

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

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

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

Corresponde resolver el recurso de apelación, interpuesto oportunamente por la parte demandada contra de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Florencia Caquetá, el día 24 de marzo de 2015, dentro del asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

La señora Doralba Loaiza Miranda, a través de apoderado judicial, interpuso demanda ordinaria contra los herederos determinados - la menor Derly Xiomara Ferrer Jaramillo, representada por su progenitora Sandra Jaramillo Alarcón-, e indeterminados del señor Raúl Ferrer Barrios (q.e.p.d.), con el fin de que se declare que entre ellos existió una unión marital de hecho, desde el 09 de julio de 2009 hasta el 02 de julio de 2012.

Según se indicó en la demanda, el señor Ferrer Barrios fue asesinado por grupos al margen de la ley el 2 de julio de 2012, cuando llevaba más de

dos años de convivencia marital, permanente e ininterrumpida, con la demandante, relación en la que no se procrearon hijos.

Igualmente, se manifestó que el señor Ferrer Barrios tenía una hija menor de edad, de nombre Derly Xiomara Ferrer Jaramillo, por quien respondía económicamente.

ACTUACION PROCESAL

El asunto correspondió al Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de esta ciudad, el que admitió la demanda por auto de 18 de diciembre de 2012, ordenando la notificación de la parte demandada.

El 21 de enero de 2013, el Juzgado ordenó la notificación por edicto de la heredera Derly Xiomara Ferrer Jaramillo representada por su madre Sandra Jaramillo Alarcón, y de los demás herederos indeterminados del señor Raúl Ferrer Barrios.

Surtido el emplazamiento respectivo, se designó curador ad-litem, el que notificó de la demanda y dio contestación a la misma ateniéndose a lo que resulte probado en el proceso.

Posteriormente, la señora Sandra Jaramillo Alarcón, por medio de apoderada judicial presentó demanda de declaración de unión marital de hecho y poder para actuar, razón por la cual se tuvo por notificada por conducta concluyente y se confirió término para retirar la demanda por auto de 26 de abril de 2013, dándose por terminada la actuación del curador respecto de la menor Derly Xiomara Ferrer Jaramillo.

En seguida, se declaró la terminación del proceso por desistimiento tácito, sin embargo, por auto posterior se declaró la ilegalidad de dicha decisión, ordenando nuevamente el emplazamiento de los herederos indeterminados, el cual se surtió y se designó nuevo curador ad-litem, la que dio contestación a la demanda el 04 de marzo de 2014.

El 22 de abril de 2014 se llevó a cabo la audiencia de conciliación, de saneamiento del proceso, fijación del litigio, interrogatorio de parte a la demandante y a la representante legal de la demandada; se tuvieron como pruebas las documentales allegadas con la demanda y su contestación; se decretaron las pruebas testimoniales solicitadas por las partes y de oficio requerimiento al Ejército Nacional sobre información de las solicitud de prestaciones sociales.

El 12 de mayo de 2014 se llevó a cabo la recepción de la totalidad de los testimonios decretados; empero antes de tomar la decisión de fondo, es repartido al Juzgado Promiscuo de Familia de Descongestión de Florencia, dando cumplimiento al Acuerdo No. 644 del 17 de septiembre de 2014 del Consejo Seccional de la Judicatura del Caquetá; Juzgado que avocó conocimiento el 29 de septiembre de 2014, pero que lo remitió nuevamente al Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Florencia, el 26 de diciembre de 2014. Luego, se llevó a cabo la etapa de alegatos, y el Juzgado dictó sentencia.

LA DECISIÓN DEL JUZGADO

Mediante providencia de 24 de marzo de 2015, el Juzgado de conocimiento dictó sentencia, en la que declaró que entre Raúl Ferrer Barrios y Doralba Loaiza Miranda existió unión marital de hecho entre el 9 de julio de 2009 y el 2 de julio de 2012, la que dio lugar a la conformación de una

sociedad patrimonial de hecho, la cual se encuentra disuelta y en estado de liquidación.

Para el efecto, hizo alusión a la definición que la Ley 54 de 1990 estableció para la unión marital de hecho, y luego, afirmó que la prueba testimonial recopilada, era suficiente para probar la existencia de la unión marital de hecho alegada en esta litis.

EL RECURSO INTERPUESTO

Inconforme con la decisión, la apoderada de la demandada Derly Xiomara Ferrer Jaramillo, interpuso recurso de apelación afirmando que fue desacertada la valoración probatoria efectuada por el a-quo, ya que en los testimonios de la parte actora se observan contradicciones respecto de las fechas en que existió supuestamente la unión marital; además, que se desestimó la prueba documental allegada por el Ejército Nacional, donde se evidencia que la demandante no era beneficiaria de los servicios de salud ni del seguro de vida del señor Ferrer, los cuales se suponía debía tener, por la comunidad que tenía con el fallecido; y finalmente señaló que los testigos fueron enfáticos en manifestar que dicha unión existió, pero que no existe alguna prueba documental que lo confirme.

CONSIDERACIONES

1º. 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.

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.

3°. Para resolver lo pertinente, debemos tener en cuenta que el art. 1° de la Ley 54 de 1990, estableció que la unión marital de hecho es la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular.

