medilaser y se dictó el fallo de instancia.

III. LA SENTENCIA

Mediante providencia de 14 de julio de 2014, el Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de Florencia, declaró no probados los hechos en que se funda la demanda y en consecuencia negó en su totalidad sus pretensiones, en contraposición declaró probados los hechos en que se funda las excepciones de fondo denominadas “*ausencia o inexistencia de responsabilidad civil por parte de Solsalud en la conducta supuestamente negligente y el daño*” propuesta por Solsalud EPS; así como la de “*riesgo inherente al procedimiento médico efectuado en atención al estado de la paciente y del feto*” propuesta por la Clínica de Especialistas San Jorge Limitada, luego de considerar que no se estructuraron en el presente asunto todos los elementos de la responsabilidad civil alegada, esto es, la culpa, el daño y la relación de causalidad.

Lo anterior, en vista de que aunque no hubo discusión en cuanto que la señora Rosalvina Sánchez Melenje fue atendida en la Clínica de Especialistas San Jorge Ltda, el 11 de agosto de 2005, y que hubo un daño representado en la lesión del plexo braquial izquierdo del menor Almario Sánchez al momento de su nacimiento, de las pruebas valoradas se colige que en la atención médica no existió incumplimiento del contrato, ni culpa o conducta reprochable en los galenos que conllevarse a considerar aquel acto médico contrario a la *lex artis*, como tampoco se acreditó el nexo causal entre el daño y el proceder de los profesionales de la salud que atendieron a la actora y a su menor hijo, pues no existen elementos

probatorios que de manera contundente e inequívoca lleven a suponer que fue el proceder médico, la negligencia asistencial, la falta de cuidado del personal administrativo o de la salud, lo que generaron la citada lesión en la humanidad del menor.

Tuvo en cuenta que para determinar si existió o no incumplimiento del contrato por parte de las demandadas, es de vital importancia el análisis de la historia clínica; empero dado que fue objeto de revisión y análisis por parte de la perito del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, éste se tomó de manera de referencia en la determinación de la culpa galénica; razón por la cual luego del análisis de la experticia allegada, concluyó que si bien existió un lastimoso resultado de lesión del plexo braquial izquierdo del menor Andrés Felipe Almario Sánchez, no existe prueba que haga suponer que los protocolos y procedimientos utilizados por el galeno tratante, hayan sido ejecutados en desconocimiento de la *lex artis* y en consecuencia no puede hablarse de responsabilidad en cabeza de las entidades demandadas.

IV. EL RECURSO INTERPUESTO

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte demandante, interpuso recurso de apelación, aduciendo que los elementos probatorios arrimados dan cuenta que no es culpa de su prohijada ninguna de las situaciones sufridas por su menor hijo, pues está clarísimo que antes del parto estaba definida la condición macrosómica del menor lesionado y por tanto requería ser atendido de manera diferente en el parto, además que en el vientre, aquel bebé no presentaba ninguna forma de lesión, que de manera previa ya estaba definida que el parto sería por vía de cesárea, y que se trató de un parto difícil que terminó en lesión del menor.

Luego de exponer conceptos médicos sobre macrosomía fetal, expuso que de conformidad con el Consejo de Estado se constituye indicio de falla del servicio el solo hecho de que un embarazo evolucione de forma normal y el alumbramiento no sea satisfactorio.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Sea lo primero decir, que los presupuestos procesales que la doctrina y jurisprudencia exigen para el normal desarrollo del proceso, se encuentran satisfechos a cabalidad, además no se advierte causal de nulidad alguna que invalide la actuación surtida.

5.2. De acuerdo con lo previsto en el numeral 5° del artículo 625 del Código General del Proceso, este recurso se resuelve con base en la normativa del Código de Procedimiento Civil, estatuto procesal vigente para la época en que fue interpuesto el recurso de apelación.

5.3. Se ocupa la Sala de una controversia de responsabilidad civil médica, tipología que es de linaje contractual de acuerdo a lo expuesto por la jurisprudencia y doctrina dominante¹; es así, que las obligaciones derivadas del servicio médico son obligaciones de medio, de forma que el galeno no asume exactamente el compromiso de curar al enfermo, sino el de suministrarle cuidados concienzudos, solícitos y conforme con los datos adquiridos por la ciencia, esto es, poner en marcha todos los medios que tenga a su alcance para proporcionarle salud al enfermo², dentro del marco del contrato de prestación de servicios médicos celebrado en cada caso concreto³.

¹ Corte Suprema de Justicia. Casación Civil de 5 de marzo de 1940.

² Corte Suprema de Justicia. Casación Civil de 12 de septiembre de 1985. Magistrado Ponente: Horacio Montoya Gil.

³ Corte Suprema de Justicia. Casación Civil de 30 de enero de 2001. Magistrado Ponente: José Fernando Ramírez Gómez.

Es por ello, que se ha precisado que los deberes asistenciales que incumben a los médicos son el diagnóstico y el tratamiento de las enfermedades, siendo **el diagnóstico** el conjunto de actos enderezados a determinar la naturaleza y trascendencia de la enfermedad padecida por el paciente, con el fin de diseñar el plan de tratamiento correspondiente, de cuya ejecución dependerá la recuperación de la salud, según las particulares condiciones de aquel, y **el tratamiento** consiste, en la actividad del médico enderezada a curar, atemperar o mitigar la enfermedad padecida por el paciente (tratamiento terapéutico), o a preservar directa o indirectamente su salud (cuando asume un carácter preventivo o profiláctico), o a mejorar su aspecto estético⁴.

En este orden, resulta evidente que el buen suceso de este tipo de responsabilidad, está sujeto a la conjunción de los siguientes requisitos: **a) una conducta culpable consistente en el incumplimiento, cumplimiento imperfecto o retardado de obligaciones; b) un daño o perjuicio; y c) la relación de causalidad entre la culpa y el daño**, los cuales pasarán a examinarse en conjunto con las pruebas recaudadas en el plenario.

En relación con el elemento culpabilidad, conviene precisar que la misma debe probarse, de cada a lo que se ha entendido como deberes relativos al acto médico, veamos: *“Justamente, la civil médica, es una especie de la responsabilidad profesional sujeta a las reglas del ejercicio de la profesión de la medicina, y cuando en cualquiera de sus fases de prevención, pronóstico, diagnóstico, intervención, tratamiento, seguimiento y control, se causa daño, demostrados los restantes elementos de la responsabilidad civil, hay lugar a su reparación a cargo del autor o, in solidum si fueren varios los autores, 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*

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Civil. Sentencia del 26 de noviembre de 2010. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

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”⁵.

5.4. En el caso de autos, la actora la señora Rosalvina Sánchez Melenje actuando en nombre propio y en representación de su menor hijo Andrés Felipe Almario Sánchez, demanda a Solsalud EPS y a la Clínica de Especialistas San Jorge Ltda., con el propósito de que sean declaradas responsables por los perjuicios materiales y morales ocasionados a ellos por deficiencia, negligencia y omisiones en la atención del parto, que generaron lesiones en columna vertebral a la primera, y pérdida funcional definitiva en el brazo izquierdo del segundo.

Se encamina entonces este estudio a establecer si se dan los elementos de la responsabilidad que se endilga a las demandadas, considerando que se encuentra probado que la señora Rosalvina Sánchez Melenje, afiliada a Solsalud EPS, es la progenitora de Andrés Felipe Almario Sánchez, nacido el 11 de agosto de 2005, en la Clínica de Especialistas San Jorge Ltda.

5.4.1. Para el efecto, corresponde en primera medida, revisar la actuación médica que involucró a la señora Rosalvina Sánchez Melenje y a su menor hijo Andrés Felipe Almario Sánchez, pues *“por mandato normativo, la historia clínica consigna de manera cronológica, clara, precisa, fidedigna, completa, expresa y legible todo el cuadro clínico en las distintas fases del acto médico desde su iniciación hasta su culminación, a partir del ingreso del paciente a una institución de salud a su salida, incluso en la rehabilitación, seguimiento y control; contiene el registro de*

⁵ CSJ, Civil. SCI5746-2014.

los antecedentes, y el estado de salud del paciente, la anamnesis, el diagnóstico, tratamiento, medicamentos aplicados, la evolución, el seguimiento, control, protocolo quirúrgico, indicación del equipo médico, registro de la anestesia, los estudios complementarios, la ubicación en el centro hospitalario, el personal, las pruebas diagnósticas, etc. Trátase de un documento probatorio sujeto a reserva o confidencialidad legal cuyo titular es el paciente y cuya custodia corresponde al profesional o prestador de salud, al cual puede acceder aquél, el usuario, las personas autorizadas por éstos, el equipo de salud y las autoridades competentes en los casos legales, ostenta una particular relevancia probatoria para valorar los deberes de conducta del médico, la atención médica al paciente, su elaboración en forma es una obligación imperativa del profesional e instituciones prestadoras del servicio, y su omisión u observancia defectuosa, irregular e incompleta, entraña importantes consecuencias, no sólo en el ámbito disciplinario sino en los procesos judiciales, en especial, de responsabilidad civil, por constituir incumplimiento de una obligación legal integrante de la respectiva relación jurídica” .⁶ (Subrayado fuera de texto).

Es así, que del examen de la historia clínica aportada al expediente, se observa lo siguiente:

> Que la señora Rosalvina Sánchez Melenje tuvo su primer control prenatal el 14 de diciembre de 2004, asistiendo en los meses siguientes - enero, febrero (Fl. 654 C.2.), marzo, abril, mayo, junio y julio de 2005 (Fl. 70 y 72 C. 1)- a controles normales, sin novedades ni complicaciones.

>Que durante el embarazo se le realizaron dos ecografías obstétricas, la primera el 20 de diciembre de 2004 (Fl. 112 C. 1), en la que

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 17 de noviembre de 2011. M.P. William Namén.

se reportó 8 semanas y 5 días de embarazo con fecha probable de parto del 27 de julio de 2005, y la segunda el 9 de junio de 2005, en la que se evidenció un embarazo de 34 semanas y 4 días, con fecha probable de parto, el 17 de julio de 2005, y peso aproximado del feto de 2.359 gramos.

>Que desde el control de mayo de 2005, se evidenciaba mayor altura uterina, por encima del promedio normal.

>Que asistió el 11 de agosto de 2005, indicando “*vine porque se está pasando de tiempo el parto, no asistió a control de los 15 días, niega dolor*”, razón por la cual “*se remite a Clínica San Jorge para valoración urgente por ginecología*”(Fl. 72 C.1. –reverso y 680 C.2)

>Que el registro de entrada a la Clínica de Especialistas San Jorge, el 11 de agosto de 2011, dice “*Diagnóstico: Gestación 42 semanas, macrosomia fetal. Procedimiento: Atención parto vaginal. Enfermedad actual: paciente quien ingresa remitida FUR: 23/oct/04; Ecografías 2, la primera el 20/dic/04 y la segunda el 09/06/05, para hoy 43 semanas, FUP: hace 5 años, partos anteriores: vaginales eutócicos*” (Fl. 632 C. 2).

>Que ese mismo día, a las 6:55 pm, presentó ruptura espontánea de membranas y líquido amniótico con meconio grado II, luego a las 8 de la noche, no presentaba actividad uterina, y a las 8:30 se registra: “*fetos anteriores macrosómicos y partos vaginales, actividad uterina irregular, dilatación 4 cms*”, se ordena “*refuerzo de actividad uterina y control de FCF y de actividad uterina*” (Fl. 432 C. 2.)

>A las 10 de la noche, se reporta: “*Nota de parto: asepsia del área, episiotomía profiláctica y desprendimiento fetal que presenta retención de hombro izquierdo. Se extrae hombro derecho, expulsión final laboriosa, líquido amniótico, feto macrosómico con signos de hipermadurez,*

hipotónico que se reanima y se pasa a valoración por pediatría, alumbramiento tipo Schultze, sangrado habitual, útero contraído, no complicaciones mayores” (Fl. 434- reverso C. 2.)

El registro de pediatría, indica: *“recién nacido a término hipertrófico de sexo masculino, obtenido por parto vaginal muy laborioso (luego letras y concepto imposible de identificar), con reanimación cardiorespiratoria en ambú previa aspiración de orofaringe, impregnado de meconio maloliente. Hijo de madre multigestante. E.F: Peso: 5kgs, talla: 53cms, pc: 39 cms. Irritable, impregnado de meconio, tiraje intercostal, abdomen blando, sin masas ni crecimientos viscerales, genitales exteriores normales, esfacelación en miembros inferiores; goro incompleto (no hay respuesta en miembro superior izquierdo), se remite a la unidad de cuidados intensivos neonatales. IDx: 1. Recién nacido a término hipertrófico. 2. Lesión del plexo braquial izq / Fx de clavícula izquierda? 3. Aspiración de líquido amniótico meconiado. 4. Sepsis neonatal temprana? Debe trasladarse con médico acompañante /Oz/ ambulancia medicalizada / equipo de reanimación” (Fl. 375/432/443 reverso C. 2).*

>En la epicrisis de la fecha se consignó: *“- parto vaginal distócico. – Retención de hombro por macrosomia fetal. S anémico” (Fl. 464 – reverso C. 2.). Igualmente, “- RN postérmino hipertrófico. – Asfixia. – Aspiración de líquido amniótico meconiado. – lesión del plexo braquial izq”.* (Fl. 465 – Reverso C.2.).

>Asimismo las notas de enfermería de ese mismo día registran: *“(…) se produce parto espontáneo dando como resultado RN vivo de sexo masculino, con apgar 5/7, hijo de madre multigestante, parto laborioso, se hace reanimación cardiorespiratoria, se hace aspiración de secreciones y se hace lavado gástrico. RN meconiado muy maloliente, con peso 5000 gr,*

talla 56 cm, pc 39 cm, es valorado por el Dr. Gordon quien ordena canalizar y remitirlo al HMI. Se traslada menor en ambulancia con médico acompañante y con Oz c cánula nasal. Alumbramiento de placenta completa a los 10 minutos se sutura epicio por parte del Dr. Natera, se para a la unidad con Ley y tto indicado, sangrado moderado. No se le tomó TSH x la urgencia y porque el cordón estaba muy meconiado y maloliente (Fl. 372 C.2.)

>Se observa que al recién nacido se le efectúa examen de electromiografía y potenciales evocados el 14 de octubre de 2005, realizado por el Dr. Juan Manuel Rivera Orozco, anotando los siguiente hallazgos: *“ausencia potencial de acción motora compuesta de axilar y musculocutáneo, normalidad en potencial de acción radial. EMG con fibrilaciones en miotoma c5 izquierdo, y las conclusiones fueron: “compatible con lesión de raíz nerviosa C5 con denervación activa, clínicamente compatible con parálisis de erb”(Fls. 486-487 C.2).*

5.4.2. Obra también en autos, la electromiografía realizada al menor Andres Felipe, cinco años después, en el Centro Médico de Especialista El Nogal de la ciudad de Neiva, por orden de la Junta Regional de Invalidez del Huila, en el que se concluye: *“los resultados obtenidos en el presente estudio de EMG y VCN de los MMSS, mostraron signos electrofisiológicos compatibles con: 1) Lesión antigua del PLEJO BRAQUIAL IZQUIERDO” con un compromiso de las raíces C5-C6-C7, con recuperación parcial, pero con un compromiso mayor secular en C7. 2) Lesión menor y recuperada casi en su totalidad de las raíces c8-t1. Lo anterior es conocida como una parálisis de Erb-Duchenne-Klumpke, recuperada parcialmente especialmente en las raíces distales” (Fl. 549 C.2.).*

5.4.3. Asimismo, obra en el expediente dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila del 19 de agosto de 2011,

cuyo diagnóstico fue: “*lesión del plejo braquial izquierdo*” y describió: deficiencias 8.77%, discapacidad 3.8% y minusvalía 15.50%, para un total de pérdida de capacidad laboral del menor Andrés Felipe de 28.07% (Fl. 557 C.2.).

5.4.4. De igual manera, se allegó dictamen pericial de clínica forense realizado por la doctora Ana María Londoño Zapata, especialista en ginecología del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de la Dirección Seccional del Quindío (Fls. 755-763 C. 2), de fecha 7 de abril de 2014, del cual se resalta:

1. *“la retención de hombros o distocia de hombros es la incapacidad de los hombros para atravesar la pelvis materna de forma espontánea una vez que ha salido la cabeza fetal”. Como el médico que atiende el parto es quien determina que maniobras adicionales son necesarias en ese momento, el diagnóstico de distocia de hombros tiene un componente subjetivo, ya que formas leves pueden ser sobre o subdiagnosticadas.*

2. *La incidencia aproximada de distocia de hombros es del 0.15% de todos los fetos neonatos que pesen más de 2.500 gramos, del 1.7% para aquellos que pesan más de 4.000 gramos, y entre 9.2 y 24% cuando sobrepasan los 4.500 gramos. La distocia de hombros no se puede predecir a partir de las características clínicas del trabajo de parto ni de otros elementos, ya que no existen métodos exactos para identificar cuales fetos van a experimentar esta complicación, y más de la mitad de los casos ocurren sin factores de riesgo identificables.*

3. *La distocia de hombros y las maniobras para solucionarla pueden producir morbilidad neonatal significativa con fractura de húmero o clavícula, lesiones del plexo braquial y secuelas neurológicas o mortalidad por asfixia grave. La incidencia de lesiones del plexo braquial posterior a un parto complicado por distocia de hombros varía entre 4 a 40%, muchos de estos casos se resuelven sin discapacidad permanente y menos del 10% resulta en lesión persistente del plexo braquial. Hay datos de que un 34 a 47% de lesiones de*

plexo braquial no se asocia a distocia de hombros, de hecho un 4% ocurre después de una cesárea.

4. *Los métodos primarios para la estimación clínica del peso fetal son las maniobras de Leopold y la medición de la altura uterina. Estudios que evalúan estos dos parámetros para detectar macrosomía fetal, reportan baja sensibilidad: 10 a 43%. Aunque la ecografía permite la medición directa de varias partes del cuerpo fetal, su precisión en predecir macrosomía ha sido poco fiable. Muchas unidades ecográficas tienen ecuaciones programadas en el software para calcular el peso fetal, infortunadamente, muchas de esas fórmulas se asocian con errores significativos cuando el feto es macrosómico, por ejemplo la fórmula de Hadlock comúnmente usada para predecir peso fetal tiene porcentaje de error del 13% cuando el feto pesa más de 4.500 gramos. Comparado con 8% para fetos no macrosómicos. Entonces, un diagnóstico ecográfico de un peso fetal estimado mayor de 4.500 gramos no es preciso como muchos piensan. Cuando el peso al nacer excede 4.500 gramos, solo el 50% de estos están dentro del 10% estimado por ecografía. La sensibilidad de la ecografía para detectar macrosomía fetal es de 22 a 44%. Esto sugiere que la utilidad de la ecografía para obtener el peso fetal estimado es limitada y esas limitaciones no son operador dependiente, ni equipo dependiente.*

5. *Hay dos puntos de controversia sobre la realización de cesárea por sospecha de macrosomía fetal. Primero, el riesgo de trauma al nacer asociado con parto vaginal se incrementa con el peso fetal. Segundo, el parto por cesárea reduce – pero no elimina – el riesgo de trauma al nacer y de lesión del plexo braquial asociados a macrosomía fetal. Parece lógico pensar que para cualquier mujer tiene que haber un peso fetal más allá del cual los riesgos de parto vaginal para el feto son lo suficientemente altos para justificar una cesárea. La efectividad de ofrecer una cesárea profiláctica a mujeres con algún peso fetal estimado específico no ha sido establecida en estudios clínicos. Solo un estudio observacional disponible hasta 2008 (publicado en el journal americano de obstetricia y ginecología en 1998) evaluó la política de usar el peso fetal estimado (PFE) por ecografía para determinar la vía del parto. Tomaron un grupo de 1337 gestantes diabéticas, se les realizó cesárea electiva a quienes tenían un PFE por ecografía mayor de 4250 gramos e inducción de trabajo de*

parto a quienes tenían feto grande pero por debajo de 4250 gramos. Al final, no se halló una reducción significativa en el riesgo de distocia de hombros.

6. *Actualmente no hay estudios prospectivos que hayan valorado el verdadero riesgo de distocia de hombros o de lesión del plexo braquial en relación con el peso fetal estimado.*

7. *Finalmente, el Colegio Americano de Obstetricia y Ginecología (ACOG) recomienda:*

- *Nivel A (evidencia científica consistente): el diagnóstico de macrosomía fetal es impreciso.*

- *Nivel B (evidencia científica limitada): el trabajo de parto y parto vaginal no están contraindicados para mujeres con peso fetal estimado mayor de 5000 gramos. Cuando el peso fetal estimado es mayor de 4500 gramos y se presenta expulsivo prolongado o detención del descenso, está indicado el parto por cesárea.*

- *Nivel C (consenso y opinión de expertos) La cesárea profiláctica puede ser considerada para sospecha de macrosomía fetal con peso fetal estimado mayor de 5000 gramos en mujeres no diabéticas y mayor de 4500 gramos en mujeres diabéticas.*

Dicho dictamen concluyó: *“Debe resaltarse también que el diagnóstico de macrosomía fetal es impreciso; que la lesión del plexo braquial, aunque es más frecuente en fetos macrosómicos y en partos vaginales, también puede presentarse en fetos de tamaño normal y en partos por cesárea y, que para el caso que nos ocupa, la paciente tiene historia de dos partos vaginales eutócicos previos de fetos macrosómicos (5000 gramos) y no hubo anormalidades durante la segunda etapa del trabajo de parto, ni detención del descenso de la presentación del feto.*

Por todo lo explicado, se conceptúa que a pesar de la sospecha de macrosomía fetal dados sus antecedentes obstétricos, la ecografía de la semana 32 y la altura uterina, la señora Sánchez Melenje tenía historia de dos partos vaginales previos eutócicos de fetos macrosómicos, situación sumada que permitía una prueba de parto por vía vaginal”.

Igualmente, recalcó que *“la distocia de hombros no se puede predecir a partir de características clínicas del trabajo de parto ni de otros elementos, ya que no existen métodos exactos para identificar cuáles fetos van a experimentar esta complicación y más de la mitad de los casos ocurren sin factores de riesgo identificables; es una situación inesperada y en ocasiones devastadora. Asimismo, la incidencia de lesiones del plexo braquial posterior a un parto complicado por distocia de hombros varía entre 4 a 40%, muchos de estos casos se resuelven sin discapacidad permanente y menos del 10% resulta en lesión persistente del plexo braquial.”*

5.4.5. El Instituto de Medicina Legal realizó valoración de incapacidad del menor Andrés Felipe Almario Sánchez, concluyendo: *“deformidad física que afecta al cuerpo y perturbación funcional del órgano de la aprehensión ambas de carácter permanente”* (fl. 630).

5.4.6. Al respecto, el ginecólogo Jhon Carlos Guerra, quien atendió a la paciente en el parto, refirió en diligencia de indagatoria realizada ante la Fiscalía Quinta Local –copias que fueron aportadas por la parte actora-, lo siguiente: *“...en esa fecha que sucedieron los casos, me encontraba en la clínica San Jorge atendiendo una paciente del ISS en un trabajo de parto que realicé y posteriormente empecé a evolucionar a la paciente a la cual yo le había hecho el procedimiento. Durante ese momento me fue solicitado por parte del enfermero de turno realizar una valoración de una paciente que se encontraba en trabajo de parto, paciente que yo no conocía, yo continúe haciendo mi evolución de la paciente que yo había atendido cuando en el momento posterior oí nuevamente el quejido de la paciente, me fue pedido nuevamente valorar la paciente porque posiblemente podía estar en un trabajo de parto ya en expulsivo. Me levanté y valoré a la paciente que se me había solicitado valorar y efectivamente estaba en dilatación y borramiento completo en una fase de expulsivo. Ordeno pasar a la paciente a sala de partos y comunicar a su*

ginecólogo que estaba a cargo de la paciente, antes de la llegada del ginecólogo de ella, yo la paso a sala de partos porque ya había entrado en expulsivo. Durante el expulsivo hay salida del polo cefálico y hay una retención de hombro anterior y levemente posterior; entonces se convierte en un parto distoico porque hay una retención del hombro anterior. Posteriormente se libera el hombro y hay retención también del hombro posterior. Durante ese tipo de salida de hombro se solicita llamar al pediatra por la posibilidad de un sufrimiento fetal. Ya se realiza el parto normal y me levanto a realizar maniobras normales que uno hace al recién nacido; realizo la aspiración y en ese momento llega el pediatra que se encarga del recién nacido. Cuando me dispongo a realizar el secundamiento placentario y la epiciorafía, llega el Dr. Natera, el cual realiza lo anterior y le explico la situación que había acontecido sobre la retención de hombro anterior y posterior y le explico que era un parto distoico. El continúa con los procedimientos anteriores y yo vuelvo a realizar la evolución de la paciente que yo tenía a mi cargo, yo no sé más de la paciente porque yo no me encargué de la paciente, la paciente era del colega” (Fl. 480-481 C. 2).

Igualmente, frente al delito de lesiones personales culposas, afirmó: *“Inocente, frente al dictamen observo que en el mecanismo causal colocan como si fuese contundente, en ningún momento el recién nacido fue golpeado a no ser supresión sobre la pelvis materna y en ningún momento la presentación del recién nacido es de hombro; la presentación del recién nacido era cefálica, que realizó retención de hombros, que es una complicación de un trabajo de parto”(Fl. 482). Seguidamente a la pregunta “¿Diga a la Fiscalía si con anterioridad a esta intervención médica, usted ha asistido a alguien con características similares de parto; es decir, atendiendo el parto de un por nacer con excedo de peso?” Contestó: “si, y en muchas oportunidades con resultados satisfactorios y sin ningún inconveniente por parto vaginal, con fetos macrosómicos” (Fl. 482-483).*

5.4.7. Por su parte, el ginecólogo Javier José Natera Viana, quien valoró la paciente a su ingreso a la clínica, y también rindió indagatoria ante la Fiscalía Quinta Loca, a la pregunta “¿Manifieste al despacho si usted observó el tamaño que presentaba el feto próximo al nacer? Contestó: “si observé que se trataba de un feto con características de alto peso, pero teniendo en cuenta que dicha madre tenía los antecedentes de haber parido dos fetos en iguales condiciones y que garantizaban un amplio y buen canal de parto, que se constató al examen clínico o sea, por el tacto vaginal y la pelvimetría”.

Igualmente sobre el seguimiento de protocolos para este tipo de situaciones médicas, expresó: “Si las seguí; en este caso lo correcto es realizar las pruebas de trabajo de parto que se realizaron y así dar un pronóstico de la viabilidad del parto”, y al preguntársele “Infórmenos si usted fue informado por la paciente acerca del gran tamaño que según ella presentaba su feto por nacer”, contestó: “si me lo informó y mi decisión fue nuevamente repito, realizar prueba de parto por sus antecedentes obstétricos de viabilidad del canal de parto; la otra alternativa que se llegaría a pensar sería realizar una operación cesárea, que no sería primordial en ese momento por las razones antes expuestas y se tendría en cuenta en una segunda opción. Hay que tener en cuenta que esta paciente realizó un trabajo de parto activo y rápido, por lo que la actuación del cuerpo médico también tuvo que ser dinámica”, y a la pregunta: “¿en algún momento la paciente Rosalvina Sánchez Melenje le solicitó a usted que le practicara la operación cesárea para el nacimiento de su hijo?”, contestó: “cuando me comunicó que su hijo era de gran tamaño, me insinuó esa inquietud, a la que yo le respondí que debíamos esperar como evolucionaba su trabajo de parto para conseguir si tenía un parto vaginal normal por los antecedentes de haber tenido dos fetos por partos vaginales

eutócicos que relevaban a un segundo plano la operación cesárea que por supuesto, también tiene riesgos de tipo quirúrgico”.

Del estudio íntegro de las pruebas referidas, se desprende que no existe duda en relación con la lesión del plexo braquial izquierdo, sufrida por el menor Andrés Felipe Almarío Sánchez, al momento de su nacimiento, sin embargo, no puede afirmarse que dicha lesión haya obedecido a una negligente, deficiente u omisiva actuación del personal médico de la Clínica de Especialistas San Jorge Ltda, hoy liquidada.

En efecto, como se observa, ninguna de las pruebas obrantes en autos, apuntan a demostrar que el proceder de los médicos se apartó del arte médico sugerido para la situación que se presentó, pues tal como se expuso en el dictamen pericial, la distocia o retención de hombros del feto al momento de nacer no se puede predecir a partir de características clínicas del trabajo de parto ni de otros elementos, como la macrosomía fetal, lo que significa que tal situación no era previsible, como lo pretende hacer ver la parte actora.

En esta línea, la misma experticia, puso de presente que entre las lesiones normales cuando se presenta distocia de hombros, se encuentra la fractura de húmero, de clavícula y lesiones del plexo braquial, así como secuelas neurológicas e inclusive la muerte del nasciturus, debido a que los métodos que deben utilizar los médicos cuando se presenta esta complicación son complejos y requieren de mucha destreza.

Tampoco, puede pasarse por alto, que el dictamen en referencia, acotó *“que para cualquier mujer tiene que haber un peso fetal más allá del cual los riesgos del parto vaginal para el feto son lo suficientemente altos para justificar una cesárea”* haciendo en definitiva, que el procedimiento quirúrgico sea una segunda opción, de mucho menor requerimiento que el

parto vaginal; o dicho de otra manera, que para optarse por una cesárea, los riesgos del parto vaginal, deben ir más allá, o ser más agudos que el mero peso fetal.

Resaltó también la especialista, que la lesión de plexo braquial se presenta en fetos de tamaño normal o en fetos macrosómicos, indistintamente de que su nacimiento sea por parto vaginal o por vía de cesárea, consolidando la tesis de que este tipo de complicación en el momento del descenso del alumbramiento, sea para el médico imposible de predecir, y con ello desvaneciendo la tesis de la recurrente, cuando expone que por ser el feto de Rosalvina Sánchez Melenje de gran tamaño, debía, indefectiblemente, haberse atendido por cesárea y no por vía vaginal.

A más de lo anterior, encontramos que del análisis de la historia clínica, el dictamen concluyó que *“a pesar de la sospecha de macrosomía fetal, la señora Sánchez Melenje tenía historia de dos partos vaginales previos eutócicos”*; es decir, normales, situación que permitía considerar, previas pruebas, el nacimiento por parto vaginal; tal como sucedió, pues el médico que la valoró, Dr. Natera, expuso que *“lo correcto era realizar pruebas de trabajo de parto, para dar el pronóstico de la viabilidad del parto”*; y que para ello realizó el examen clínico indicado, a través del tacto vaginal y de una pelvimetría. Dijo además, que observó que era un feto con características de alto peso, pero teniendo en cuenta los antecedentes obstétricos, y luego del examen realizado, se garantizaba un amplio y buen canal de parto, razón por la cual consideró *“que no sería primordial llegar a pensar en realizar una operación cesárea, que por supuesto también tiene riesgos de tipo quirúrgico”*.

Al respecto, conviene añadir que el dictamen pericial referido, resulta idóneo para servir de sustento a la presente causa, en la medida que fue aportado legalmente a la actuación, no fue objetado en modo alguno

por las partes, y se observa convincente y eficaz, amén de pertinente y útil, pues proviene de un profesional idóneo por la especialidad, y se presenta debidamente sustentado en literatura médica, a más de coherente con la exposición efectuada por los médicos intervinientes en la actuación médica.

Entonces, si con la demanda y ahora con el recurso impetrado, se pretende imputar negligencia, deficiencia y omisiones en la atención médica brindada a Rosalvina Sánchez Melenje, el día del nacimiento de su hijo Andrés Felipe Almario Sánchez, por la lesión de plexo braquial izquierdo que le generó a este último pérdida funcional del brazo izquierdo de manera definitiva, ninguna probanza es indicativa de ello, siendo el alegato de la actora carente de sustento.

Ahora bien, la recurrente expone que el Consejo de Estado en su jurisprudencia tiene por sentado que constituye falla del servicio cuando el embarazo ha evolucionado de forma normal y el alumbramiento no resulta satisfactorio.

Frente a lo anterior, vale precisar que el Consejo de Estado tiene como tesis que cuando un embarazo transcurre de manera normal, no es esperable la muerte del menor o de la madre, como tampoco la producción de algún tipo de lesiones a aquel; y que de ocurrir este tipo de anomalías, los daños generados son considerados antijurídicos, por cuanto las víctimas no tienen la carga de soportarlos.

Ahora, en materia probatoria para la determinación de la culpa médica obstétrica, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ha variado su postura, pues inicialmente el Consejo de Estado había considerado que en los eventos en los cuales el desarrollo del embarazo fuera normal, y a pesar de tal situación, el resultado final del parto no fuera el esperado, la obligación de la entidad demandada sería de resultado;

haciendo objetiva la responsabilidad en estos casos; es decir, de culpa probada; pero ese criterio fue modificado, y tal situación solo constituye indicio de falla en el servicio⁷.

Desde esta óptica, tenemos que en el presente caso la prueba recaudada lleva a la convicción de que la actuación médica siguió las reglas de especialidad que se requerían, de manera que el simple indicio referido, esto es, que el embarazo haya sido normal y se haya presentado una complicación en el parto, no puede tenerse como fundamento suficiente para tener por probada la responsabilidad que reclama la parte actora, máxime, cuando es sabido que el indicio debe estar respaldado de otros medios probatorios para alcanzar su objetivo.

A la luz de lo expuesto, resulta claro que el elemento hecho dañoso existió, pues Andrés Felipe Almario Sánchez fue lesionado en la atención de su nacimiento, sin embargo, los presupuestos culpa y nexo causal entre esta y el daño, no fueron acreditados, toda vez que logró establecerse que los facultativos actuaron conforme la *lex artis* en el parto de la señora Rosalvina Sanchez, y la lesión de plexo braquial izquierdo, ocurrió como consecuencia de una complicación imprevisible para el equipo médico.

Conforme a lo expuesto, se impone confirmar la decisión de primera instancia, condenando en costas a la parte actora, de conformidad con lo previsto en el art. 392 numeral 3º del C.P.C.

VI DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE FLORENCIA, SALA QUINTA DE

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Mag. Ponente Enrique Gil Botero. Exp.18.364

Apelación Sentencia
PROCESO: Responsabilidad Médica
DEMANDANTE: RASALVINA SANCHEZ MELENJE
DEMANDADO: SOLSALUD EPS Y OTRO
RAD. No. 180013103001201100486-01
RAD. Interna: 1972

DECISIÓN, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida el catorce (14) de julio de dos mil catorce (2014) por el Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de Florencia, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte actora. Por secretaria líquidense, conforme lo previsto en el art. 393 del C.P.C.

TERCERO: Por secretaría DEVUÉLVANSE las diligencias al juzgado de origen para lo de su cargo.

Notifíquese y cúmplase.

Fallo discutido y aprobado en sesión de sala, conforme al acta 49 de esta misma fecha.

Los Magistrados,



DIELA H.L.M ORTEGA CASTRO



NURIA MAYERLY CUERVO ESPINOSA



MARIO GARCIA IBATÁ



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA QUINTA DE DECISIÓN.**

Florencia, treinta (30) de julio del año dos mil veinte (2020)

MAGISTRADA PONENTE: DRA. DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO

Corresponde a esta Corporación resolver el recurso de apelación propuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 3 de febrero de 2014 por el Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de esta ciudad, dentro del asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

1°. Por conducto de apoderado judicial, el señor Luis Carlos Rico Cardona, interpuso demanda de RENDICION PROVOCADA DE CUENTAS contra los herederos de Víctor Alfonso Sánchez Sánchez, los señores Víctor Hugo, Ángela Patricia, Wilson, Nini Johana, Jaime, Lucy Victoria, Edilma, Marlodys y Cesar Armando Sánchez Rojas, y su cónyuge sobreviviente Mery Rojas de Sánchez, con el fin de que se ordene rendir cuentas desde el 23 de diciembre de 1995 hasta la fecha de presentación de la demanda, señalando un término prudente para tal fin.