Sobre la hermenéutica de dicha disposición, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho en reiteradas oportunidades, que para su conformación se requiere: **i) la unión de dos personas, de igual o de diferente sexo, ii) que entre ellas no exista matrimonio, y iii) que formen una comunidad de vida, que debe ser permanente y singular.**

Dichos requisitos fueron explicados de la siguiente forma por la Corte¹:

“(...) 5.3. Así, entonces, la “voluntad responsable de conformarla”, expresada o surgida de los hechos, y la “comunidad de vida permanente y singular”, se erigen en los requisitos sustanciales de la una unión marital de hecho.
...

La voluntad implícita, en cambio, en los eventos en que la pareja no la manifiesta mediante uno cualquiera de los modos dichos, requiere declaración judicial. Se impone, cuando sus integrantes en forma clara y unánime actúan en dirección de conformar una familia, por ejemplo, disponiendo de sus vidas para

¹ CSJ. Sala de Casación Civil. M.P LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA, SC15173-2016 RAD.05001-31-10-008-2011-00069-01

compartir asuntos fundamentales de su ser, coincidiendo en metas, presentes y futuras, y brindándose respeto, socorro y ayuda mutua. (Subrayado nuestro)

Como tiene explicado la Corte, “(...) presupone la conciencia de que forman un núcleo familiar, exteriorizado en la convivencia y la participación en todos los aspectos esenciales de su existencia, dispensándose afecto y socorro, guardándose mutuo respeto, propendiendo por el crecimiento personal, social y profesional del otro (...).²”. (Negrilla nuestra) (...)

5.3.2. La comunidad de vida, precisamente, se refiere a la conducta de la pareja en cuyo sustrato abrevia, subyace y se afirma la intención de formar familia. El requisito, desde luego, no alude a la voluntad interna, en sí misma considerada, sino a los hechos de donde emana, como tales, al margen de cualquier ritualidad o formalismo.

Por esto, en coherencia con la jurisprudencia, la comunidad de vida se encuentra integrada por unos elementos “(...) fácticos objetivos, como la convivencia, la ayuda y el socorro mutuos, las relaciones sexuales y la permanencia, y subjetivos otros, como el ánimo mutuo de pertenencia, de unidad y la *affectio maritalis* (...)”. (Negrilla nuestra) (...)

5.3.3. El requisito de permanencia denota la estabilidad, continuidad o perseverancia en la comunidad de vida, al margen de elementos accidentales involucrados en su devenir, como acaece con el trato sexual, la cohabitación o su notoriedad, los cuales pueden existir o dejar de existir, según las circunstancias surgidas de la misma relación fáctica o establecidas por los interesados.

Así, por ejemplo, la procreación o el trato carnal es factible que sea el resultado de disposición o de concesión de los miembros de la pareja, o impuestas por distintas razones, por ejemplo, impotencia o avanzada edad, etc., sin que por ello la comunidad de vida desaparezca, porque de ese modo dos personas de la

² CSJ. Civil. Sentencia de 5 de agosto de 2013, expediente 00084.

tercera edad no podrían optar por la unión marital; tampoco, necesariamente, implica residir constantemente bajo el mismo techo, dado que ello puede estar justificado por motivos de salud; o por causas económicas o laborales, entre otras, cual ocurre también en la vida matrimonial (artículo 178 del Código Civil); y la socialización o no de la relación simplemente facilita o dificulta la prueba de su existencia. (Negrilla nuestra)

La presencia de esas circunstancias no puede significar el aniquilamiento de los elementos internos de carácter psíquico en la pareja que fundan el entrecruzamiento de voluntades, inteligencia y afectos para hacerla permanente y duradera, pero que mucha veces externamente no aparecen ostensibles por circunstancias propias de los compañeros permanentes, por ejemplo, la cercanía en el parentesco, la diferencia de edades, las discriminaciones de género, la fuerza mayor, el caso fortuito o la satisfacción de las necesidades para la propia comunidad familiar, como cuando uno o ambos deben perentoriamente aceptar un empleo o un trabajo lejos del domicilio común, eso sí, conservando la singularidad. (...)”

4º. Con estas precisiones, tenemos que el presente asunto se contrae a determinar si de las pruebas aportadas al plenario se puede establecer que entre la señora Doralba Loaiza Miranda y Raúl Ferrer Barrios (q.e.p.d), existió una unión marital de hecho entre el 9 de julio de 2009 y el 2 de julio de 2012, y si ello da lugar a declarar la existencia de una sociedad patrimonial de hecho entre las partes, que sea necesario disolver y liquidar.

Lo anterior, en virtud de que según indica la parte recurrente, el a-quo dio credibilidad a los testimonios traídos por la demandante, aunque, dicho sea de paso, fue poco lo que se explicó en la sentencia sobre la valoración de las pruebas, pues solo se dice que la prueba testimonial fue demostrativa de los elementos exigidos para probar la existencia de la unión marital de hecho alegada.

En este orden, encontramos que se escuchó en interrogatorio de parte a la señora Doralba Loaiza, quien manifestó que conoció a Raúl Ferrer el 15 de enero de 2008, por medio de un hermano de él que está casado con una prima suya; que en ese momento él era soldado profesional y estaba de permiso; que su relación fue muy bonita, y convivieron 3 años; que primero vivieron en la casa del señor José Ricardo Rojas, en el barrio la Paz, como 2 años y medio, y luego donde la señora Aydaly Collazos, barrio la Amazonia, donde vivieron el resto de tiempo hasta que Raúl murió; que por lo general él tenía permiso cada mes o cada quince días, por su desempeño; que él desarrollo su trabajo en el Caquetá: Solita, Valparaiso, Curillo, era con el Batallón Juanambu; que sabía de la existencia de Derly Xiomara, con la cual él cumplía su obligación alimentaria, pues le daba mensualmente \$100.000; que ese dinero ella se lo hacía llegar por medio de un familiar, pues era quien manejaba la tarjeta de Raúl; que cuando Raúl murió sus cosas personales quedaron con ella; y que vivieron desde el 9 de julio de 2009.