Como fundamento de dichas peticiones, indicó que celebró un contrato de depósito al mayor valor, con el señor Víctor Alfonso Sánchez el 14 de abril de 1990, según el cual le entregó 80 cabezas de ganado, el cual liquidaron el 23 de diciembre de 1995, repartiendo las ganancias producidas durante el respectivo lapso de tiempo.

En seguida, el 23 de diciembre de 1995, entregó nuevamente 80 cabezas de ganado al mencionado señor, con el fin de dar continuidad al contrato de depósito al mayor valor referido.

El señor Víctor Alfonso Sánchez, falleció el 1º de febrero de 2000, sin que se hubieran repartido ganancias del contrato ni cancelado el mismo.

Posteriormente, el demandante solicitó a los herederos del señor Sánchez, la devolución del ganado o la cancelación del valor mismo, pero estos se han negado a ello.

TRÁMITE PROCESAL

1º. El trámite de la demanda correspondió al Juzgado Primero Civil del Circuito de esta ciudad, el que admitió la demanda el 14 de noviembre de 2007, y dispuso la notificación de los demandados.

2º. Remitidas las citaciones correspondientes y siendo devueltas sin éxito, la parte demandante solicitó el emplazamiento de los demandados, el cual se surtió oportunamente, designando curador ad-litem para la representación de la parte demandada, el que contestó la demanda, ateniéndose a lo probado en el plenario y proponiendo la excepción genérica. Sin embargo, con posterioridad, comparecieron los demandados, otorgando poder para su representación.

3º. Evacuadas las pruebas solicitadas, se dictó sentencia el 14 de septiembre de 2011, en la que se negaron las pretensiones de la demanda, interponiendo recurso de apelación la parte demandante.

En conocimiento del mentado recurso, esta Corporación declaró la nulidad de lo actuado, a partir del emplazamiento de los demandados, al considerar que debían vincularse los herederos indeterminados del señor Víctor Alfonso Sánchez y al heredero Víctor Hugo Sánchez Rojas.

4º. Retomada la actuación, y surtido el emplazamiento correspondiente, compareció el demandado Víctor Hugo Sánchez, por medio de apoderado judicial, y contestó la demanda el curador ad-litem de los herederos

indeterminados, oponiéndose a la rendición de cuentas y proponiendo la excepción genérica.

5°. Reabierto el periodo probatorio, se recepcionaron las pruebas pertinentes, y se corrió traslado para los alegatos finales, procediendo a dictar sentencia.

LA DECISIÓN DEL JUZGADO.

Mediante sentencia de 3 de febrero de 2014, el Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de Florencia, negó las pretensiones de la demanda, luego de considerar que el negocio – depósito al mayor valor- que da lugar a la solicitud de rendición de cuenta no fue debidamente probado en el plenario.

Adujo que al examinar los testimonios recepcionados en el plenario, se concluye que no puede establecerse la prórroga del contrato efectivamente celebrado entre el demandante y el fallecido Luis Carlos Rico, el 24 de abril de 1990, pues las personas escuchadas en declaración, por petición de la parte actora, no dan cuenta directa del negocio sino que se refieren a los comentado por el señor Rico Cardona, y los testigos pedidos por la parte demandada, manifestaron no conocer de los negocios celebrados entre demandante y el señor Sánchez Sánchez.

Refiere, que fueron aportadas al plenario copias de la demanda de restitución de bien mueble por reserva de dominio, también impetrada por el demandante contra los demandados, de la que se extraen serias contradicciones en los hechos que dan lugar a la presente actuación, pues aquí se afirma que el contrato de depósito al mayor precio suscrito entre las partes fue liquidado el 23 de diciembre de 1995, y en aquella se indica lo contrario, pidiendo los rendimientos desde el 24 de abril de 1990.

Agrega, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que el objeto de este tipo de procesos es saber quién debe, cuánto debe, y cómo debe pagarse, cuestiones que no aparecen claras en el asunto, ya que las pruebas recaudadas no dan respuesta a dichos interrogantes.

EL RECURSO INTERPUESTO.

Inconforme con lo decidido, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia así proferida, bajo los siguientes argumentos:

>El Juez de conocimiento no hizo una valoración conjunta de las pruebas como lo ordena nuestro procedimiento civil, esto es, teniendo en cuenta, las reglas de la experiencia y la sana crítica.

>Deben valorarse los testimonios de oídas, conforme los criterios señalados por la jurisprudencia, cuestión que no hizo el a-quo, quien simplemente no dio valor a lo dicho por los testigos Simón Perdomo, Javier Zambrano y Samuel Soto, así como la ratificación de declaración extra proceso, efectuada por María Luisa Lozano, Álvaro Fuentes, y Abelardo Carrillo.

>Que según se desprende de lo ocurrido en la recepción del testimonio de Jaime Sánchez Sánchez, el mismo mintió y acomodó su declaración a algo que tenía preparado.

>La Juez refiere que no se entiende como el demandante dejó pasar tanto tiempo sin iniciar las acciones respectivas, cuando el mismo fue específico en indicar todas las actuaciones que adelantó para obtener el pago del dinero que reclama.

>Finalmente, se remite a lo dicho por los testigos citados por la parte demandada, indicando las contradicciones e inconsistencias en que caen.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I.- Los presupuestos procesales que doctrina y jurisprudencia reclaman para el normal desarrollo del proceso y proveer de mérito en el presente asunto se encuentran satisfechos a cabalidad, sin que se advierta causal de nulidad alguna que invalide la actuación surtida.

II.- Es importante señalar que de acuerdo con lo previsto en el numeral 5° del artículo 625 del Código General del Proceso, este recurso se resuelve

con base en la normativa del Código de Procedimiento Civil, estatuto procesal vigente para la época en que fue interpuesto el recurso de apelación.

III. – Corresponde determinar en el presente caso, si le asiste derecho al demandante para reclamar de los demandados rendición de cuentas, en virtud de que afirma haber probado los presupuestos para la prosperidad de sus pretensiones.

3.1. Sea lo primero establecer como principio general, que **todo aquel que administre bienes ajenos corre con la carga obligacional de rendir cuentas de su administración**, tal como se observa en varias disposiciones civiles: art. 2181 del C.C., para el mandatario, art. 2305 Ib., para el agente oficioso o gestor, art. 504 Ib., para el tutor o curador, art. 2279 Ib, para el secuestre, art. 1366 Ib. para el albacea, entre otras.

Así lo ha precisado la jurisprudencia nacional, al decir “*El objeto de este proceso, es que todo aquel que conforme a la ley, esté obligado a rendir cuentas de su administración lo haga, si voluntariamente no ha procedido a hacerlo*”.

Los procesos de rendición provocada de cuentas suponen, así, de parte de quien es llamado a rendirlas, una obligación de hacerlo. Y esa obligación de rendir cuentas se deriva, por regla general, de otra obligación: la de gestionar actividades o negocios por otro. En el Derecho sustancial, están obligados a rendir cuentas, entre muchos otros, por ejemplo, los guardadores –tutores o curadores- (arts. 504 a 507, Código Civil Colombiano), los curadores especiales (art. 584, C.C.C), el heredero beneficiario respecto de los acreedores hereditarios y testamentarios (arts. 1318 a 1320, C.C.C), el albacea (art. 136, C.C.C), el mandatario (arts. 2181, C.C.C., y 1268 del Código de Comercio), el secuestre (art. 2279, C.C.C), el agente oficioso (art. 1312, C.C.C), el administrador de la cosa común (arts. 484 a 486, C.P.C), el administrador de las personas jurídicas comerciales (arts. 153, 230, 238 y 318, Co.Co., y 45, Ley 222 de 1995), el liquidador (arts. 238, Co.Co., y 59, inc. 5, Ley 1116 de 2006), el gestor de las cuentas en participación (arts. 507 y 512 del Co.Co.), el fiduciario (art. 1234, Co.Co.), el comisionista (art. 1299, Co.Co.) y el editor (arts. 1362 y 1368, Co.Co.). En todas estas hipótesis, los sujetos obligados a rendir cuentas lo están porque

previamente ha habido un acto jurídico (contrato, mandamiento judicial, disposición legal)^[24] que los obliga a gestionar negocios o actividades por otra persona.¹ (Resaltado fuera de texto).

Para el cumplimiento de dicha obligación, establece el estatuto procesal civil, fundamentalmente dos vías: la posibilidad de rendirlas en el marco de otro proceso, como es el caso del proceso de sucesión (art. 599 C.P.C.), donde el albacea puede rendir cuentas a los herederos o estos pueden solicitar que éste las rinda, y el proceso especial de rendición de cuentas, para el cual se encuentran legitimados quien solicita la rendición (rendición provocada de cuentas – art. 418 C.P.C.) o quien presenta la rendición (rendición espontanea de cuentas-art. 419 C.P.C.).

3.1. En el caso de autos, tenemos que el señor Luis Carlos Rico Cardona pretende que se ordene a los herederos de Víctor Alfonso Sánchez - Víctor Hugo, Ángela Patricia, Wilson, Nini Johana, Jaime, Lucy Victoria, Edilma, Marlodys y Cesar Armando Sánchez Rojas, y Mery Rojas de Sánchez, rendir cuentas del periodo comprendido entre el 23 de diciembre de 1995 a la fecha de presentación de la demanda – 18 de octubre de 2007-.

Lo anterior se fundamenta en la existencia de un *contrato de depósito al mayor valor*, presuntamente celebrado entre el señor Luis Carlos Rico y Víctor Alfonso Sánchez, el 23 de diciembre de 1995, según el cual, el primero entregó al segundo, 80 cabezas de ganado para la obtención de un mayor valor, habiendo fallecido el señor Sánchez –el 1º de febrero de 2000-, sin hacer la respectiva liquidación del negocio.

De acuerdo con la documentación aportada al plenario, efectivamente los señores Luis Carlos Rico y Víctor Alfonso Sánchez, suscribieron un “*contrato de depósito*”, según el cual el primero entregó al fallecido señor Sánchez, 80 cabezas de ganado valuadas en la suma de \$4.953.000, para administrarlas en la finca la Primavera de su propiedad (fl. 20), al parecer por un tiempo determinado, contado a partir del 24 de abril de 1990.

En el documento referido, no se evidencia el tiempo de duración del mentado contrato, empero, en la demanda se indica que el 23 de diciembre de

1 Sentencia T-743 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda.

1995, se reunieron las partes del contrato y repartieron las ganancias producidas hasta ese momento.

3.2. Según se afirma en la demanda, en aquella oportunidad, los contratantes decidieron prorrogar el negocio jurídico a partir de entonces, entregando nuevamente 80 cabezas de ganado, empero dicha continuidad del contrato no fue documentada, siendo ese el motivo de controversia con los demandados, quienes niegan la existencia de un contrato de depósito a partir de diciembre de 1995, y aseveran que los negocios entre si progenitor y el señor Rico, se liquidaron en dicha fecha.

Así las cosas, corresponde examinar el acervo probatorio, a fin de establecer si existe la obligación de rendir las cuentas solicitadas, veamos:

> *Documentales:* A más del contrato referido, fueron aportadas como documentales, los registros civiles de defunción de Víctor Alfonso Sánchez, de nacimiento de Víctor Hugo, Ángela Patricia, Wilson, Nini Johana, Jaime, Lucy Victoria, Edilma, Marlodys y Cesar Armando Sánchez Rojas, y de matrimonio de Víctor Alfonso Sánchez y Mery Rojas de Sánchez.

También, fueron allegadas las declaraciones juradas de Lorenzo Murcia Mora, Simón Perdomo, Álvaro Fuentes Soto, María Luisa Lozano de Muñoz, y Abelardo Carrillo, quienes hicieron constar que se realizó un contrato de depósito entre los señores Rico y Sánchez desde el 24 de abril de 1990, se hizo la repartición de ganancias el 23 de diciembre de 1995, y se prorroga el contrato desde esa fecha.

Además, se anexaron copias de la demanda presentada por el señor Luis Carlos Rico contra Víctor Alfonso Sánchez Sánchez, para la restitución de bien inmueble con reserva de dominio (fls. 252-255), y copias de la escritura pública No. 2632 de 31 de diciembre de 2005, mediante la cual el señor Víctor Alfonso Sánchez vende a Jaime Sánchez, los predios la Primavera, el Vergel y el Carmen.

Por parte de los demandados, se aportó copia de la indagatoria rendida por el señor Jaime Sánchez Rojas, ante la Fiscalía Decima Seccional de Florencia (fl. 318-322).

>*Testimonial*: En cuanto a esta prueba, fueron recepcionadas como prueba de la parte demandante, las declaraciones de Simón Perdomo, Gustavo Ortega Castro, Eliover Reinoso, Abelardo Carrillo, Lorenzo Murcia, Álvaro Fuentes, María Luisa Lozano, Samuel Fuentes, y José Javier Zambrano; y de la parte demandada, los testimonios de Adelmo Vargas, Arnoldo González, Mariela Dávila, Camilo Reinoso, y Luis Antonio Tovar.

Del examen minucioso de las declaraciones recaudadas, se deduce que no existe duda alguna acerca de la celebración de un negocio de depósito de ganado entre el señor Luis Carlos Rico y Víctor Alfonso Sánchez, en el año de 1990, el cual fue liquidado el 23 de diciembre de 1995, sin embargo, existen serias dudas sobre la continuidad o prórroga de dicho contrato a partir de entonces.

En efecto, aunque testigos como **Abelardo Carrillo** - quien dijo haber asistido como trabajador a Luis Carlos Rico el 23 de diciembre de 1995, para reunir el ganado en el corral y después separarlo y transportarlo-, y **Álvaro Fuentes** -quien manifestó ser trabajador de Víctor Alfonso Sánchez para la época de los hechos, y haber escuchado de su boca los términos del contrato con el señor Rico-, manifiestan que en ese diciembre de 1995, luego de la liquidación del contrato existente, se dejaron las mismas 80 reses de capital para continuar en la labor de ceba, lo cierto es que su decir carece de credibilidad y sustento, conforme pasa a explicarse:

Obsérvese, que aunque el señor Abelardo Carrillo, quien declaró en una primera oportunidad el 5 de febrero de 2009 y luego se ratificó el 2 de febrero de 2011, describió con detalle los términos de la liquidación del ganado efectuada en diciembre de 1995 y el acuerdo efectuado entre los señores Sánchez y Rico de dejar otro ganado en las mismas condiciones iniciales, su dicho no parece del todo creíble, si se tiene en cuenta que él asistió al lugar de los hechos como trabajador, con el fin de arriar, apartar y llevar el ganado que se estaba revisando, siendo inverosímil que actuando como único ayudante de esa tarea, hubiera podido escuchar con claridad y especificidad los términos y condiciones de la liquidación por un lado, y del nuevo contrato, por el otro; máxime que el mismo reconoce *“presencie algunas conversaciones, toda no porque ellos se fueron por allá para la casa y hablaban de sus negocios, les*

presencie las discusiones del corral cuando hablaban duro, discutían"², además, que las reglas de la experiencia enseñan que un corral es un lugar ruidoso por el mugir constante del ganado.

Por su parte, el señor Álvaro Fuentes, dijo haber escuchado de boca del difunto Víctor Alfonso Sánchez, que el señor Rico le había dejado otro ganado, sin embargo, su decir contradice lo informado por los testigos, Luis Antonio Tovar, Camilo Reinoso y Arnoldo González, quienes afirmaron en forma coincidente haber tenido negocios con el mencionado señor para la misma época, inclusive hasta su muerte, y nunca haberle escuchado que tuviera ganado de Luis Carlos Rico, ni haberlo visto, antes bien el señor Reinoso afirmó "*...como en el año 95 me comentó que tenía un ganado con los Rico y que gracias a Dios descansó con los Rico ya que les había entregado el ganado y era una persona muy problemática...*"³.

Ahora, en relación con la continuidad del mentado negocio, también declararon los señores Simón Perdomo, Lorenzo Murcia, Samuel Fuentes y Javier Zambrano, sin embargo, ninguno de ellos presenció los hechos ni tuvo relación con el señor Sánchez, pues se trata de conocidos del señor Rico, inclusive de después de la muerte de Victor Alfonso, que tuvieron conocimiento el asunto materia de debate por comentarios de aquel.

Efectivamente, los testigos Simón Perdomo y Lorenzo Murcia, quienes conocieron al demandante aproximadamente en el año 2002, fundan su dicho en presuntas afirmaciones realizadas por la señora María Luisa Lozano, empero dicha señora en declaración de 6 de febrero de 2009 ratificada el 3 de junio de 2010, negó conocer del negocio, haber visto documento alguno o saber de los acuerdos efectuados entre los señores Rico y Sánchez, es más, dijo no conocer al fallecido Víctor Alfonso Sánchez.

En esta línea, encontramos que las versiones rendidas por Arnoldo González, Camilo Reinoso y Luis Antonio Tovar, que apuntan a todo lo contrario, es decir, a que después de 1995 no existieron negocios entre Luis Carlos Rico y Víctor Alfonso Sánchez, resultan ciertamente creíbles, toda vez que cada uno, afirmó haber tenido negocios de levante de ganado con el señor

2 Fl. 85 C.3.
3 Fl. 421 C.2

Sánchez durante la época, y nunca le escucharon comentar que tuviera ganado del señor Rico, ni lo vieron en sus fincas, ni observaron su marca en las liquidaciones parciales que hacían, además que nunca tuvieron problemas con dicho señor, y antes bien, luego de muerte, sus herederos respondieron por todos los negocios celebrados.

Sobre la veracidad del testigo Luis Antonio Tovar, llama la atención de la Sala, que siendo citado por la parte demandada, expuso un relato coincidente con el del demandante sobre lo ocurrido el día de la liquidación del ganado, pues indicó: “... y empezaron a seleccionar los grandes y pequeños y fueron repartiendo uno a uno se iban formando las dos partes, así siguieron con el ganado desteto también hicieron la repartición uno a uno, se siguió así hasta que terminaron con el ganado de ordeno que fue el día siguiente cuando se repartió ese ganado, esa liquidaron 142 reses entre chico y grande, de ese ganado sacaron la repartición don Carlos me dio 37 reses al partir, el resto del ganado lo movilizaron para una finca de un amigo del lado del Morelia y llegando al aeropuerto se les voltió un camión y se mataron unas vacas...”, y el demandante expuso: “a los cinco años hicimos una liquidación de adelantos y él me compareció con 142 reses, nos tocó de a 71 reses, no fue apreciado por valor sino que repartimos una grande y una pequeña, después de que partimos en el lote que a mí me tocó él dijo que le vendiera 13 novillas de ese lote y las apartamos, el mismo le puso precio que me las pagaba a \$300.000 cada una, con un plazo de 20 días para pagármelas y el otro ganado yo lo alcé y lo descargue en la finca de un señor Luis Antonio Tovar, que a ese señor yo le iba a dejar 30 reses evaluadas también...”.