La señora Sandra Jaramillo Alarcón, declaró que conoció a Raúl en San José del Fragua en el 2004; que él era soldado profesional; que convivieron allá en San José un año largo, porque la niña tenía 3 meses cuando se vinieron para Florencia; que en Florencia vivieron donde una hermana de él en el barrio la Victoria casi 2 años, luego en una casa más abajo en el mismo barrio, y por ultimo vivieron en el barrio el Triunfo, sector 7 las Malvinas; que vivieron desde 2004 hasta que él murió; que ella dependía económicamente de él, y que el dinero para la manutención se lo hacía llegar con una tía o el esposo de esa tía, porque era muy estricto y no le dejaba manejar su dinero; que él salía cada tres o seis meses; que se enteró de la muerte de Raúl por una llamada de una tía de él, Luz Stella Barrios; que ella no diligenció el formato de solicitud de pensión, fue un abogado que tenía, y que ella solo puso la firma; que en la casa tenia pertenencias de Raúl; que

nunca sospechó de la existencia de otra persona en la vida de Raúl, no sabía nada de Doralba; que pagaban de arriendo como \$250.000; que ella desde cuando vivía en San José tenía carné de sisben y por eso no tenía servicio de salud por parte Raúl.

Además, fueron recepcionados los testimonios de Uniria Ferrer Barrios, Aydaly Collazos Sarto, José Ricardo Rojas Parra, y José Alexander Ferrer Barrios, convocados por la parte demandante, y Jhon Eduardo Marín y Piedad Rayo, citados por la parte demandada, de cuyas declaraciones se destaca lo siguiente:

>**Uniria Ferrer Barrios**, hermana de Raúl Ferrer - tachada de sospechosa - indicó *“que la señora Sandra Jaramillo Alarcón fue la esposa o la acompañante de mi hermano por 18 meses, y la señora Doralba Loaiza era la esposa permanente con la cual él vivía en el momento en que él falleció”*.

Señaló que su hermano Raúl vivió con Sandra Jaramillo Alarcón en el 2004 hasta la mitad del 2005; que la distinguió cuando ella tuvo la niña Derly Xiomara, y que cuando la niña cumplió 3 meses de edad Sandra se vino a vivir a su casa en el Barrio La Victoria, que su hermano llegaba allí, y así duraron como 18 meses, hasta que se separaron porque no pudieron convivir más.

Afirmó que, su hermano Raúl Ferrer y Doralba Loaiza se juntaron a vivir el 9 de julio de 2009 hasta la fecha en que mataron a su hermano, el 2 de julio de 2012-, y que la residencia de la pareja era *“el barrio La Paz, por el lado de la escuela donde don Ricardo vivieron año y medio en un segundo piso y de ahí se fueron a vivir al barrio La Amazonía más o menos 6 o 7 meses, donde él falleció y fue donde lo velamos, porque ahí fue donde no lo entregaron ya, el día que él falleció”*.

Agregó que a Doralba le quedó todo lo de su hermano, pues le dejó un televisor plasma, un juego de alcoba, las cosas de la cocina; que Doralba era la mujer porque cuando a su hermano lo mataron, a ella le entregaron su cédula, su tarjeta, su equipo, todas sus cosas, a ella también le entregaron el cadáver; que él era malo para escribir y ella le hacía los documentos que le tocaba entregar por su trabajo; que ella era quien manejaba la tarjeta de la cuenta bancaria de Raúl, y que ella era quien retiraba el dinero que le enviaban a su hija a través del teniente Vega de Bomberos, quien era esposo de una tía; y que si bien Sandra Jaramillo asistió a los actos fúnebres, el día en que les entregaron el cadáver, ésta se acercó a Doralba para solicitar el dinero correspondiente de la cuota de ese mes, y no mostró ningún acto de conmoción por la muerte de su hermano.

>**Aydaly Collazos Sarto**, afirmó no conocer a Sandra Jaramillo, y haber conocido a Raul Ferrer y su hermano porque eran clientes de su peluquería; que a Doralba Loaiza Miranda, la conoció cuando fue con Raúl Ferrer Barrios, a arrendarle una casa de su propiedad ubicada en la carrera 2 No. 33^a-38 en el barrio La Amazonía; que en ese lugar fue velado el señor Ferrer; que a esa casa se pasaron en febrero de 2012 y que unos meses después Doralba entregó la casa porque no tenía como hacer los pagos del arrendamiento; *“que ellos eran esposos y que ellos vivían, que iban juntos abrazados a pagarme el arriendo”*; que el hermano de Raúl le contó que lo habían asesinado y que lo estaban velando en su casa, porque “Dora y sus hermanos” así lo habían decidido; que ellos llevaban juntos como 3 años, incluso fue al barrio a la Paz a buscar a Dora para mostrarle su casa, a donde se pasaron después.

>**José Ricardo Rojas Parra** manifestó que conoció a Doralba y a Raúl desde junio de 2009 hasta enero de 2012, por haber sido sus arrendatarios durante esos 30 meses aproximadamente, en un apartamento

ubicado en el Barrio La Paz - calle 33 No. 7-68 segundo piso, apartamento No. 3; que él era soldado profesional; y que no conoce a la señora Sandra Jaramillo Alarcón.

Expresó igualmente, que algunas veces que subió al apartamento encontrándolos a los dos allá, y que por esa situación da fe de que ellos convivían bajo el mismo techo durante el tiempo que vivieron en su apartamento; y finalmente que en alguna ocasión durante conversaciones con Raúl, éste le contó que tenía una hija con una relación anterior.

>**José Alexander Ferrer Barrios**, hermano de Raúl Ferrer –tachado de sospechoso- manifestó que conoció a Doralba Loaiza Miranda porque en el tiempo que su hermano estaba con vida los frecuentaba donde ellos vivían en el barrio La Paz, y que conoció a Sandra Jaramillo Alarcón donde su hermana Uniria, cuando ella se fue a vivir con la niña de 3 meses de edad junto con Raúl.

Expresó que Doralba era la esposa de su hermano desde el 09 de julio de 2009 hasta el día que el murió; que Sandra sostuvo una relación de convivencia con su hermano por año y medio, tiempo en el cual vivieron donde su hermana Uniria, manifestó que esa convivencia duró por 15 meses más, cuando la niña tenía 18 meses aproximadamente.

Finalmente manifestó que para la fecha de la muerte de su hermano, la persona que convivía con él era Doralba Loaiza, que primeramente vivieron en el Barrio La Paz donde el señor Ricardo y posteriormente vivieron donde la señora Aydaly en el barrio La Amazonía.

>**Jhon Eduardo Marín**, indicó ser soldado profesional y compañero de trabajo de Raúl Ferrer; que no conoce a Doralba, pero si a Sandra

Jaramillo, quien era la esposa de Raúl Ferrer; que ellos empezaron a vivir como desde 2004 en San José del Fragua, que compartían mucho porque Sandra y su esposa los visitaban cuando ellos estaban trabajando, que eso fue hasta el año 2010 o 2011, que también compartían cuando salían de permiso; que la casa de ellos quedaba por allá en Piedrahita en Florencia; que no vivían con nadie más; que Raúl era quien sostenía a Sandra y la niña; y que no recuerda donde fue el velorio, solo fue al entierro.

>**Piedad Rayo**, esposa de Jhon Eduardo, manifestó no conocer a Doralba, pero si a Sandra, que Raúl era compañero de su esposo; que compartían por eso juntos; que en Florencia se fueron a vivir a Piedrahita; que en San José del Fragua estuvieron en el año 2004, y luego se vinieron a Florencia; que en los años 2006 y 2007 ellos estuvieron en pueblos y las llamaban para que fueran a visitarlos; que en Florencia ellos vivían en el barrio Piedrahita, ahí los solían visitar a hacer el almuerzo o pasar un rato; que en la casa tenían lo normal de una familia, televisor, cama, sala; que el velorio de Raúl fue en la casa de una hermana de él; que su esposo quedó traumatizado por la guerra, por el atentado donde mataron a Raúl; que su esposo y Raúl salían de permiso por ahí cada tres o cuatro meses; y que los hermanos de Raúl no querían a Sandra.

Como se observa existen versiones encontradas entre los dos grupos de testigos escuchados en este asunto, por una parte, los convocados por la parte actora, señores Uniria Ferrer Barrios, Aydaly Collazos Sarto, José Ricardo Rojas Parra y José Alexander Ferrer Barrios, y por otra, los citados por la demandada, señores Jhon Eduardo Marín y Piedad Rayo.

Los primeros, entre los que se encuentran dos hermanos del fallecido Raúl Ferrer, fueron coincidentes y enfáticos en afirmar, que desde el 9 de julio de 2009 hasta el 2 de julio de 2012, Doralba Loaiza y Raul Ferrer mantuvieron

una convivencia marital, caracterizada por la ayuda mutua, la vivencia bajo el mismo techo, la permanencia y la singularidad.

Efectivamente, testigos como Aydaly Collazos y José Ricardo Rojas, dijeron haber sido arrendadores de los compañeros durante el tiempo mencionado, primero el señor José Ricardo, de un apartamento ubicado en el barrio la Paz, y la segunda de una casa en el barrio la Amazonia, además contaron que veían a la pareja como un matrimonio normal, que compartía el techo y que se llevaba bien, incluso la señora Aydaly afirmó que antes de la muerte de Raul, Doralba le comento que iban a casarse.

En esta línea, los hermanos del difunto Raúl Ferrer, dijeron que Doralba y Raúl convivieron por el tiempo referido, siendo ella la última compañera de su hermano, y a quien le entregaron sus pertenencias al momento de la muerte, así como su cadáver, refiriendo que si bien la señora Sandra Jaramillo convivió maritalmente con su hermano, ello ocurrió entre el año 2004 y 2006, aproximadamente año y medio, producto de lo cual nació Derly Xiomara, la única hija de Raúl.