3.3. De acuerdo con lo expuesto, considera la Sala que las pruebas aportadas la parte demandante, quien conforme los términos del art. 177 del C.P.C., tenía la carga de probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, no resultan suficientes ni idóneas para acreditar la existencia de la obligación de rendir cuentas que se reclama, toda vez que no pudo establecerse que el señor Víctor Alfonso Sánchez y Luis Carlos Rico hubieran dado continuidad al contrato de depósito al mayor valor celebrado el 24 de abril de 1990 y liquidado el 23 de diciembre de 1995.

En este orden de ideas, habrá de confirmarse la decisión de primera instancia, condenando en costas a la parte actora, por no prosperar el recurso impetrado, de conformidad con lo previsto en el art. 392 numeral 3° del C.P.C.

DECISION

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, Sala Quinta de Decisión, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de febrero de 2014, por el Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de Florencia, por las razones anotadas.

SEGUNDO: Costas a cargo de la parte demandante. Por secretaria liquídense de conformidad con lo previsto en el art. 393 del C.P.C.

TERCERO: Por secretaria devuélvase el expediente oportunamente.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

Fallo discutido y aprobado en sesión de sala, conforme al acta 49 de esta misma fecha.

Los Magistrados,



DIELA H.L.M ORTEGA CASTRO



NURIA MAYERLY CUERVO ESPINOSA



MARIO GARCIA IBATÁ



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
FLORENCIA-CAQUETÁ
SALA QUINTA DE DECISIÓN

Florencia, treinta (30) de julio del año dos mil veinte (2020)

MAGISTRADA PONENTE: DRA. DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO

Se decide el recurso de apelación impetrado por la parte actora, contra la sentencia proferida el 18 de junio de 2014 por el Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de esta ciudad, dentro del asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1. Los señores **Beatriz Amaya Gutiérrez, Nancy, Gladys Celmira, Luz Marina, Beatriz, Jesús Reinaldo, Marisol y William Sánchez Amaya**, interpusieron demanda de responsabilidad médica contra **Saludcoop Clínica Santa Isabel Ltda.**, con el propósito que sea declarada civil y patrimonialmente responsable por los perjuicios causados a los demandantes, por la muerte del señor Jesús María Sánchez Parrací (q.e.p.d.), ocurrida como consecuencia de fallas en el servicio médico prestado por las demandadas. En consecuencia que se condene al pago de perjuicios morales y materiales.

1.2. Como fundamento de sus pretensiones, expuso los siguientes hechos:

>Los señores Beatriz Amaya Gutiérrez y Jesús María Sánchez Parrací (q.e.p.d.), contrajeron matrimonio por el ritual católico en 1955, fruto de esa unión nacieron sus hijos Nancy, Gladys, Marina, William, Beatriz, Marisol, y Reinaldo Sánchez Amaya.

>Para el mes de septiembre del año 2004, el señor Jesús María Sánchez Parrací, fue intervenido quirúrgicamente, debido a una enfermedad relacionada con el intestino grueso, originándose su traslado de Saludcoop Clínica Santa Isabel Ltda., Florencia, a otra clínica en Neiva Huila; en dicha intervención se le extirpó parte del intestino grueso quedando desconectado del ano, realizándosele una colostomía lo que hacía que diariamente tuviera que utilizar unas bolsas especiales para los desechos de su organismo.

>Afirma que el médico de la ciudad de Neiva, le informó que a más tardar en los seis meses siguientes de la cirugía debían intervenirle nuevamente para conectarlo, sin embargo sufre una recaída por cálculos biliares, lo que originó una nueva operación, postergándose con ello la colostomía que tenía pendiente.

>Aduce que el paciente tuvo que acudir a la ayuda económica de su esposa e hijos, para conseguir las bolsas de colostomía, las cuales tenían un valor de \$38.000 cada una, y las cuales debía cambiar cada cinco días, esto debido a que Saludcoop se negó a suministrarlas, y por las dificultades económicas por las cuales atravesaba el paciente para adquirir estas bolsas, debía reutilizarlas exponiéndose a una infección.

>Agrega que posteriormente, le programaron la operación pero le exigían un copago por valor de \$219.000, los cuales gracias a la solidaridad de sus hijos pudo recolectar y para ello se anexa un recibo de pago No. 11637 del

21 de septiembre de 2005 y otro sin número de septiembre 14 de 2005, además tuvo que conseguir recursos para adquirir el medicamento PROXIMATE I.L.S CDH 33, el cual tenía un valor de \$1.400.000, pues hasta que no lo adquiriera, Saludcoop no ordenaba su intervención.

>Añade, que Saludcoop dejó trascurrir 17 meses entre una operación y otra, cuando lo recomendado según los médicos era esperar entre tres o cuatro meses para volver a conectarlo, ante esta situación se elevó un derecho de petición el 28 de septiembre de 2005, al Instituto Departamental de Salud, para que se suministrara el medicamento obteniendo como respuesta que el POS no lo cubría, pero la Resolución No. 003797 del 11 de noviembre de 2004 señalaba los procedimientos que debe seguir la EPS para suministrar a sus afiliados los medicamentos no cubiertos por el POS, posteriormente se le realiza una petición a la cual se obtiene respuesta negativa, en la que le responden que como usuario debe asumir el valor del servicio o dirigirse a la red de servicios del Estado.

>Resalta que ante la negativa del Instituto de Salud, tuvo que acudir a través del mecanismo de la tutela en defensa de sus derechos fundamentales para que le otorgaran los medicamentos, entonces, se logró la programación de la cirugía el día 13 de febrero de 2007 y gracias a su buen estado el paciente soportó la cirugía.

>Señala que por negligencia médica, a los dos días de habersele realizado la intervención quirúrgica, el médico Silva ordena el suministro de alimentos, lo que generó de inmediato, que el paciente presentara fiebre cercana a los 40 grados, a lo que la señora Beatriz Amaya requirió al médico para que le prestara atención porque podría ser una infección que pudiera transformarse en peritonitis, hecho sobre el cual el galeno le respondió que él

era la autoridad médica y que ella no tenía por qué enseñarles el procedimiento.

>Agrega que ante la insistencia de la acompañante del señor Jesús María de que fuera examinado, además ante la inflamación del estómago de manera protuberante, se le ordenó una ecografía, la cual tuvo un resultado de que estaba bien y que la fiebre era normal por la operación, que no existía ningún riesgo de peritonitis.

>Para el día 18 de febrero el paciente sufre una recaída con síntomas parecidos a un pre infarto, lo que agrava su estado de salud y para el día 19 de febrero ante la presión de los familiares el doctor Escobar ordena la remisión a la ciudad de Neiva, y siendo las 8:00 pm se remite por vía terrestre llegando a la 1:00 am, llegando en mal estado y dictaminándosele de inmediato peritonitis avanzada de más de 5 días, ordenando que se prepare al enfermo para una nueva intervención quirúrgica de la cual el paciente sale aún con vida, pero fallece horas más tarde.

II. TRÁMITE PROCESAL

2.1. La demanda fue repartida al Juzgado Primero Civil del Circuito de esta ciudad, el que la admitió por auto de 9 de marzo de 2007, ordenando la notificación de la demandada.

Efectuada la respectiva notificación, la demandada guardó silencio.

Posteriormente, mediante decisión del 30 de marzo de 2009 el Despacho declara la nulidad de la actuación surtida a partir del auto admisorio, con fundamento en el numeral 4 del artículo 2, del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social, según el cual la competencia le corresponde a

la Jurisdicción Laboral, ordenando remitirla a la Oficina de Apoyo de Administración Judicial para ser repartida entre los Juzgados Laborales de este Circuito (fls 100 a 104 C. No. 1).

2.2. El asunto correspondió al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Florencia, quien la admitió el 06 de mayo de 2009, ordenando notificar a SALUDCOOP CLÍNICA SANTA ISABEL LTDA (Fl. 11 C. No. 4).

Oportunamente, la demandada contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones y formulando las excepciones de mérito que denominó: *“Ausencia de responsabilidad”, “Inexistencia de responsabilidad por inexistencia de incumplimiento de los deberes contractuales por parte de Saludcoop Clínica Santa Isabel Limitada”*; *“No presunción de culpa en el caso de la responsabilidad médica”*; *“Inexistencia de la obligación de probar a cargo de Saludcoop Clínica Santa Isabel Limitada”* y la *“Genérica”*.

2.3. Después, el 19 de marzo de 2010, el Juzgado ordenó devolver el presente asunto al Juzgado Primero Civil del Circuito de esta ciudad, por cuanto la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, le otorgó la competencia en estos asuntos a la jurisdicción civil, y propone conflicto negativo de competencia.

2.4. Esta Corporación, mediante providencia del 15 de marzo de 2011, atribuye competencia al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Florencia.

2.5. Dicho Juzgado conoce hasta cuando la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, le otorga la competencia en estos asuntos a la jurisdicción civil, y en cumplimiento del Acuerdo No PSAA11-8323 del 29 de julio de 2011, expedido por la Sala Administrativa del Consejo

Superior de la Judicatura, se remite la actuación al Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de esta ciudad, el que avoca conocimiento.

Habiéndose vencido el término de traslado y efectuada la contestación de la demandada, el Juzgado Civil del Circuito de Descongestión, a través de auto de fecha 13 de marzo de 2012 (fl. 86 C. No. 4), cita a los sujetos procesales con la finalidad de celebrar audiencia de que trata el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil. Sin que hubiera ánimo conciliatorio entre las partes, asimismo, procedió a continuar con el proceso teniendo en cuenta que ya se habían realizado varias etapas del proceso y dejando incólume lo ya recaudado.

Por auto del 11 de febrero de 2013, se ordenó reabrir a pruebas el presente asunto, y se ordenó comisionar al Juez Civil Municipal- Reparto- de Neiva, con el fin de practicar una inspección judicial a los archivos de la Clínica Saludcoop EPS de esa ciudad, para verificar la existencia de la historia clínica del señor Jesús María Sánchez Parrací; se corrió traslado para alegar y se dictó sentencia.

III. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, mediante sentencia de 18 de junio de 2014, declaró no probados los hechos en que se fundamenta la demanda y negó la totalidad de las pretensiones de la demanda, igualmente probados los hechos en que se fundamentó la excepción de “*Ausencia de Responsabilidad*”, y condenó en costas a los accionantes, argumentando que no se probó la negligencia médica alegada.

Indicó que, la historia clínica del paciente se tornaba fundamental para la resolución del caso, sin embargo, no fue allegada en su integridad, ya que la

demandada Clínica Santa Isabel arguyó que ese archivo se perdió en un incendio ocurrido el 1 de octubre de 2007, para lo cual aportó constancia emitida por el Comandante del Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Florencia.

Señaló que, dentro de la historia clínica incompleta, se observan soportes de la atención dada al señor Sánchez Parrací, desde el 26 de septiembre hasta el 5 de octubre de 2004, cuando se le dio salida, y en ella se hace un recuento del tratamiento que para dicha época se hizo en la afección diverticular que padecía el causante y que condujo a su intervención.

A partir de lo anterior, consideró que no se configuraron los elementos de la responsabilidad civil que se alega, ni del incumplimiento del contrato, ni de culpa alguna que conllevara a una violación de la *lex artis*.

Finalmente indicó que el nexo causal entre el daño y el proceder de los profesionales de la salud que atendieron el caso, no se encontró acreditado, pues si bien no hay duda sobre la existencia de un daño representado en el deceso del señor Sánchez Parrací, no existen elementos probatorios que de manera contundente e inequívoca lleven a suponer que fue el proceder médico, la negligencia asistencial, la falta de cuidado del personal administrativo o de la salud, lo que generó la muerte de dicho señor.

IV. EL RECURSO INTERPUESTO.

Inconforme con lo decidido, la parte demandante interpuso recurso de apelación, alegando que está demostrada la responsabilidad civil de los demandados, pues la actuación de la demandada, de no aportar la historia clínica solicitada, fue temeraria y de mala fe.

Refiere, que tuvo que ordenarse una inspección judicial para verificar la documentación de la demandada, y allí se pudo configurar un indicio grave de responsabilidad, por la falta de colaboración de las partes, ya que solo indicaron que había desaparecido, sin aportar copia de denuncia penal por destrucción o desaparecimiento como lo exige la ley.

Recaba que en los archivos de la Clínica Saludcoop de Neiva, se encontraba la epicrisis del estado en que había ingresado el paciente Jesús María Sánchez Parrací, el 20 y 21 de febrero de 2006, empero no pudo accederse a ella por el mal actuar de la demandada.

Igualmente señala que se comete un error en el folio 5 de la sentencia en el párrafo 3, al afirmar que el demandante en el título de oficios, pidió allegar copia auténtica de la historia clínica del causante, a Saludcoop Clínica Santa Isabel como a Clínica Grupo Cuidados Intensivos de Neiva, que la primera respondió con oficio del 5 de diciembre de 2007 y la última la allegó con oficio de igual fecha, resaltando que esta situación es falsa por cuanto la entidad demandada con engaños envió copia de una parte de la historia clínica, correspondiente a un procedimiento realizado un año y medio atrás aproximadamente, mas no se aportó la correspondiente a los días 20 y 21 de febrero de 2006, en donde se encuentra inserta la epicrisis del paciente remitido desde la ciudad de Florencia, lo que constituye indicio grave en contra de la demandada.

Manifiesta que deben valorarse y apreciarse en conjunto los indicios anotados, ya que con ello se puede concluir que la conducta de la accionada fue omisiva y negligente, pues dejaron transcurrir 17 meses entre una operación y otra, cuando lo prudente era a la mayor brevedad o en un plazo mínimo de tres meses, volver a conectarlo.

En relación al daño, manifiesta que evidentemente existe un daño, que fue la muerte del paciente Jesús María Sánchez Parrací, lo cual generó tristeza a su familia, y frente al nexo causal –relación de causalidad- que debe existir entre la conducta del médico tratante y el daño irrogado al accionante, refiere que afirmarlo como lo hizo el a-quo, que no se puede afirmar que existió retraso, omisión, negligencia o descuido porque no existieron los elementos de juicio que permitieran llegar a tal conclusión por la ausencia de la historia clínica, evidencia es que no se valoraron las pruebas que se allegaron al proceso en conjunto.

A la par, señala que teniendo en cuenta que en un proceso de responsabilidad médica, la historia clínica es la prueba medular, toda vez que en ella consta el comportamiento fisiológico del paciente y la oportuna atención proporcionada por quien tenía esa responsabilidad así como la razón de los resultados, circunstancias que son las que permiten la comprobación de la bondad o no de los procedimientos utilizados en el paciente, debe tenerse en cuenta que estaba en cabeza de la EPS la custodia de las historias clínicas de los pacientes beneficiarios del servicio contratado, pues es su obligación facilitarla cuando sea solicitada por orden judicial y en el caso que nos ocupa la EPS demandada, era la responsable de la custodia del historial clínico del señor Jesús María Sánchez Parrací.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Los denominados presupuestos procesales no merecen reparo alguno; y como tampoco se observa irregularidad que tipifique causa de nulidad procesal que imponga la invalidez de lo actuado, es procedente resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia.

5.2. Es importante señalar que de acuerdo con lo previsto en el numeral 5° del artículo 625 del Código General del Proceso, este recurso se resuelve con base en la normativa del Código de Procedimiento Civil, estatuto procesal vigente para la época en que fue interpuesto el recurso de apelación.

5.3. Se ocupa la Sala de una controversia **de responsabilidad civil médica**, tipología que es de linaje extracontractual de acuerdo a lo expuesto por la jurisprudencia y doctrina dominante ; es así, que las obligaciones derivadas del servicio médico son obligaciones de medio, de forma que el galeno no asume exactamente el compromiso de curar al enfermo, sino el de suministrarle cuidados concienzudos, solícitos y conforme con los datos adquiridos por la ciencia, esto es, poner en marcha todos los medios que tenga a su alcance para proporcionarle salud al enfermo , dentro del marco del contrato de prestación de servicios médicos celebrado en cada caso concreto .

Es por ello, que se ha precisado que **los deberes asistenciales que incumben a los médicos son el diagnóstico y el tratamiento de las enfermedades**, siendo el diagnóstico el conjunto de actos enderezados a determinar la naturaleza y trascendencia de la enfermedad padecida por el paciente, con el fin de diseñar el plan de tratamiento correspondiente, de cuya ejecución dependerá la recuperación de la salud, según las particulares condiciones de aquel, y el tratamiento consiste, en la actividad del médico enderezada a curar, atemperar o mitigar la enfermedad padecida por el paciente (tratamiento terapéutico), o a preservar directa o indirectamente su salud (cuando asume un carácter preventivo o profiláctico), o a mejorar su aspecto estético .

En este orden, resulta evidente que el buen suceso de este tipo de responsabilidad, está sujeto a la conjunción de los siguientes requisitos: **a) una conducta culpable consistente en el incumplimiento, cumplimiento**

imperfecto o retardado de obligaciones; b) un daño o perjuicio; y c) la relación de causalidad entre la culpa y el daño, los cuales pasarán a examinarse en conjunto con las pruebas recaudadas en el plenario.

5.4. En el caso en estudio, los señores Beatriz Amaya Gutiérrez, en calidad de cónyuge sobreviviente, y William, Nancy, Gladys Celmira, Luz Marina, Beatriz, Jesús Reinaldo y Marisol Sánchez Amaya, en calidad de hijos de Jesús María Sánchez Parraci, pretenden que se declare responsable a la demandada SALUDCOOP CLINICA SANTA ISABEL LTDA., por la muerte de esposo y padre, respectivamente.