Por su parte, los testigos de la parte demandada, esposos entre sí, adujeron que Sandra y Raúl fueron compañeros desde el año 2004 -cuando vivían en San José del Fragua-, hasta cuando Raúl falleció - 2 de julio de 2012-, sin embargo, para la Sala, sus afirmaciones carecen de contundencia, en la medida que su relato empieza muy claro respecto de lo ocurrido en los años 2004 a 2007 aproximadamente, pero cuando se refieren a los años posteriores, ya no son precisos ni concretos, dando la apariencia de que no tenían tanto contacto, o no frecuentaban tanto a la pareja, como para describir las condiciones en que presuntamente se daba su vida marital.

Es así, que cuando son preguntados sobre el lugar donde vivían los compañeros Sandra y Raúl en Florencia, vacilan y son evasivos, lo mismo ocurre cuando son indagados sobre la frecuencia con que se veían en esta ciudad y los planes que hacían, o cuando se les inquires por cómo fueron las circunstancias de la entrega del cadáver de Raúl y su velorio.

Se suma a lo anterior, el hecho de que revisados los documentos de solicitud de prestaciones sociales por muerte de personal fallecido con hijos (formato No. 5), diligenciados y radicados por Sandra Jaramillo Alarcón y por Doralba Loaiza Miranda ante las Fuerzas Militares de Colombia, luego del fallecimiento de Raúl Ferrer Barrios (fls. 178 y 180), se observa que Sandra Jaramillo Alarcón manifestó que no hacia vida marital con el occiso, mientras que Doralba Loaiza Miranda, en dicho ítem, indicó que si hacia vida marital con él.

A partir de lo anterior, resulta claro que la determinación adoptada por el a-quo, se ajusta a lo que se deduce de las pruebas allegadas al plenario, razón por la cual habrá de confirmarse la decisión de primera instancia, decisión, sin que haya lugar a condena en costas por no aparecer causadas, de conformidad con lo previsto en el art. 392 numeral 8º del C.P.C.

DECISIÓN

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,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia del 24 de marzo de 2015, proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Florencia-Caquetá.

SEGUNDO: Sin costas.

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

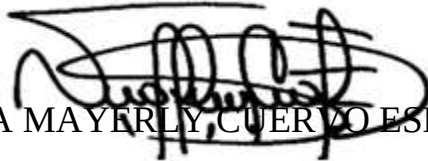
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Fallo discutido y aprobado mediante sesión de Sala, conforme al acta No. 56 de esta misma fecha.

Los Magistrados,



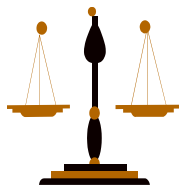
DIELA H.L.M ORTEGA CASTRO



NURIA MAYERLY CUERVO ESPINOSA



MARIO GARCÍA IBATÁ



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

Florencia Caquetá, treinta y uno (31) de agosto del año dos mil veinte (2020).

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

Corresponde a esta Corporación resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 2 de octubre de 2017 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Florencia, Caquetá, dentro del asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

Por conducto de apoderado judicial, los señores Jefferson Esneyder Cumber Campos, Flor María Campos Castro, Anyicse Yulier Cumber Campos, y Jairo Armando Cumber Campos, interpusieron demanda de responsabilidad civil extracontractual, contra el señor Oscar Zuluaga Chica, con el fin de que sea declarado responsable por las graves lesiones ocasionadas al señor Jefferson Esneyder Cumber Campos, en el accidente de tránsito ocurrido el 27 de octubre de 2014; como consecuencia de ello, que se le condene al pago de perjuicios morales, a la vida de relación y lucro cesante.

Como fundamento de sus peticiones, se indicó que el 27 de octubre de 2014, se vieron truncados los sueños de Jefferson Cumber, un joven de 20 años, deportista y quien planeaba ingresar al INPEC como dragoneante, por cuanto sufrió un accidente en la vía que del Caraño conduce a la ciudad de Florencia.

Relata que el señor Cumber se desplazaba en su motocicleta, placa GMP 63G, en cumplimiento de todas las normas de tránsito, cuando fue sorprendido por una camioneta, placa CMC 611, conducida por su propietario Oscar Zuluaga Chica, quien al pretender ingresar a un establecimiento comercial, y violando las disposiciones legales, arrolló la motocicleta.

El impactó, expulsó sobre la berma al motociclista, causándole fractura abierta del pie izquierdo, razón por la que fue trasladado al Hospital María Inmaculada, donde fue atendido por médicos especialistas que dispusieron la amputación completa de pie izquierdo a nivel del retrope calcáneo escafoidea, lo que le provocó al señor Cumber, incapacidades, tratamientos médicos y psicológicos tendientes a asumir su nueva condición.

El suceso impidió que el señor Cumber culminara el proceso de ingreso al INPEC, y viera además de todo, frustrados sus sueños.

TRÁMITE PROCESAL

El trámite de la demanda le correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de esta ciudad, el cual la admitió el 27 de septiembre de 2016.

Una vez notificada el libelo introductorio, la parte demandada lo contestó, oponiéndose a las pretensiones, y formulando como excepciones de

mérito, las derivadas de “*la culpa exclusiva de la víctima*”, “*inexistencia de la obligación*”, “*cobro de lo no debido*”, y “*buena fe*”.

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.

El Juzgado de conocimiento, mediante sentencia de 2 de octubre de 2017, dictó sentencia en la que declaró probadas la excepciones derivadas de la culpa exclusiva de la víctima y la inexistencia de la obligación, negando en consecuencia, las pretensiones de la demanda, luego de considerar que las pruebas arrimadas al plenario, llevan a concluir que la causa del accidente es atribuible al hecho de la víctima, cuestión que rompe el nexo causal en el caso de la actividad peligrosa de la conducción de vehículos.

En efecto, luego de teorizar sobre la responsabilidad civil extracontractual, y precisar que para su demostración se requiere la concurrencia de tres elementos como son que exista un hecho, un daño y un nexo de causalidad entre el hecho y el daño, procedió al estudio del material probatorio obrante en el expediente, encontrando clara la existencia de un hecho, cual es el accidente automotor, al que le es imputable un daño, cuales son las lesiones sufridas por el motociclista, ocasionadas por el impacto contra el vehículo tipo camioneta, y que en últimas resultó en la pérdida del pie izquierdo a la altura del tobillo del accionante.

En cuanto al nexo causal, entendido como la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y el daño probado, en el caso quedó debidamente probada como lo fue que en consecuencia del daño

causado entre el vehículo tipo motocicleta conducido por el demandante y el vehículo tipo camioneta conducido por el demandado Oscar Zuluaga Chica se produjeron las lesiones físicas a la víctima, en ese sentido cumple precisar que la actividad de conducir vehículos automotores ha sido considerada, tanto por la jurisprudencia constitucional como por la ordinaria, como una actividad peligrosa, en la que se presume la culpa, y solo podrá haber exoneración, en caso de demostrarse una causa extraña, como sería fuerza mayor, caso fortuito, o la intervención de la víctima o de un tercero.

Del acervo probatorio logra concluirse que la culpa de la víctima tuvo tal incidencia que alcanza a romper el nexo causal entre el hecho ocurrido y el daño causado para que pudiera determinarse responsabilidad del conductor de la camioneta, debido a que pudo demostrarse que Jefferson Esneyder Cumbe Campos, si bien conducía por el carril que le correspondía en la vía Suaza – Florencia, iba sobrepasando los límites de velocidad permitidos en este punto de la carretera, pues fue él mismo quien al rendir interrogatorio de parte aceptó ir a 60 kms por hora para el momento del accidente cuando salió de la curva, aunado a que manifestó que no había señales de tránsito en esa vía, situación que al haberse demostrado lo contrario sólo corrobora su imprudencia en ejercer la actividad de conducir un vehículo automotor sin acatar las normas de seguridad pues tal sería su descuido, y extralimitación de velocidad que no observó las señales existentes de las cuales se registró prueba en las fotografías allegadas al plenario y se corroboran con el informe pericial, por lo que no sólo estaba infringiendo las normas de conducción específicas para motocicletas consagradas en el código nacional de tránsito terrestre ley 769 de 2002, sino que además estaba incurriendo en faltas tan graves en el ejercicio de una actividad peligrosa como quedó visto que es la de conducir un vehículo automotor que puso en peligro su vida y en últimas fue lo que le impidió tener la pericia necesaria y conllevó al accidente, las reglas de la experiencia al igual que las de tránsito enseñan que quien venía

conduciendo la moto hubiese respetado las normas de seguridad tales como observar los límites de seguridad en una vía con curvas pronunciadas en descenso y por donde un día de descanso como lo fue la fecha del accidente es normal que fluya la entrada y salida de peatones y de vehículos de un balneario o centro recreacional, no se hubiese producido el fatídico accidente.

Anotó, que ambos intervinientes en el accidente se encontraban ejerciendo la misma actividad y en este sentido no puede imputársele mayor responsabilidad a alguno de los conductores, sino que es imperioso demostrar de quien provino, teniendo entonces que con lo dicho la culpa recayó en el hecho de la víctima, lo cual rompe el vínculo de causalidad entre el perjuicio sufrido y la conducta del demandado por lo que hay lugar a exonerar de responsabilidad al demandado.

EL RECURSO INTERPUESTO.

Inconforme con lo decidido, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, exponiendo que el daño quedó probado, sin embargo al examinar la concurrencia de personas en el hecho causante, el Juez, basándose en el dictamen pericial, no tuvo en cuenta que el perito no se entrevistó con la víctima, lo que parcializa su concepto técnico, pues si entrevistó al señor Oscar Zuluaga, quien a la postre fue quien pagó sus honorarios.

Recalca, que la labor del Juez debe ser el examen crítico de las pruebas, cuestión que no ocurrió en este caso, donde se dio todo el valor probatorio a una prueba que tiene vicios de parcialidad, que se realizó 3 años después del accidente, y que en el mismo hay incoherencias, como la velocidad a que se desplazaba el demandante, o cómo fue la maniobra de

ingreso al establecimiento de comercio, por parte del conductor de la camioneta, pues la misma quedó en el carril contrario.

Considera que la causa del accidente fue la falta de conducción preventiva, como lo exige la norma, esto es, mantenerse en su carril, esperar que pasaran los vehículos que venían en su sentido y esperar y verificar que no vinieran vehículos en contrasentido para poder pretender entrar al establecimiento comercial y no poner en riesgo la vida y la integridad de las personas y demás transeúntes, lo que amerita un examen detallado y juicioso del alto Tribunal.