La decisión de primera instancia, se fundamenta en que no se encontraron probados los presupuestos de la responsabilidad médica que se alega, toda vez que, si bien se probó el deceso del señor Jesús María Sánchez Parraci, no pudo demostrarse culpabilidad en el actuar del equipo médico, ni la existencia de nexo causal entre el perjuicio y la culpa.

Al respecto, alega la parte demandante, que el actuar culposo de las demandadas, se evidencia con sus actitudes durante el juicio, esto es, la dilación en la entrega de copia íntegra de la historia clínica del paciente, en la pérdida de piezas de la mentada historia, sin soportes o justificaciones de ese hecho, en la falta de colaboración con la justicia para el aporte de los documentos que se les solicitaron, y en suma, el incumplimiento del deber legal de llevar en debida forma la historia clínica.

5.4.1. Bajo este entendido, corresponde examinar el material probatorio allegado al plenario, a fin de establecer si existe evidencia de la responsabilidad de las demandadas, veamos:

i) Aparece acreditado en autos, que el señor Jesús María Sánchez Parrací, casado con la señora Beatriz Amaya Gutiérrez, y progenitor de Wilson, Nancy, Gladys Celmira, Luz Marina, Beatriz, Jesús Reinaldo y Marisol Sánchez Amaya, falleció el 21 de febrero de 2006, tal como consta en el registro civil de defunción (fl. 21 C. No. 1).

ii) Según lo expuesto en la demanda, en el mes de septiembre de 2004, el señor José María Sánchez Parrací, fui intervenido de urgencia, por cuanto presentaba una enfermedad relacionada con el intestino grueso, a raíz de dicha cirugía, quedó con colostomía, cuestión que se le dijo era provisional.

Se dice, que la realización de la cirugía correspondiente a retrotraer los efectos de la colostomía, se demoró debido a varios factores, entre ellos, la negación del servicio por parte de la EPS, lo que llevó a que se interpusiera derecho de petición, y luego acción de tutela.

Finalmente, se agrega, que se logró programar la cirugía para el 13 de febrero de 2006, la cual se llevó a cabo, saliendo el paciente con buena salud. Sin embargo, en los días posteriores, y dada la negligencia médica, se le ordena suministro de alimentos al paciente y empieza a presentar fiebre y mal estado de salud, lo que se teme sea una peritonis; entre el 18 y 19 de febrero se agrava la salud del paciente, por lo que se ordena su remisión a Neiva, donde es recibido, y se ordena su intervención inmediata, de la cual sale con vida pero fallece horas después.

iii) En relación con lo ocurrido, solo obra la declaración del **médico Álvaro Silva Redondo**, quien manifestó lo siguiente: *“El 26 de septiembre de 2004 se intervino quirúrgicamente al señor mencionado por haber sufrido un episodio de hemorragia digestiva baja asociado a choque hipovolémico. En la cirugía se encontró una enfermedad diverticular que compromete todo*

el colon desde el ciego hasta el sigmoide con sangrado en todo el colon. Le practiqué una colectomía subtotal y un cierre del recto mediante técnica de Hartmann, y una ileostomía. El procedimiento quirúrgico fue de emergencia y ordené traslado a Neiva para manejo post operatorio en la unidad de cuidados intensivos por inestabilidad hemodinámica. Indagado sobre si sabe qué tiempo transcurrió entre la primera cirugía relacionada con el intestino grueso que generó una colostomía y la segunda para conectar nuevamente el ano?, manifestó: “aproximadamente un año y medio, pues la cirugía inicial fue en septiembre de 2004 y la última fue como en febrero de 2006”. Luego, preguntado sobre las consecuencias a nivel de la salud del señor Jesús María Sánchez y/o recuperación que pudieron desencadenarse al haber estado más o menos año y medio usando bolsas de colostomía para desechar sus excrementos?, dijo: “en los casos de colectomía subtotal como es el del señor Sánchez, se pierde la capacidad de absorción de líquidos y de unos pocos nutrientes que se realiza en el colon. Independiente de tener una ileostomía o no estos cambios no se revierten. A pesar de cerrar las ileostomías, el estado funcional del intestino del paciente no cambia ostensiblemente. De tal forma que es posible vivir la vida con una ileostomía indefinidamente. El tiempo breve o prolongado que se tarde en realizar la corrección del intestino no cambia sustancialmente la salud del enfermo. Realizar la corrección quirúrgica de la ileostomía sin haber recuperado al paciente lo somete a riesgos que son menores cuando se cuentan con un enfermo en estado “normal” por lo tanto es aconsejable no operar antes de seis meses de la primera intervención”. Igualmente señala “Recuerdo haber intervenido al señor Sánchez y haberle realizado una ileo procto anastomosis, con reservorio ileal. El procedimiento quirúrgico cursó sin complicaciones y la evolución pos operatoria durante los primeros días fue adecuada, pero posteriormente presentó empeoramiento de su estado de salud y fue remitido a Neiva. Aclaro la colectomía subtotal consiste en un procedimiento donde es necesario extirpar todo el colon dejando únicamente un muñon que

corresponde al recto. El tubo digestivo queda modificado de tal manera que su extremo final corresponde al intestino delgado en un sitio que se llama ileo. Esta fue la primera cirugía que se le practicó al señor Sánchez. La ileo procto anastomosis, con reservorio ileal, consiste en un procedimiento donde se pega el ileon al muñon rectal, se construye un reservorio o bolsa para que el contenido intestinal que llega allí en forma líquida se torne por absorción de agua en una materia más consistente y que el paciente pueda volver a tener deposiciones por el ano como normalmente sucede. No recuerdo la causa por la cual se remitió a Neiva, por cuanto no estaba de turno en ese momento y además no cuento con la historia”.

Indica el profesional de la medicina, ante lo relatado en el hecho sexto de la demanda respecto a que en Neiva se le dictaminó peritonitis avanzada de más de cinco días al señor Sánchez, respondió: *“es falso. El demandante empieza por aseverar que por negligencia médica al paciente se le ordenó dieta, sigue aseverando que yo le dije a la señora Beatriz Amaya que no tenía por qué enseñarme en procedimiento médico, lo cual es falso, me parece que eso es una respuesta irrespetuosa que nunca utilizo ni con los pacientes ni con los familiares, como de nuevo repito no tengo historia clínica, no recuerdo sobre los hechos sucedidos sobre el 18 de febrero que relatan en la demanda ni el 19 de febrero. Es probable como dice la parte demandante que yo no haya visto al paciente en esos días porque en la Clínica Saludcoop Santa Isabel donde laboro trabajamos por sistemas de turnos y es posible que en esos días no me haya correspondido tales turnos. Para aclarar el concepto de peritonitis avanzada de más de cinco días que dice en la demanda sugiero al Despacho consultar al Dr. Jaime Azuero quien según dice la demanda lo emitió, como también sobre si el Dr. Azuero ha conocido en su vida profesional un caso como el del señor Sánchez Parrací”.*

Narra en relación al manejo que debe dársele a un paciente con colostomía, en particular respecto a su alimentación, relató: *“En principio se debe reiniciar la dieta con líquidos claros y acorde con la tolerancia progresivamente aumentar a dieta blanda y luego normal. A su vez, se le pregunta al galeno por qué no se remitió al paciente para la operación a la Clínica de Neiva atendiendo su edad y a que allá existe unidad de cuidados intensivos mientras en Florencia para la época de los hechos no existía?, a lo cual dijo: “la cirugía no es una actividad solidaria sino de un grupo de personas, tomar la decisión de operar a un paciente en forma electiva o programada es el resultado del consenso entre cirujanos, anestesiólogos, terapeutas, médicos internistas y demás profesionales que tengan que ver en la intervención. Luego de la evaluación de cada caso se decide si es prudente ofrecer el procedimiento y si el tipo de recursos con que contamos es suficiente para emprender tal procedimiento. Aunque de nuevo no cuento con la historia clínica si recuerdo que en el caso del señor Sánchez Parrací se tomaron todas las previsiones y luego de las evaluaciones realizadas por múltiples profesionales llegamos a la conclusión de primero que el señor mencionado se beneficiaría de ser intervenido y segundo que su procedimiento quirúrgico podía ser llevado a cabo en esta ciudad, pues no consideramos en el pre operatorio que necesariamente requiriera el servicio de unidad de cuidados intensivos. La cirugía es una actividad de medio más no de resultado, cualquier persona intervenida de cualquier procedimiento puede requerir ser internada en una unidad de cuidados intensivos, pero cómo es posible saber de antemano quien requerirá tal servicio a esas personas se les ofrece la atención en el nivel que requieren. A quienes luego de la evaluación que les he referido se considera que no tienen necesidad desde el pre quirúrgico de requerir unidad de cuidados intensivos y si estamos en condiciones de practicar el procedimiento requerido se les practica no sin antes hacerle mención y aclaración de riesgos y beneficios. En resumen no*

todas las personas mayores tienen necesidad desde el pre operatorio de ser atendidas en una unidad de cuidados intensivos.”

iv) En lo que respecta a la historia clínica del paciente, tenemos que la demandada Clínica Santa Isabel Ltda., no la aportó, indicando en oficio de 5 de diciembre de 2007, que no contaba con registro de la misma, *“ya que estos documentos desaparecieron como consecuencia de incendio que se presentó en el archivo de historias clínicas en la entidad el día 1 de octubre de 2007”* (fl. 111C.2), para lo cual aporta una constancia emitida por el Subt. Jose Adelmo Labrador Tovar, Comandante del Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Florencia, en que se indica *“Que el día primero (01) de octubre de dos mil siete (2007), persona de nuestra institución bomberil, atendió una emergencia de incendio en el barrio las avenidas, en los archivos de Saludcoop EPS, donde al parecer fue provocado por un corto circuito, que dejo incinerado el 60% de la documentación que reposa en el lugar, quedando pendiente investigar las causas”*(fl. 112 C.2).

Solo obra en autos, la historia clínica de la actuación médica adelantada en la Clínica Saludcoop Neiva, cuando se presentó la **primera intervención quirúrgica referida**, pues la misma empieza con la remisión que hace la Clínica Santa Isabel el 26 de septiembre de 2004, a la Clínica Saludcoop Neiva, del paciente José María Sánchez Parraci, por presentar un cuadro de sangrado digestivo. En seguida, se observan copias de la evolución, las notas de enfermería, las notas operatorias, las órdenes médicas, y los exámenes practicados al paciente durante el tiempo de permanencia en dicha clínica, esto es, entre el 26 de septiembre de 2004 que es recibido proveniente de la Clínica Santa Isabel de Florencia, y el 5 de octubre de 2004, que es la fecha de las últimas notas y evoluciones, donde el diagnóstico es Colectomía subtotal por diverticulitis (fl. 48C. 2).

Igualmente se observa en las copias aportadas por la Corporación IPS Saludcoop, la atención médica dada al paciente entre el 16 y el 30 de marzo de 2005, cuando fue también remitido desde Florencia, con síndrome icterico obstructivo (fl. 9 C.2), diagnóstico de colecistitis aguda (fl. 14 C.2), siendo atendido y obrando las notas operatorias, evoluciones, exámenes, notas de enfermería, etc.

Por tanto, y como se ve, **no aparece en autos, la historia clínica correspondiente a la atención brindada en febrero de 2006**, cuando se afirma, se retiró la colostomía al paciente, y aunque salió bien, en los días posteriores su salud se deterioró, debido a la negligencia médica, hasta morir el 21 de febrero de 2006.

v) Se solicitó dictamen pericial al Hospital Universitario de Neiva, sin embargo, en su respuesta, fue escueto en afirmar que no es posible dar respuesta a la mayoría de los cuestionamientos efectuados, relativos a la idoneidad de los procedimientos, tratamientos y atenciones dadas al paciente José María Sánchez Parraci, por cuanto no se aporta la historia clínica correspondiente (fls. 278-284 C.4).

De lo dicho, se desprende que no obra en el plenario prueba alguna que permita examinar minuciosamente la actuación médica adelantada por la entidad demandada, toda vez que el hecho que se describe como culposo o negligente, se ubica en **febrero de 2006**, cuando el señor José María Sánchez Parraci, fue intervenido quirúrgicamente para quitar la colostomía que se le había realizado más de un año atrás, y de lo ocurrido en esa oportunidad, solo obra la versión del médico Silva, pues no fue aportada la respectiva historia clínica.

Es por lo anterior, que debe examinarse el efecto que suscita para el proceso de responsabilidad civil médica, el hecho de no aportarse la historia clínica, siendo que la misma fue solicitada como prueba en la demanda (fl. 8 C.1), se decretó por auto de 9 de julio de 2007 (fl. 73-75 C.1), se ratificó su decreto por auto de 4 de noviembre de 2009 (fl. 62 C.4)., se requirió en varias oportunidades, e incluso se ordenó inspección judicial en la Clínica Saludcoop de Neiva, para obtener información al respecto, oportunidad en la que un auditor médico de la institución manifestó: *“En el momento no hay en el aplicativo de historias clínicas registro alguno de ingreso del usuario Sánchez Parracé, existe una apertura de historia hospitalaria sin soporte alguno de la atención cuya copia se adjunta a la diligencia.”*, lo que dio como resultado, que se obtuviera una historia clínica incompleta.

Sobre el particular, conviene precisar que la regla general en materia de responsabilidad médica, es que debe probarse el título de imputación, y que la carga de la prueba es dinámica, principios que quedaron claramente consignados en la sentencia SC12449-2014, de 15 de septiembre de 2014. M.P. Margarita Cabello:

“6. Sobre la clase de responsabilidad atribuida al ejercicio de la medicina y su manejo probatorio, esta Corporación ha expresado: (...)

Este, que pudiera calificarse como el criterio que por vía de principio general actualmente sostiene la Corte, se reitera en sentencia de 12 de septiembre de 1985 (G.J. No. 2419, págs. 407 y s.s.), afirmándose que ‘...el médico tan sólo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo; de suerte que en caso de reclamación, éste deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación’. Luego en sentencia de 26 de noviembre de 1986 (G.J. No. 2423, págs. 359 y s.s.), se ratificó la doctrina, inclusive invocando la sentencia de 5

de marzo de 1940, pero dejando a salvo, como antes se anotó, en el campo de la responsabilidad contractual, el caso en que en el 'contrato se hubiere asegurado un determinado resultado' pues 'si no lo obtiene', según dice la Corte, 'el médico será culpable y tendrá que indemnizar a la víctima', a no ser que logre demostrar alguna causa de 'exoneración', agrega la providencia, como la 'fuerza mayor, caso fortuito o culpa de la perjudicada'. La tesis de la culpa probada la consolidan las sentencias de 8 de mayo de 1990, 12 de julio de 1994 y 8 de septiembre de 1998. (...)

En fecha más reciente, fortaleciendo la posición reseñada precedentemente, esta Corporación asentó lo que, hasta la fecha, ha sido el derrotero observado. Así se pronunció:

Por supuesto que, si bien el pacto de prestación del servicio médico puede generar diversas obligaciones a cargo del profesional que lo asume, y que atendiendo a la naturaleza de éstas dependerá, igualmente, su responsabilidad, no es menos cierto que, en tratándose de la ejecución del acto médico propiamente dicho, deberá indemnizar, en línea de principio y dejando a salvo algunas excepciones, los perjuicios que ocasione mediando culpa, en particular la llamada culpa profesional, o dolo, cuya carga probatoria asume el demandante, sin que sea admisible un principio general encaminado a establecer de manera absoluta una presunción de culpa de los facultativos (sentencias de 5 de marzo de 1940, 12 de septiembre de 1985, 30 de enero de 2001, entre otras).

Empero, a esa conclusión no se opone que el juez, atendiendo los mandatos de la sana crítica y mediante diversos procedimientos racionales que flexibilizan el rigor de las reglas de la carga de la prueba, asiente determinadas inferencias lógicas enderezadas a deducir la culpabilidad médica en el caso concreto. En efecto, como quiera que es posible que una

rigurosa aplicación de la disposición contenida en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil puede aparejar en este ámbito el fracaso de la finalidad reparadora del régimen de la responsabilidad civil, particularmente, por las dificultades probatorias en las que se puede encontrar la víctima, no es insensible la Corte ante esa situación, motivo por el cual asienta que, teniendo en consideración las particularidades de cada caso en concreto, lo que repele indebidos intentos de generalización o de alteración de los principios y mandatos legales, y en la medida que sea posible, puede el juez acudir a diversos instrumentos que atenúan o “dulcifican” (como lo denominan la doctrina y la jurisprudencia españolas) el rigor del reseñado precepto.

Así, dependiendo de las circunstancias del asunto, se insiste una vez más, es posible que el juez, con sujeción a las normas jurídicas y de la mano de las reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica, deduzca ciertas presunciones (simples o de hombre) relativas a la culpa galénica; o que lo haga a partir de indicios endoprocesales derivados de la conducta de las partes (artículo 249 Ibídem); o que acuda a razonamientos lógicos como el principio res ipsa loquitur (como cuando se olvida una gasa o material quirúrgico en la zona intervenida, o se amputa el miembro equivocado, etc.); o teniendo en consideración la manifiesta anormalidad de las consecuencias del acto médico deduzca una “culpa virtual” o un “resultado desproporcionado”, todo lo anterior, se reitera aún a riesgo de fastidiar, sin que sea admisible la aplicación de criterios generales que sistemática e invariablemente quebranten las reglas de distribución de la carga de la prueba previstos en el ordenamiento (CSJ SC 22 de julio 2010, rad. 2000 00042 01).

7. El régimen que gobierna la eventual responsabilidad está marcado por el de culpa probada empero e igualmente, su disciplina probativa no debe

responder a la rigidez de antaño, sino que, ya el médico ora el paciente, debe asumir ese compromiso demostrativo, atendiendo la real posibilidad de hacerlo; aquél que se encuentre en mejores condiciones para acreditar los supuestos de hecho configurantes del tema a establecer, deberá asumir esa carga. (...)” (Subrayado fuera de texto).