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.- Corresponde a la Sala determinar si se configuraron en el presente asunto las excepciones derivadas de “*la culpa exclusiva de la víctima*” o la “*inexistencia de la obligación*”, fundadas en que fue la conducta imprudente del motociclista la causante del accidente, para lo cual se tendrá en cuenta lo siguiente:

1. El asunto que ocupa la atención de la Sala se desenvuelve 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,

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

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

En tal virtud, **el régimen objetivo de responsabilidad propio de las actividades peligrosas se basa en el riesgo o grave peligro que el ejercicio de las mismas comporta para los demás**, de forma tal que la carga recae sobre quien ejerce una actividad que se considera peligrosa para la comunidad en la medida en que incrementa los riesgos y peligros a los que normalmente están expuestas las personas.

En este punto aparece **la teoría de la presunción**, según la cual, en **tratándose de actividades que implican riesgo o peligro se presume la responsabilidad de quien presta el servicio o explota la empresa o negocio**, derivándose la misma en la inversión de la carga de la prueba, siendo atinente

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

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

al “responsable del daño” acreditar la ausencia de culpa. En este sentido cabe señalar, que **son eximentes de responsabilidad o culpa: la causa extraña, entendida como la existencia de fuerza mayor o caso fortuito, o los hechos de terceros, o los hechos de la víctima; y la colisión de actividades peligrosas, también conocida como neutralización de presunciones.**

Sin embargo, suele ocurrir que **ambas partes concurran al hecho dañoso desarrollando actividades peligrosas, evento en el cual las presunciones de culpa que operan en contra de cada una de ellas pueden aniquilarse mutuamente**, forzando al actor a demostrar la culpa del accionado; empero, para que tal anulación opere, se requiere que el juez según las particulares circunstancias en que se produjo el accidente advierta, previamente, que existía cierta equivalencia en la potencialidad dañina de ambas, de no ser así gravitará siempre a favor de la víctima la presunción de que el demandado fue el responsable del perjuicio cuya reparación demanda. Entonces, en cada caso corresponde examinar la naturaleza de esas actividades, los medios utilizados por los implicados, la peligrosidad que cada actividad entraña frente a los demás, y solo cuando encuentre cierta equivalencia, se anula la aludida presunción.

2. Como el recurrente afirma que hubo falencias en la valoración dada por el a-quo a las pruebas obrantes en el plenario, se pasarán a examinar las mismas en su integridad, a fin de establecer lo pertinente.

2.1. Sea lo primero decir, que no existe duda en cuando la ocurrencia del **hecho dañoso**, ya que pudo demostrarse que el 27 de septiembre de 2014, aproximadamente a las 3 pm, en el kilómetro 80+ 750m de la vía Suaza – Florencia, vereda la Primavera, hubo una colisión entre la motocicleta de marca Yamaha, línea F2016, modelo 2011, color azul, y placa GMP43C conducida por el señor Jefferson Esneyder Cumber Campos, y el automotor

marca Chevrolet, línea Luv, modelo 2004, color plata, y placa CMC611, conducida por el señor Oscar Zuluaga Chica (fls. 35-40 C1).

Como consecuencia de dicho choque, Jefferson Esneyder Cumber Campos, tuvo politraumatismo, con fractura abierta de pie izquierdo, heridas en pierna izquierda, y cuello de Thomas, según se indica en la historia clínica expedida por el Hospital María Inmaculada (fls53-69 C1), por lo que debió ser intervenido quirúrgicamente, amputándosele el pie izquierdo a nivel del tobillo, teniendo una incapacidad provisional de 25 días (fl. 70), y definitiva de 140 días (fl. 74).

2.2. En cuanto a la culpa presunta y su nexo causal con el daño, tenemos que examinado el material probatorio recaudado, se deduce lo siguiente:

i). El informe policial de accidente de tránsito No. C-80327, elaborado el día de los hechos por el patrullero Yeison Peña Rojas, devela que el suceso ocurrió en zona rural del municipio de Florencia, vía Suaza – Florencia, carretera recta, en pendiente, doble carril, doble sentido, en asfalto, seca, con buenas condiciones de iluminación –eran las 3 de la tarde-, debidamente demarcada.

Igualmente, se desprende de dicho documento, que el accidente ocurrió cuando la motocicleta se desplazaba rumbo a Florencia, y la camioneta - que iba en la ruta a Suaza, quiso ingresar a un establecimiento de comercio conocido como la “piscina natural”, ubicado sobre el costado izquierdo, siendo la hipótesis del suceso, la 122 para el vehículo 1 –la camioneta-, esto es, girar bruscamente.

ii) Sobre el particular, también obra en el plenario, “**el informe técnico pericial de accidente de tránsito**”, elaborado por la firma ASERVI - perito José Eugenio Suarez García, el 3 de febrero de 2017, el cual fue aportado como prueba documental por la parte demandada.