Ahora bien, en relación con la historia clínica, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha sido clara en indicar:

“Tal compilación informativa en la que se individualiza a la persona que requiere de atención médica y se relata de forma discriminada la forma como se le presta, lo que comprende una descripción del estado de salud de arriba, los hallazgos de su revisión por el personal encargado, los resultados de las pruebas y exámenes que se practiquen, los medicamentos ordenados y su dosificación, así como todo lo relacionado con las intervenciones y procedimientos a que se somete, es una herramienta útil para verificar la ocurrencia de los hechos en que se sustentan los reclamos del afectado con un procedimiento de esa naturaleza.

Su conformación debe ser cronológica, clara, ordenada y completa, pues, cualquier omisión, imprecisión, alteración o enmendadura, cuando es sometida al tamiz del juzgador, puede constituir indicio en contra del encargado de diligenciarla.

De todas maneras su mérito probatorio debe establecerse «de acuerdo con las reglas de la sana crítica», debiendo ser apreciada en conjunto con las pruebas restantes, máxime cuando su contenido se refiere a conceptos que en

muchos casos son ajenos al conocimiento del funcionario”¹ (Subrayado fuera de texto).

Posteriormente, la misma Corte, examinando los efectos de una historia clínica incompleta o mal diligenciada, explicó:

“Se resalta lo anterior por cuanto la obligación de resultado consistente en diligenciar la historia clínica, sin enmendaduras, sin siglas, legible y en forma completa - débito que se predica del médico, de las instituciones de salud, y en fin, de quienes tienen a su cargo ese deber profesional por participar en el cuidado al enfermo- viene a complementar esa facilidad probatoria, en la medida en que esa pieza, en últimas, debe recoger todo el recorrido de la enfermedad del paciente, su estado preliminar, sus antecedentes personales y familiares, el diagnóstico, los medicamentos, las reacciones al tratamiento, los exámenes que le fueron practicados y sus interpretaciones, etc. Lo que se traduce en que su análisis resultará de una importancia inusitada a la hora de determinar la responsabilidad investigada, en vista de que si ese registro complejo, que proviene de una de las partes -la eventual responsable-, no se cumple en absoluto, la gravedad de tal omisión conduciría a predicar no sólo similares resultados, en cuanto a la inversión de la carga probatoria, sino fundamentalmente a deducir una mala praxis médica. Pero, en tratándose de una deficiente o inexacta inscripción de datos referidos al paciente en cuestión, la demostración de tal falencia podrá servir de indicio para la formación del convencimiento acerca de la investigada responsabilidad, sin que en principio pueda concluirse, en sede de casación, que la adecuada demostración de un error probatorio como el que se le

¹ CSJ SC 5746-2014 del 14 de noviembre de 2014, rad. n° 11001-31-03-029-2008-00469-01.

*atribuye al Tribunal en este caso, pueda conducir, sin más, a deducir la obligación de resarcir los perjuicios reclamados”.*² .(Subrayado es nuestro).

Bajo estos preceptos, resulta claro que corresponde a la parte actora asumir la carga demostrativa contemplada en su momento por el art. 177 del C.P.C., empero, en asuntos como el presente, la parte que está en mejores posibilidades de ofrecer al proceso la demostración de la verdad histórica que se investiga, como lo es, la entidad de salud cuando se trata de actuaciones, medicaciones, tratamientos, exámenes etc, realizados al paciente, es la llamada a allegar la historia clínica al proceso.

Esto, por cuanto la historia clínica se constituye en el documento idóneo para evidenciar el obrar de los galenos, quienes por disposición legal, deben diligenciarla de acuerdo con unos parámetros claramente establecidos – ley 23 de 1981-, de manera que si la historia clínica se allega incompleta, con enmendaduras, tachones, sin el cumplimiento de los requisitos legales, o no existe, dicha omisión sirve como indicio de mala praxis, siempre que ello se encuentre respaldado con otros elementos de juicio que permitan establecer la violación de la lex artis.

En el presente asunto, la demandada Clínica Santa Isabel Ltda, no aportó la historia clínica y se limitó a informar que se había quemado en un incendio, aportando una constancia del Cuerpo de Bomberos, pero sin informar las actuaciones efectuadas para su reconstrucción, como lo resalta el recurrente.

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P Margarita Cabello Blanco, en sentencia 2506-2016 del 2 de marzo de 2016.

No obstante lo anterior, y lo reprochable de la actuación de la demandada, por ese hecho, no puede establecerse el elemento culpabilidad en este asunto, y menos su nexo causal con el daño ocasionado a los demandantes, por cuanto no obran más pruebas en el expediente que así permitan inferirlo.

En suma, aunque la actuación de la demandada resulte censurable, y pueda ser motivo de responsabilidad en otros ámbitos – ante la Superintendencia de Salud-, lo cierto es que en este caso, se constituye en un único indicio en su contra, razón por la cual no sirve como elemento de convicción para afirmar que hay responsabilidad de su equipo médico, lo que llevará necesariamente a la confirmación de la sentencia de primera instancia. La condena en costas estará a cargo de la parte demandante, de conformidad con lo previsto en el art. 392 numeral 3° del C.P.C.

VI. DECISION

En consonancia con lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, constituido en Sala Quinta de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo proferido por el Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de Florencia, el día 18 de junio del año 2014, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia a la parte demandante. Por secretaria líquidense conforme al art. 393 del C.P.C.

Responsabilidad Médica
Demandante: Jesús Reinaldo Sánchez Amaya y otros
Demandado: Saludcoop Clínica Santa Isabel Ltda
Rad. 18-001-31-03-001-2007-00031-01

TERCERO: Una vez en firme este proveído, DEVUÉLVANSE las diligencias al juzgado de origen para lo de su cargo.

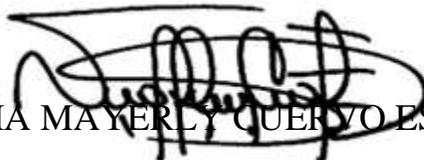
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Fallo discutido y aprobado en sesión de sala, conforme al acta 49 de esta misma fecha.

Los Magistrados,



DIELA H.L.M ORTEGA CASTRO



NURIA MAYERLY QUERVO ESPINOSA



MARIO GARCIA IBATÁ



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA QUINTA DE DECISIÓN

Florencia, treinta (30) de julio del año dos mil veinte (2020)

MAGISTRADA PONENTE: DRA. DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO

Se ocupa esta Corporación del recurso de apelación impetrado por la parte demandada contra la sentencia de primera instancia, emitida el 30 de mayo de 2014, por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Florencia Caquetá.

I. ANTECEDENTES

1.1. Mediante apoderada judicial, la señora Yuli Andrea Mora Pachón, en nombre propio y en representación de Andrés Felipe Leyton Mora, en su calidad de madre y hermano de Andri Sarai Valenzuela Mora, respectivamente, así como Pedro Luis Valenzuela, en calidad de padre, Lilia Garzón Canacue, José Abad Bohórquez, y Gloria Mejía, en calidad de abuelos, Yeny Valenzuela Mejía y Ángela Paola Valenzuela Mejía, en calidad de tías, y en agencia oficiosa respecto de Feliciano Fabián Mora Pachón, Nancy Pachón Garzón, en nombre propio y en representación de Lina Liseth, Sebastián y Mayerli Rojas Pachón, y Cristian Pachón Garzón, promovieron demanda ordinaria de responsabilidad civil en contra de Saludcoop EPS,

Saludcoop Clínica Santa Isabel Ltda., y Corporación IPS Saludcoop Neiva, con el fin de que sean declarados responsables por los perjuicios causados a los demandantes con ocasión del prematuro deceso de Andri Sarai Valenzuela Mora, ocurrido el 25 de octubre de 2010, en virtud de la inadecuada y tardía atención de su progenitora en la etapa de parto. Como consecuencia de ello, que se condene a los demandados al pago de perjuicios materiales: daño emergente, en cuantía de \$3.500.000, y lucro cesante por valor de \$36.645.784,33, y perjuicios inmateriales: daño moral y daño en la vida de relación por la suma equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales, respectivamente.

1.2. Como fundamento de tales peticiones, se indicó lo siguiente:

-De la vida en común que decidieron hacer Yuli Andrea Mora Pachón y Pedro Luis Valenzuela, procrearon a Andri Sarai Valenzuela Mora (q.e.p.d), quien nació el 25 de octubre de 2010.

- Luego de asistir cumplidamente a las citas de control y consultas propias del embarazo, Yuli Andrea Mora, con 38 semanas de gestación, presentó síntomas tales como fiebre, tos y malestar general, razón por la cual acudió a la Clínica Santa Isabel el 19 de octubre de 2010, lugar donde se le diagnosticó “*infección aguda de las vías respiratorias, bronquitis aguda*”, prescribiéndole nebulizaciones y acetaminofén.

-Los días posteriores, 20 y 21 de octubre, los síntomas persistieron, razón por la cual, Asistió nuevamente a urgencias de la mencionada clínica, donde le diagnostican “*rinofaringitis aguda – resfriado común*”, le suministran algunos medicamentos y le ordenan nebulizaciones. En la notas

de enfermería se observa que hay una nota que dice “*queda pendiente por valoración por medicina interna*”.

-El 23 de octubre acude nuevamente a la Clínica a efectuarse las nebulizaciones, sin embargo ante la persistencia de fiebre, el médico de turno ordena la hospitalización, para inicio de tratamiento con antibióticos y valoración por medicina interna.

-Ese mismo día, la paciente es valorada por ginecología, encontrando bienestar fetal y anotando que no había internista en el momento.

-En vista de la falta de médico especialista se empieza el proceso tendiente a la remisión de la paciente, indicando que no hay disponibilidad de internista, y que debe viajar con auxilio de enfermera, obrando en la historia clínica todas las diligencias desplegadas por personal médico para obtener la remisión.

-El 24 de diciembre, luego de varios tropiezos en la obtención de los permisos, la paciente es remitida a la clínica EMCOSALUD Neiva, allí se ordena la práctica de un monitoreo fetal, pero la encargada de hacerlo presenta dificultades y manifiesta “*se perdió el corazón de la bebe*”, y luego, cuando se hace presente el ginecólogo del centro, suspende el monitoreo porque la paciente no está remitida por cuestiones relativas a su estado de embarazo.

-Posteriormente, la paciente es valorada por el internista, quien ordena la práctica de rayos X y diagnostica bronquitis, ordenando salida.

-No obstante lo anterior, la señora Yuli Andrea se quedó en Neiva, presentado el 25 de octubre perdida de moco sanguinolento por la vagina,

razón por la cual acude nuevamente por urgencias a la Clínica Saludcoop Neiva, donde le indican que no tiene dilatación y que debe irse a su casa, cuestión a la cual se opone porque su casa es en Florencia.

-Entonces, la dejan hospitalizada e inician inducción de parto, dejando como observación que los movimientos fetales han disminuido.

-A las 3:45 de la tarde se realiza amniotomía con salida de líquido amniótico meconiado, razón por la cual se remite a cesárea de urgencia.

-La recién nacida es atendida, dejando constancia de *“sufrimiento fetal agudo, aspiración de líquido amniótico meconiado espeso, requiere reanimación neonatal, se traslada a cuidados intensivos neonatales”*.

-El medico neonatal indica que la menor requiere ventilación de alta frecuencia, pero no hay disponibilidad de cupo en la única parte donde se presta el servicio, luego la niña muere de paro cardiorrespiratorio.

-El 27 de octubre, la señora Mora Pachón es valorada por medicina interna, que diagnostica neumonía basal derecha, remitiéndola a su ciudad de origen.

II. TRÁMITE PROCESAL

El asunto correspondió por reparto la Juzgado Segundo Civil del Circuito de esta ciudad, el cual admitió la demanda mediante auto de 17 de mayo de 2013, ordenando la notificación de la parte demandada.

En el término correspondiente, la demandada **Saludcoop Clínica Santa Isabel Ltda.**, se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló como excepciones de mérito: “*cumplimiento de las obligaciones por parte de Saludcoop Clínica Santa Isabel Ltda., frente a la paciente Yuli Andrea Mora*”, “*adecuada práctica médica – cumplimiento de la lex artis*”, “*necesidad de la prueba de la culpa en el acto médico*”, “*discrecionalidad técnico-científica*”. Por su parte, **Saludcoop EPS**, alegó como excepciones “*inexistencia de responsabilidad de Saludcoop EPS, por los presuntos perjuicios ocasionados al extremo actor*”, “*inexistencia de solidaridad entre EPS e IPS*”, y **Corporación IPS Saludcoop**, indicó que se configuraban la “*necesidad de probar la responsabilidad de la Corporación IPS Saludcoop*”, “*ausencia de nexo causal por parte de la Corporación IPS Saludcoop*”, y “*exigencia de obligaciones de medio*”.

Posteriormente se citó a la audiencia de que trataba el art. 432 del C.P.C., se decretaron y practicaron las pruebas oportunamente solicitadas, igualmente se dio por terminada la agencia oficiosa respecto de Feliciano Fabián Mora Pachón, Nancy Pachón Garzón, luego, se corrió traslado para los alegatos finales.

III. LA SENTENCIA

Mediante providencia de 30 de mayo de 2014, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Florencia, tuvo por no probadas las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada, y declaró a Saludcoop Clínica Santa Isabel Ltda., Saludcoop EPS y Corporación IPS Saludcoop, civil y solidariamente responsables por los perjuicios materiales y morales causados a los demandantes por la muerte de Andri Sarai Valenzuela Mora; en tal virtud, los condenó al pago de \$3.500.000 por concepto de daño material acreditado

por los gastos funerarios, pero se negaron los solicitados como lucro cesante por no haberse probado; y 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para Yuri Andrea Mora Pachón y Pedro Luis Valenzuela, en su calidad de padres, 50 salarios mínimos mensuales vigentes para Andrés Felipe Leyton Mora, en su calidad de hermano, y 20 salarios mínimos mensuales vigentes, para Gloria Mejía y Paola y Yeni Valenzuela Mejía, en su calidad de abuela y tías, respectivamente.

Para el efecto, consideró que fueron probados los presupuestos de la responsabilidad civil que se examina, es decir, daño, actuación culposa y nexo causal entre estos, pues el daño causado a los demandantes fue la muerte de la menor recién nacida Andri Sarai, lo que fue probado con el respectivo registro civil de defunción.

Con la historia clínica se demostró que la señora Andrea Mora, en calidad de cotizante, acudió durante todo el embarazo de Andri Sarai, a los controles a Saludcoop EPS, y que estando en embarazo presentó dificultades respiratorias, pero por ausencia de médico internista, fue trasladada a Neiva, donde nació la menor y a las pocas horas falleció.

Respecto de la actuación desplegada por el equipo médico que atendió a la señora Mora Pachón, pudo establecerse que no fue ni oportuna ni eficiente, ya que la entidad IPS a que acudió inicialmente para el tratamiento de sus problemas respiratorios, no contaba con personal médico idóneo, como es, un médico internista, lo que generó la necesidad, pese a su avanzado estado de embarazo, de remitirla por vía terrestre a la ciudad de Neiva.

También se pudo constatar que nacida la menor Andri Sarai, la institución no contaba con equipos médicos necesarios, pues requería

ventilación de alta frecuencia, y su ausencia ocasionó que la menor hiciera paro cardio – respiratorio, y a pesar de las maniobras realizadas falleciera a 3 horas de haber nacido.

En cuanto a los perjuicios, se tuvo en cuenta que la pérdida de un familiar tan cercano como una hija, hermana, nieta, sobrina, causa un dolor inconmensurable teniendo en cuenta que la llegada de un menor a la familia genera en su entorno familiar alegría, esperanza, lo que sin duda debió producir hondo pesar y tristeza al ver las mismas ilusiones truncadas padeciendo un perjuicio del orden moral.

Es por lo anterior, que se reconocen perjuicios morales para los padres de la menor, Yuli Andrea Mora Pachón y Pedro Luis Valenzuela, para su hermano, Andrés Felipe Leyton Mora, para la abuela, Gloria Mejía, y las tías Paola y Jenny Valenzuela Mejía. En cuanto a los señores Lilian Garzón Canacué y José Abad Bohórquez García, presuntos abuelos de crianza, no se acreditó dicha calidad.

IV. EL RECURSO INTERPUESTO

Inconforme con la decisión, la parte demandada interpuso recurso de apelación, indicando como argumentos:

> Que no aparece probado en el plenario ni el hecho ni la relación de causalidad, toda vez que la orden de remisión de la paciente a Neiva, no es determinante para el deceso de la menor, ya que la misma no tenía relación con su estado de gestación;

>Que el deterioro de la salud de la menor, se asocia a una insuficiencia respiratoria secundaria a aspiración de meconio, cuestión que no era previsible, pues hasta el momento no presentaba alteraciones obstétricas, ello solo se evidenció al momento de la amiotomía (rompimiento de membranas ovulares);

> Que para el 24 de octubre de 2010, quien era responsable de la paciente era la IPS EMCOSALUD;

>Que en este caso se configura un hecho fortuito, como es la presencia de meconio, eventualidad que no explicó debidamente el perito de la parte demandante, quien presentó conclusiones sin suficiente sustentación;

>Que la imposibilidad de valoración por parte de medicina interna en el primer momento de atención, no tenía relación con algún tratamiento obstétrico, razón por la cual no puede deducirse responsabilidad por ese hecho, además que no se examina detenidamente el carácter de la Clínica Santa Isabel para entonces;

>Que hay ausencia de legitimación en la causa por pasiva, para la Corporación IPS Saludcoop, pues no tuvo participación en el hecho que genera el daño reclamado.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Los presupuestos procesales que la doctrina y jurisprudencia exigen para el normal desarrollo del proceso, se encuentran satisfechos a cabalidad, además no se advierte causal de nulidad alguna que invalide la actuación surtida.

5.2. Es importante señalar que de acuerdo con lo previsto en el numeral 5° del artículo 625 del Código General del Proceso, este recurso se resuelve con base en la normativa del Código de Procedimiento Civil, modificado por la ley 1395 de 2010, estatuto procesal vigente para la época en que fue interpuesto el recurso de apelación.

5.3. Se ocupa la Sala de una **controversia de responsabilidad civil médica**, tipología que es de linaje contractual de acuerdo a lo expuesto por la jurisprudencia y doctrina dominante¹; es así, que las obligaciones derivadas del servicio médico son obligaciones de medio, de forma que el galeno no asume exactamente el compromiso de curar al enfermo, sino el de suministrarle cuidados concienzudos, solícitos y conforme con los datos adquiridos por la ciencia, esto es, poner en marcha todos los medios que tenga a su alcance para proporcionarle salud al enfermo², dentro del marco del contrato de prestación de servicios médicos celebrado en cada caso concreto³.

Es por ello, que se ha precisado que los deberes asistenciales que incumben a los médicos son el diagnóstico y el tratamiento de las enfermedades, siendo **el diagnóstico** el conjunto de actos enderezados a determinar la naturaleza y trascendencia de la enfermedad padecida por el paciente, con el fin de diseñar el plan de tratamiento correspondiente, de cuya ejecución dependerá la recuperación de la salud, según las particulares condiciones de aquel, y **el tratamiento** consiste, en la actividad del médico enderezada a curar, atemperar o mitigar la enfermedad padecida por el paciente (tratamiento terapéutico), o a preservar directa o indirectamente su

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Civil. Sentencia de 29 de noviembre de 2016. M.P. Luis Alonso Rico.

² Corte Suprema de Justicia. Casación Civil de 12 de septiembre de 1985. Magistrado Ponente: Horacio Montoya Gil.

³ Corte Suprema de Justicia. Casación Civil de 30 de enero de 2001. Magistrado Ponente: José Fernando Ramírez Gómez.

salud (cuando asume un carácter preventivo o profiláctico), o a mejorar su aspecto estético⁴.

En este orden, resulta evidente que el buen suceso de este tipo de responsabilidad, está sujeto a la conjunción de los siguientes requisitos: *a) una conducta culpable consistente en el incumplimiento, cumplimiento imperfecto o retardado de obligaciones; b) un daño o perjuicio; y c) la relación de causalidad entre la culpa y el daño*, los cuales pasarán a examinarse en conjunto con las pruebas recaudadas en el plenario.

5.4. En el caso de autos, la señora **Yuli Andrea Mora Pachón**, en nombre propio y en representación de **Andrés Felipe Leyton Mora**, en su calidad de madre y hermano de **Andri Sarai Valenzuela Mora**, respectivamente, así como **Pedro Luis Valenzuela**, en calidad de padre, **Lilia Garzón Canacue**, **José Abad Bohórquez**, y **Gloria Mejía**, en calidad de abuelos, y **Yeny Valenzuela Mejía** y **Ángela Paola Valenzuela Mejía**, en calidad de tías, demandaron a **Saludcoop EPS**, **Saludcoop Clínica Santa Isabel Ltda.**, y **Corporación IPS Saludcoop Neiva**, con el fin de que sean declarados responsables por los perjuicios a ellos causados, con ocasión del prematuro deceso de **Andri Sarai Valenzuela Mora**, ocurrido el 25 de octubre de 2010, por causa de la inadecuada y tardía atención de su progenitora en la etapa de parto.

5.4.1. Se encamina entonces este estudio, a establecer si se dan los elementos de la responsabilidad que se endilga a la demandada, partiendo de la base que se encuentra probado que la menor **Andri Sarai Valenzuela Mora**, nacida el 25 de octubre de 2010 (fl. 12) y fallecida ese mismo día en la UCI de

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Civil. Sentencia del 26 de noviembre de 2010. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

la Clínica Neiva (fl. 33 C.2), era hija de Yuli Andrea Mora Pachón y Pedro Luis Valenzuela Mejía.

Entonces, como el recurso de apelación se sustenta en que no se probó, como lo indica la sentencia recurrida, el nexo de causalidad entre las actuaciones médicas adelantadas por las demandadas, y la muerte de la menor Andri Sarai, ya que su deceso es atribuible a una situación imprevisible como lo fue la aspiración de meconio en el vientre de la madre, se procede a ello.

5.4.2. Para el efecto, corresponde en primera medida, revisar la actividad médica desplegada por los galenos adscritos a las entidades demandadas, sobre la humanidad de la señora Yuli Andrea Mora Pachón y su hija por nacer, empezando por la historia clínica, pues *“por mandato normativo, la historia clínica consigna de manera cronológica, clara, precisa, fidedigna, completa, expresa y legible todo el cuadro clínico en las distintas fases del acto médico desde su iniciación hasta su culminación, a partir del ingreso del paciente a una institución de salud a su salida, incluso en la rehabilitación, seguimiento y control; contiene el registro de los antecedentes, y el estado de salud del paciente, la anamnesis, el diagnóstico, tratamiento, medicamentos aplicados, la evolución, el seguimiento, control, protocolo quirúrgico, indicación del equipo médico, registro de la anestesia, los estudios complementarios, la ubicación en el centro hospitalario, el personal, las pruebas diagnósticas, etc. Trátase de un documento probatorio sujeto a reserva o confidencialidad legal cuyo titular es el paciente y cuya custodia corresponde al profesional o prestador de salud, al cual puede acceder aquél, el usuario, las personas autorizadas por éstos, el equipo de salud y las autoridades competentes en los casos legales, ostenta una particular relevancia probatoria para valorar los deberes de conducta del médico, la atención médica al paciente, su elaboración en forma es una obligación*

imperativa del profesional e instituciones prestadoras del servicio, y su omisión u observancia defectuosa, irregular e incompleta, entraña importantes consecuencias, no sólo en el ámbito disciplinario sino en los procesos judiciales, en especial, de responsabilidad civil, por constituir incumplimiento de una obligación legal integrante de la respectiva relación jurídica” (Subrayado fuera de texto).⁵

Del examen de la historia clínica de la señora Yuli Andrea Mora Pachón, se concluye lo siguiente:

>Que la señora Yuli Andrea asistió a controles prenatales el 19 de marzo de 2010, el 23 de marzo de 2010, el 31 de marzo de 2010, el 7 de abril de 2010, el 5 de mayo de 2010, el 9 de julio de 2010, el 16 de julio de 2010, el 17 de agosto de 2010, el 3 de septiembre de 2010, y el 24 de septiembre de 2010, no presentando ningún signo de alarma o complicación, excepto por una infección urinaria que se manejó ambulatoriamente.

>Que el 19 de octubre de 2010, la paciente acude por urgencias a la Clínica Santa Isabel, por presentar gripa y tos seca, negando perdidas vaginales, se le diagnostica infección aguda de vías respiratorias y bronquitis aguda, recomendado micronebulizaciones, cuidados en casa y corticoide.

> Que el 20 de octubre de 2010, la paciente acude nuevamente por urgencias a la Clínica Santa Isabel, por presentar dolor de cabeza, dolor dorsolumbar, rinorrea hialina, negando sangrado vaginal, se le diagnostica rinofaringitis aguda y cefalea, le ordenan paraclínicos y control con reporte.

> Que el 22 de octubre de 2010, la paciente se presenta en urgencias congestionada, refiriendo fiebre intermitente, tos seca persistente, disfonía, no

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 17 de noviembre de 2011. M.P. William Namen.

mejora a pesar de los medicamentos, se le diagnostica laringitis aguda, y se ordena manejo médico.

El monitoreo fetal ordenado no es satisfactorio, se ordena repetir con hidratación y oxígeno, indicándose resultado normal sin actividad uterina.

>El día siguiente en la mañana, el 23 de octubre de 2010, la paciente manifiesta dolor en región faríngea, pero mejor estado general, se sigue manejo médico; por la tarde, persiste síndrome broncoobstructivo, con último pico febril el día anterior, se decide tratamiento con antibióticos, se inicia proceso de remisión para valoración por medicina interna.

Ese mismo día, Yuli Andrea es valorada por el ginecólogo, quien refiere bienestar fetal, y que la patología que presenta no tiene relación con lo obstétrico, que se continúa remisión para valoración por internista.

>La remisión se presenta el 24 de octubre de 2010 en las horas de mañana, en ambulancia básica, a la Clínica Emcosalud de Neiva.

>Ese mismo día, según lo indica el dictamen pericial –pues no obra en autos la historia clínica de EMCOSALUD- a las 1:19 de la tarde, es recibida en urgencias de Emcosalud de Neiva, se anota paciente en aceptables condiciones, roncus y movilización de secreciones, no presenta actividad uterina, y movimientos fetales, se ordena en el plan de manejo, micronebulizaciones, rx torax, monitoreo fetal, y paraclínicos, el diagnóstico es infección aguda no especificada de vías respiratorias superiores, continuar manejo por medicina interna.

> Posteriormente lo que se encuentra, es el registro de la Clínica Saludcoop Neiva, donde la paciente ingresa por urgencias con contracciones de parto desde hace 4 horas, con expulsión de moco sanguinolento por vagina, y movimientos fetales disminuidos, se decide hospitalizar por encontrarse fuera del domicilio la paciente, y se inicia inducción de trabajo de parto.

A las 2:15 de la tarde, de ese mismo día, se indica que la paciente se encuentra en fase activa de trabajo de parto, manifiesta dolores intensos, movimientos fetales normales, salida de tapón mucoso, se continúa con oxitocina.

A las 3:45 de la tarde, se realiza amniotomía con salida de líquido amniótico meconiado, se suspende oxitocina, y se decide pasar a cirugía para cesárea, se realiza el procedimiento quirúrgico, la bebé nace a las 16:02, presencia de sufrimiento fetal agudo, se realiza animación por pediatría, se encuentra placenta y membranas ovulares teñidas de meconio.

>Respecto de la recién nacida se indica apgar 4-6-6, requiere aspiración, secado, estimulación, presencia de meconio espeso en cuerdas bucales, bradicardia, se entuba y ventila con bolsa autoinflable por cerca de 30 segundos con mejoría del color y tono, se ingresa a UCI Neonatal, se realizan estudios, se mantiene en regulares condiciones, hay retorno de meconio espeso por sonda nasogástrica, posteriormente presenta mal patrón respiratorio, se intenta pasar catéter epicutáneo, soporte inotrópico, vasopresor, sedación, se decide cubrimiento antibiótico de primera línea, a las 21:30 la bebé fallece, tras tener severa bradicardia, desaturación marcada, paro cardiorespiratorio.

5.4.3. Obra también en el plenario, el dictamen pericial realizado por el gineco obstetra –perinatologo, doctor José Alberto Ulloque de la Hoz, quien en su estudio concluyó lo siguiente: *“1. Muerte perinatal evitable de neonato de sexo femenino, producto de embarazo controlado de 39 semanas. (20 consultas programadas y 13 atenciones por urgencias). 2. Insuficiencia placentaria y sufrimiento fetal agudo secundario a hiperestimulación uterina por sobredosis de oxitócica que no se identifica y maneja oportunamente. 3. Conducción de parto con oxitócica sin indicación clara y sin adecuada vigilancia. El registro obligatorio del acto médico en cuanto a la vigilancia de la evolución del parto no es completo ni satisfactorio. No hay registro de*

partograma transgrediendo la lex artis. 4. Infección respiratoria aguada en gestante de término en periodo de pandemia, que no es manejada de acuerdo a protocolos internacionales, nacionales e internos de la EPS. 5. Falta de integralidad en la atención de paciente gestante a término con comorbilidad. 6. Remisión tardía a otra ciudad para consulta médica que podría realizarse en su lugar de residencia con mínima espera. No se registra en la historia clínica la valoración por medicina interna hasta 2 días después de la muerte perinatal y 3 días luego del traslado a Neiva. 7. Incumplimiento de la política nacional e interna de la EPS SALUDCOOP de vacunación contra la influenza estacional e influenza A (H1N1) a todas las gestantes por ser un grupo de alto riesgo de mortalidad por el virus.”

5.4.4. Igualmente, fueron escuchados en declaración, el referido perito Ulloque de la Hoz, citado por la parte demandante, y el médico forense Máximo Alberto Duque Piedrahita, solicitado por la parte demandada.

El doctor Ulloque de la Hoz, se ratificó en las conclusiones anotadas en el informe presentado por escrito en el expediente, precisando que en la actuación médica se percibe la violación de la lex artis por cuanto, siendo una paciente catalogada como de bajo riesgo, en el final del embarazo presenta una afección respiratoria que la hace acudir varias veces a urgencias de la Clínica Santa Isabel, dando un diagnóstico diferente cada médico que la atiende; que en esos ingresos se refiere la realización de un monitoreo fetal, pero no aparece el registro del mismo; que es remitida porque no hay especialista en medicina interna y la remisión se toma varios días; que cuando llega a Neiva es recibida en Emcosalud, y ahí se indican unos exámenes, un tratamiento, pero no hay soporte de la realización de los mismos, y le dan salida; que al día siguiente ingresa a la Clínica Neiva con contracciones, le conducen el parto con dosis elevadas de oxitócica porque le inician

conducción con 6000 unidades por minuto, cuando son 2000 por protocolo; que en esa actuación no hay registro del partograma ni de la adecuada vigilancia del bienestar fetal, pues según el Decreto 412 reglamentario de la ley 100 de 1993, los controles deben ser cada hora y aportarse en el documento especialmente diseñado para esto para ver el partograma hasta el momento en que la señora está en 9 cm de dilatación y no ha habido descenso de la gestación; que luego le rompen membranas y encuentran que hay meconio, lo que es indicativo de sufrimiento fetal agudo, por eso es llevada a cesárea, y se obtiene un recién nacido de sexo femenino en muy malas condiciones que es atendido por los médicos pediatras de la institución, lo llevan a cuidados intensivos y le aplican los tratamientos que estaban indicados por su condición de gravedad, síndrome de dificultad respiratoria secundaria o síndrome de respiración de meconio; que según se observa la condición del neonato es demasiado grave y solicita en la historia que sea manejado con un sistema de rescate que es el ventilador de alta frecuencia o en su defecto la oxigenación por membrana extracorpórea pero lamentablemente, pocas horas después del nacimiento, fallece la menor recién nacida. Finalmente, refiere que también se observa la falencia de vacunación a la embarazada, cuestión que era protocolaria en ese momento por la pandemia de H1N1.

Por su parte, el doctor Máximo Duque, manifestó que el partograma es un formato que se utiliza de manera muy práctica para hacer el seguimiento del trabajo del parto; que la afección de la garganta que presentaba la paciente no tenía por qué afectar la gestación, máxime que fue valorada por el ginecólogo y estaba bien; que en el caso de la señora Mora no aparece descrito que se sospechara que la afectara el virus AH1N1, y que los protocolos de manejo de ese virus, no indicaban hospitalización sino manejo en casa; que la remisión a Neiva, parecía necesaria para ser valorada con

mejor tecnología y mejores recursos, pues no mejoraba con los tratamientos que le daban; que lo que se deduce de la historia clínica es que la remisión no le causó ningún problema porque fue valorada con monitorias en Neiva y el bebé estaba en buen estado; que según la información que revisó, no estaba el diagnóstico de la causa del sufrimiento fetal, pues no hubo autopsia; que el monitoreo fetal es un electrocardiograma con todas esas mediciones, normalmente se hace en 15 o 20 minutos, a veces lo dejan permanentemente durante mas rato como para ir mirando cómo va todo, y según se ve en la historia clínica casi todos estuvieron normales excepto uno que se hizo si no recuerdo mal como entre el 20 o 22 de octubre, que fue no reactivo, es decir, que la frecuencia cardíaca del bebé es muy plana, pero la rehidrataron y lo repitieron y salió normal.

Dijo también, que para el 23 de octubre la paciente venia en un deterioro importante del sistema respiratorio, ya le habían mandado algunos medicamentos, le habían hecho algunos procedimientos pero empezó a presentar fiebre importante entonces no era previsible que se mejorara, al contrario lo que los médicos pensaron era que iba a seguir empeorando de manera que no podían saber lo que iba a ocurrir, entonces, lo más prudente era pensar que se iba a complicar más y era bueno empezar a buscar una alternativa de tratamiento mejor, como es Neiva; que en cuanto a la inducción del parto, lo que vio fue que se hizo un refuerzo del trabajo de parto, pues ella llegó con contracciones, no recuerda las unidades de oxitócina, pero empezó como normalmente, bajitas hasta que se va aumentando para que se obtenga una respuesta adecuada; que el cálculo de la oxitócina, lo hace el médico con una bomba de infusión hasta que haya una buena respuesta, y eso es diferente si no hay contracciones a cuando las hay; y que la Clínica Santa Isabel era de primer nivel en el 2010 y las clínicas de primer nivel tienen que habilitar sus servicios o tienen que tener unas especialidades de acuerdo a lo que hayan

habilitado, de acuerdo a lo que ofrezcan, entonces entiendo que tenían internista pero no permanente 24 horas.

5.4.5. Como se observa, la cuestión se contrae a establecer si situaciones tales como: > la carencia de profesional de medicina interna para la atención de la paciente en Florencia y su posterior remisión a la ciudad de Neiva, >la falta de frecuencia y registro de monitoreos fetales, y >el manejo dado al trabajo de parto –ausencia de partograma, e inducción fuera de protocolos, fueron determinantes para el fallecimiento de la recién nacida Andri Sarai.

i) En este orden, tenemos que la atención primaria fue adelantada por SALUDCOOP CLINICA SANTA ISABEL LTDA., en la ciudad de Florencia, reprochándose que no contara con especialista en medicina interna para atender en forma idónea la afección respiratoria que presentaba la señora Yuli Andrea, lo que llevó a la realización de tratamientos sin mejoría, y al final, a su remisión a la ciudad de Neiva, cuando contaba con 38.6 semanas de embarazo.

Para ello, conviene precisar que la atención médica recibida por Yuli Andrea Mora fue suministrada por SALUDCOOP EPS, entidad promotora de salud a la cual se encontraba afiliada en el régimen contributivo, razón por la cual, en virtud de los principios contenidos en la ley 100 de 1993 y lo decantado por la jurisprudencia, es responsable si hubo negligencia médica en alguna de sus instituciones prestadora de salud, como serian para el caso, la Clínica Santa Isabel Ltda, Emcosalud, y Corporación IPS Saludcoop Neiva-referida en este asunto como Clínica Neiva.

Sobre el particular, el perito Ulloque de la Hoz, fue enfático en señalar “...*La señora fue a 20 controles prenatales, 5 con enfermera 13 con médico general, 2 con médico especialista todos los cuales dijeron que era un embarazo de bajo riesgo, en el momento en que tiene una afección respiratoria, en el momento de una epidemia mundial pues no siguieron los protocolos de manejo de una infección respiratoria en etapa de pandemia de una paciente en un grupo de riesgo, los registros de los médicos generales que atendieron a la paciente aquí en Florencia, todos son como si fueran atenciones individuales sin tener en cuenta la evolución de la paciente en el tiempo parece como si cada que llega la paciente fuera un caso como de primera vez, ahí hay falta de integralidad en la atención y la trasladan a otra ciudad habiendo podido hacerle la atención aquí en una forma más oportuna y se le da un manejo a un parto que está comenzando como si fuera una paciente con embarazo prolongado con un protocolo que no se ajusta a las normas sin vigilancia de la atención del parto con los resultados que ya conocemos*”, y luego indicó “*La señora fue remitida a Neiva para valoración por medicina interna, todavía no me cabe en la cabeza que la hayan mandado a Neiva habiendo el doctor Plata, Santiago Campbell están que viven y trabajan aquí, hay otros dos internistas que siempre están en la clínica Medilaser ni entiendo porque no existe el reporte del médico internista de Neiva, no aparece por ninguna parte un registro de que la hayan visto un médico internista de Neiva hasta después de la cesárea donde le diagnosticaron una neumonía y la conducta fue reenviarla a Florencia.*”(Subrayado es nuestro).

Al respecto, tenemos que obra en el plenario el contrato de prestación de servicios de SALUDCOOP EPS con Clínica Santa Isabel, en el que se lee que el objeto del contrato es ejercer mediante su experiencia profesional y técnica la prestación de servicios asistenciales a los afiliados del contratante

(Saludcoop EPS), en los siguientes servicios de baja y media complejidad, entre ellos “*medicina interna COD (329)*”, lo cual quiere decir que la entidad debía contar con médico internista para la atención de la paciente, sin embargo, no aparece probado en el plenario, que exista un nexo de causalidad entre la atención errática de la afección respiratoria, el hecho de no ser atendida por un internista y luego ser remitida a Neiva, con la muerte, por paro carodiorespiratorio de la recién nacida Andri Sarai.

Efectivamente, según pudo establecerse, el fallecimiento de la recién nacida, se debió al sufrimiento fetal agudo que experimentó en el vientre de su madre por la aspiración de meconio, no habiéndose probado que la ocurrencia de esa situación se debiera a la falta de valoración oportuna de internista y al traslado a Neiva.

Resáltese que según lo explicado por los peritos, el meconio *es la primera deposición fecal constituida por células muertas por secreciones del hígado e intestino y mucho contenido biliar, por eso es de color verde, este se constituye en un signo de que ha habido hipoxia fetal, es decir, que el feto ha sufrido por falta de oxígeno, cuando la hipoxia es severa el feto sufre la dilatación del esfínter anal y ese material es expulsado al contenido de la cavidad amniótica, entonces, cuando se encuentran signos de sufrimiento fetal agudo, se lleva a cesárea la paciente, empero, ninguno de ellos relacionó dicho evento con el manejo dado a la dificultad respiratorio de la gestante*⁶,

⁶ El medico Ulloque de la Hoz, explicó: “...*La única manera de detectar la presencia de meconio es habiendo ruptura de las membranas, no hay ninguna posibilidad de detectar la presencia de meconio antes de que se rompan las membranas ovulares. Sin embargo, como el meconio en este caso significa un grado de afectación fetal por hipoxia, si hay manera de saber el estado fetal de valoración del bienestar fetal como son la auscultación intermitente como recomienda la norma 412, que se debe hacer por un minuto completo y especialmente luego de las contracciones valorando si la actividad cardiaca fetal es rítmica y regular y no tiene desaceleraciones...*”.

El Medico Duque, por su parte, manifestó: “...*En la información que yo revisé no estaba el diagnóstico de la causa del sufrimiento fetal. Ese diagnóstico se hizo casi a posteriori cuando la bebe nació cuando estaba atendiendo el parto, le rompieron las membranas, vieron que tenía liquido meconiado, hicieron una cesárea rápido y ahí fue cuando dijeron que*

entonces aunque resulta reprochable como lo afirma el perito Ulloque de la Hoz, que no hubiera integralidad en la atención de la paciente en Florencia y se hubiera obtenido un diagnóstico de su dificultad respiratorio hasta después de la cesárea, ello no hace atribuible a la demandada Clínica Santa Isabel Ltda, la responsabilidad por el hecho de la muerte de Andri Sarai.

ii) Ahora bien, el reproche atinente a la falta de frecuencia y registro de monitoreos fetales, y el manejo dado al trabajo de parto –ausencia de partograma, e inducción fuera de protocolos, hace referencia específicamente, a la actuación desarrollada por la Clínica Neiva o Corporación IPS Saludcoop, que fue la institución que recibió a la paciente con contracciones.

Para proceder al examen de este punto, debemos considerar que aspectos tales como los monitores fetales realizados y el desarrollo del trabajo de parto, son actuaciones que deben estar contenidas en la historia clínica, como antes se explicó, por ello conviene recordar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 2506-2016 del 2 de marzo de 2016, M.P Margarita Cabello Blanco, precisó su importancia y el efecto que debe darse a su indebido e incompleto diligenciamiento:

“Se resalta lo anterior por cuanto la obligación de resultado consistente en diligenciar la historia clínica, sin enmendaduras, sin siglas, legible y en forma completa - débito que se predica del médico, de las instituciones de salud, y en fin, de quienes tienen a su cargo ese deber profesional por participar en el cuidado al enfermo- viene a complementar esa facilidad probatoria, en la medida en que esa pieza, en últimas, debe recoger todo el recorrido de la enfermedad del paciente, su estado preliminar,

había presentado un sufrimiento fetal pero no determinaron la causa si había sido un problema en la placenta, si había sido algo sino que calcularon que había sido un sufrimiento fetal pero no establecieron con precisión el motivo”.

sus antecedentes personales y familiares, el diagnóstico, los medicamentos, las reacciones al tratamiento, los exámenes que le fueron practicados y sus interpretaciones, etc. Lo que se traduce en que su análisis resultará de una importancia inusitada a la hora de determinar la responsabilidad investigada, en vista de que si ese registro complejo, que proviene de una de las partes -la eventual responsable-, no se cumple en absoluto, la gravedad de tal omisión conduciría a predicar no sólo similares resultados, en cuanto a la inversión de la carga probatoria, sino fundamentalmente a deducir una mala praxis médica. Pero, en tratándose de una deficiente o inexacta inscripción de datos referidos al paciente en cuestión, la demostración de tal falencia podrá servir de indicio para la formación del convencimiento acerca de la investigada responsabilidad, sin que en principio pueda concluirse, en sede de casación, que la adecuada demostración de un error probatorio como el que se le atribuye al Tribunal en este caso, pueda conducir, sin más, a deducir la obligación de resarcir los perjuicios reclamados." (Subrayado fuera de texto).

Con base en lo anterior, y revisada la historia clínica aportada al expediente, tenemos lo siguiente:

>El 25 de octubre la paciente acude a la Clínica Neiva por cuanto presenta contracciones, observándose, en relación con el aspecto que se examina, es decir, el manejo de la historia clínica, que en la misma consta la evolución de la paciente, los medicamentos usados, las ayudas diagnósticas y terapéuticas realizadas, las notas de enfermería y ejecución de órdenes médicas, los insumos usados, los datos de gestación y control prenatal, y anotaciones del trabajo de parto.

Se destaca, que el partograma, como fue descrito por el perito, es decir, como el formato donde se registra objetiva y sistemáticamente el trabajo

de parto, no se encontró en la documentación allegada, aunque hay datos dispersos sobre la evolución del trabajo de parto en la historia clínica de la hospitalización.

Respecto de este ítem, debe resaltarse que el perito Ulloque de la Hoz, dijo que era de obligatorio cumplimiento según las reglas del Ministerio de Salud, y así se observa en la “*norma técnica para la atención del parto*”, expedida por tal Ministerio⁷, donde se indica que una vez decidida la hospitalización para el parto, se **debe iniciar** el registro en el partograma.

En dicho documento, según se verifica en la norma técnica mencionada, acorde con las recomendaciones de la OMS⁸, se deben consignar todas las situaciones que se presenten en el trabajo de parto, esto es, las acciones que deben tomarse en cada una de las etapas del parto (dilatación y borramiento, expulsivo), siendo el referente para el paso a sala de partos, en el caso de la etapa de dilatación y borramiento, para determinar si se ha prolongado anormalmente la dilatación, o para saber si ha llegado a la etapa expulsiva, razón por la que se constituye en guía fundamental para definir las acciones a adoptar dependiendo de las circunstancias.

De ahí su importancia, y la necesidad de su oportuno diligenciamiento, ya que visto con detenimiento, en el partograma se incluye información de la dilatación de la paciente, la frecuencia cardiaca del feto, la presencia de líquido amniótico, contracciones, medicamentos administrados, pulso, temperatura, tiempo transcurrido, etc.

⁷ <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/3Atencion%20del%20Parto.pdf>

⁸ https://www.who.int/topics/maternal_health/directrices_oms_parto_es.pdf

Desde esta óptica, encuentra la Sala que la carencia de dicho documento en la historia diligencia por la Clínica Neiva, permite concluir su deficiente e incompleto diligenciamiento, lo que a la postre conlleva a deducir mala praxis médica, y por tanto, responsabilidad en los hechos que dieron lugar a la muerte de la recién nacida Andri Sarai.

Obsérvese que aspectos tales como la imposibilidad de establecer con qué frecuencia se hizo monitoreo del feto (examen que se destacó como importante para determinar el bienestar fetal⁹), y cómo se desarrolló el trabajo de parto (donde según se dijo pudo estar la causa determinante del fatal desenlace¹⁰), cuestiones que deberían estar contenidas y claras en la historia clínica, llevarán a esta Sala a avalar la sentencia de primera instancia.

⁹ El medico Máximo Duque lo definió así: “ *El monitoreo fetal es ponerle una serie de aparatos al abdomen de la madre y con esos aparatos se miden las contracciones uterinas y la frecuencia cardiaca del feto y también a la madre se le da un botón para que oprima cuando sienta movimientos del bebé entonces es como un electrocardiograma, sale una cinta donde se va viendo una línea que es la frecuencia cardiaca del feto y si hay contracciones del útero, el equipo lo marca y se mira si al mismo tiempo bajó la frecuencia cardiaca del feto o si el feto estaba haciendo desaceleraciones del corazón en su momento etc. entonces el monitoreo fetal es un electrocardiograma con todas esas mediciones, normalmente se hace en 15 o 20 minutos, a veces lo dejan permanentemente durante mas rato como para ir mirando cómo va todo. El valor predictivo de ese tipo de examen depende de muchas cosas, si la madre viene bien, si todo está bien se hace un monitoreo y sale bien el monitoreo sin trabajo de parto dejan a la mama ir a su casa para que vuelva en 2 o 3 días. Cuando es cerca del parto, el monitoreo tiene un valor predictivo más corto. Es decir, después de hacer el monitoreo puede ocurrir una catástrofe. Se puede tener una placenta, puede haber una ruptura uterina si había una cesárea previa, pueden pasar muchas cosas, entonces el monitoreo da un valor predictivo muy limitado cuando ya es intra - parto depende muchísimo de la salud general de la paciente o de condiciones que puedan no ser previsibles o que no sean detectables con ese tipo de monitoreos.*”

¹⁰ El medico Ulloque de la Hoz, indicó: “*La única manera de detectar la presencia de meconio es habiendo ruptura de las membranas, no hay ninguna posibilidad de detectar la presencia de meconio antes de que se rompan las membranas ovulares. Sin embargo, como el meconio en este caso significa un grado de afectación fetal por hipoxia, si hay manera de saber el estado fetal de valoración del bienestar fetal como son la auscultación intermitente como recomienda la norma 412, que se debe hacer por un minuto completo y especialmente luego de las contracciones valorando si la actividad cardiaca fetal es rítmica y regular y no tiene desaceleraciones, es decir no disminuye la frecuencia cardiaca fetal o también por el monitoreo electrónico fetal a través del cual se valoran una serie de parámetros como la variabilidad, la presencia de aceleración, la presencia de desaceleraciones y la presencia de movimientos fetales que nos indican de una forma indirecta el estado de bienestar fetal y que en la actualidad a nivel internacional el método de valoración del bienestar fetal más utilizado en todo el mundo y que inclusive en las unidades de primer nivel donde se hacen atenciones de parto, casi todas cuentan con un monitor fetal*”.(subrayado es nuestro).

En efecto, examinada la historia clínica, se observa, que además de que carece del respectivo partograma, solo hay anotación de un monitoreo fetal el 25 de octubre a las 12:06, pues aunque se refiere bienestar fetal en las notas de enfermería, no está registrado el examen como tal, y no hay interpretación del mismo por parte de especialista alguno; igualmente, respecto del trabajo de parto, se observa que la paciente ingresa por urgencias a las 10:35 am del 25 de octubre de 2010 con contracciones, la siguiente anotación, corresponde a una nota de evolución, a las 2:29 de la tarde, luego otra nota de evolución a las 3:45 pm, y de ahí pasa a la nota operatoria a las 4:48, pues la niña nació a las 4:02 pm.

En suma, lo que se observa del análisis de la historia clínica, y de las demás pruebas arrimadas al expediente, es que en el caso de las gestantes, además de los controles prenatales, es definitivo el seguimiento que se realice de la denominada fase activa, o de trabajo de parto, seguimiento que no se observa minucioso, claro, completo y eficiente por parte de Clínica Neiva, pues así lo revelan las falencias encontradas en la historia clínica arrimada al expediente.

En este orden de ideas, y de acuerdo con lo expuesto, habrá de modificarse la sentencia de primera instancia, en el sentido de excluir de responsabilidad a la demandada Saludcoop Clínica Santa Isabel Ltda., declarando probada la excepción denominada “*cumplimiento de las obligaciones por parte de Saludcoop Clínica Santa Isabel Ltda., frente a la paciente Yuli Andrea Mora*”, y no debiendo hacerse pronunciamiento sobre las demás excepciones por dicha entidad formuladas, por sustracción de materia. La condena en costas estará a cargo de la parte demandada, de conformidad con lo previsto en el art. 392 numeral 3° del C.P.C.

VI DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE FLORENCIA, SALA QUINTA DE DECISIÓN, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

1º. MODIFICAR la sentencia proferida el 30 de mayo de 2014 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de esta ciudad, la que en su parte resolutive quedará de la siguiente forma:

“PRIMERO: Declarar probada la excepción de fondo denominada “Cumplimiento de las obligaciones por parte de Saludcoop Clínica Santa Isabel Ltda., frente a la paciente Yuli Andrea Mora”, propuesta por Saludcoop Clínica Santa Isabel Ltda, por ende absolverla de las pretensiones incoadas en el libelo introductorio, de acuerdo a las razones anotadas.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones denominadas “discrecionalidad médico científica y la genérica”, “inexistencia de responsabilidad de Saludcoop EPS por los presuntos perjuicios ocasionados al extremo actor”, “cumplimiento de las obligaciones por parte de Saludcoop EPS frente a su afiliada”, “inexistencia de solidaridad entre EPS e IPS y la genérica”, planteadas por Saludcoop EPS, y “necesidad de probar la responsabilidad de la Corporación IPS Saludcoop”, “ausencia del nexo causal por parte de la corporación IPS Saludcoop” y “exigencia de las obligaciones de medio y la genérica”, propuestas por la Corporación IPS Saludcoop.

TERCERO: En consecuencia, declarar que Saludcoop EPS y Corporación IPS Saludcoop son civil, solidaria y extracontractualmente responsables por los

perjuicios del orden moral y materiales en la modalidad de daño emergente causados a Yuli Andrea Mora Pachón en calidad de madre de la menor Andri Sarai, identificada con cédula 40.670.965 de Florencia, quien actuó en nombre propio y en representación de su menor hijo Andrés Felipe Leiton Mora, a nombre también de Pedro Luis Valenzuela en calidad de padre identificado con cédula 1.117.488.737, Ángela Paola Valenzuela Mejía y Jenny Valenzuela Mejía tías de la menor Andri Sarai Valenzuela Mora, lo mismo que la abuela materna Gloria Mejía.

CUARTO: Fijar por concepto de perjuicios morales la suma de 100 SMLMV para los padres Yuli Andrea Mora Pachón y Pedro Luis Valenzuela para el hermano Andrés Felipe Leiton Mora la suma de 50 SMLMV y para la abuela Gloria Mejía y la tías Paola y Jenny Valenzuela Mejía la suma de 20 SMLMV. Negar el reconocimiento por estos perjuicios a los señores Lilia Garzón Canacué y José Abad Bohórquez García quienes invocaron la calidad de abuelos de crianza por cuanto no acreditaron debidamente cercanía al momento de los hechos.

CUARTO: Reconocer la suma de \$3.500.000 a los señores Yuli Andrea Mora Pachón y Pedro Valenzuela por concepto de daño material acreditado con las facturas de los gastos funerarios provenientes de la muerte de su menor hija recién nacida.

QUINTO: Negar el reconocimiento del perjuicio en la modalidad de lucro cesante por tratarse de la muerte de una menor.

SEXTO: Costas procesales a cargo de las demandadas Saludcoop EPS y Corporacion IPS Saludcoop, liquídense por secretaría, fíjense como agencias en derecho la suma de \$3.000.000 a cargo de las demandadas parte vencida y a favor de la demandante. Los valores aquí suministrados deberán ser cancelados dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia. La anterior determinación, se notifica en estrados y se ordena el archivo de las diligencias previa las constancias de rigor.”

2°. CONDENAR en costas de esta instancia, a las demandadas Saludcoop EPS y Corporación IPS Saludcoop. Líquidense por secretaria, de conformidad con lo previsto en el art. 393 del C.P.C.

3°. DEVOLVER el proceso al juzgado de origen, una vez se encuentre en firme esta providencia.

Notifíquese y cúmplase.

Fallo discutido y aprobado en sesión de sala, conforme al acta 49 de esta misma fecha.

Los Magistrados,



DIELA H.L.M ORTEGA CASTRO



NURIA MAYERLY CUERVO ESPINOSA



MARIO GARCIA IBATÁ