En el mismo, se lee como conclusión: “*Por todo lo anteriormente investigado, reconstruido y analizado con relación al accidente ocurrido el 27 de septiembre de 2014 en el kilómetro 80 + 750 metros vía nacional que del municipio de Suaza conduce a la ciudad de Florencia, sector comercial recreacional, área rural jurisdicción del municipio de Florencia, departamento del Caquetá, donde resulta lesionado el señor JEFFERSON ESNEIDER CUMBER CAMPOS, se presentan daños en vehículos implicados; es claro y contundente lo demostrado por las evidencia halladas en el proceso de investigación que muestran la causa real del accidente el cual se presenta por imprudencia del señor JEFFERSON ESNEIDER CUMBER CAMPOS, conductor de la motocicleta de placa GMP43C al desacato a señalización vial, el no cumplir los parámetros y técnicas de seguridad en la conducción acorde a vehículo conducido (motocicleta alto cilindraje 153 CC); características de la vía (alto riesgo curvas sucesivas, en descenso, transito de tráfico pesado, señalizada para tal fin); sector y fecha (comercial, recreacional, feriado con alta presencia de peatones), situaciones que obligan a cumplir con técnicas seguras de conducción; acatar las señales viales, disminuir la velocidad, usos de elementos de protección personal adecuados (casco, guantes, gafas, botas media caña cuando se transita por carreteras nacionales)...”*

iii) Indagado el perito José Eugenio Suarez García, sobre las conclusiones anotadas en dicho informe técnico, precisó que a pesar de haberse realizado el dictamen 3 años después de la ocurrencia de los hechos, pudo verificarse que las señales de tránsito, horizontales y verticales,

encontradas en el lugar, estaban cuando ocurrió el accidente; que el informe del accidente presenta imprecisiones e inconsistencias, evidenciadas en que el croquis no presenta debidamente la condiciones de la vía y en la hipótesis manejada para el accidente, lo cual es atribuible a falta de conocimiento, experiencia e idoneidad del personal de policía que atendió el hecho; que fueron verificados los documentos y antecedentes de los involucrados en el accidente y no se encontraron comparendos, multas o sanciones; que no acostumbra reunirse con la víctima para tomarle entrevista sobre lo ocurrido porque en su experiencia, cuando se identifica, lo mandan a entenderse con sus abogados; y que llega a la conclusión que el accidente ocurrió por el exceso de velocidad del motociclista, a partir de las constataciones que realiza en el lugar de los hechos, y las reglas de la experiencia.

iv) Ahora bien, respecto del accidente y las circunstancias que lo rodearon, los involucrados en sus interrogatorios de parte, indicaron:

El Señor **Jefferson Esneyder Cumber Campos**, al describir lo ocurrido manifestó “...entonces iba bajando aproximadamente a las 2 de la tarde, lo recuerdo todo porque pues es imposible olvidar un hecho tan trágico como ese, en la curva donde uno, la que da para la piscina natural, de esa curva de la entrada hay aproximadamente unos 100 mts para que el señor no me hubiera visto yo tendría que ir en una moto de alto cilindraje que alcance unos 300 kms por hora, para que no me hubiera visto, hay aproximadamente 100 mts, es imposible que no me viera y mucho menos con las luces HID prendidas, cuando son las luces día, las blancas, yo salgo de la curva el señor viene subiendo, detrás de él yo sigo avanzando como es normal, detrás de él no salió una buseta, sale un bus de taxis verdes uno pequeño de servicio público, yo sigo avanzando el señor pone estacionarias yo le hago cambio de luces para que me observe, yo lo miro a los ojos, no puedo olvidar como lo mire a los ojos y el me miro, yo sigo avanzando con la seguridad de que él ya me ha visto y continúo a la velocidad que voy me puedo dar cuenta que hay una señora que vende algo en la entrada de la piscina natural

creo que vende unas empanadas, unas arepas algo, habían unas 2, 3 personas comprándole a ella al lado de la entrada, yo sigo avanzando y este señor prende el direccional por lo cual yo le pito y le hago saber que voy a pasar a la velocidad de cuando miro que prende el direccional y avanza un poco porque el titubeo avanzo luego paró, yo me pego del pito le hago saber que voy a pasar, yo le pito y voy a unos 60 kms por hora, avanzo y es allí donde ocurre lo que no puedo olvidar y ocurre que a veces en los años en las noches me despierta y es el chirrido de las llantas cuando el arranca de manera, mejor dicho como cuando hacen carreras que hacen patinar esas llantas para arrancar ese es el sonido que me despierta en las noches, arranca esa máquina y me enviste, lo único que puedo hacer es seguir sosteniendo el pito e irme hacia la derecha, cuando yo estoy ya por la línea blanca es donde el me impacta como él lo acaba de decir y no estaba mintiendo, yo quedé como a 10 mts como lo escuchó, para que él no me hubiera visto yo tenía que haber quedado a unos 50 mts, yo quedé a 10 mts del vehículo porque iba despacio, entonces el me enviste y me atropella con el lado izquierdo del vehículo...”
(Subrayado fuera de texto).

Por su parte, **Oscar Zuluaga Chica**, dijo que iba subiendo por la vía; que iba a entrar al establecimiento; que iba a la par una buseta, a la cual pidió vía, y se la cedió; que entonces giró, pensando que no venía nadie, cuando apareció una moto como un rayo, que no la vio; que giró muy despacio nunca hizo un giro rápido; que la moto golpeó la esquina izquierda del frente del carro; que el carro quedó en el carril izquierdo; que conduce hace 25 años; y que no tuvo contacto con la víctima o su familia.

v) También declararon los testigos **Jennifer Paola Tapiero** y **Yuidorney Osorio**, quienes se encontraban en el establecimiento conocido como “*piscina natural*” cuando ocurrió el accidente, y dijeron no haber visto el suceso propiamente dicho, pero si haber escuchado un rechinar de llantas, un pitido, y un fuerte golpe, y la víctima volar por el aire, luego vieron sangre y carne esparcida por el lugar, y una gran aglomeración de gente.

Se destaca del relato de Jennifer Paola Tapiero: “... *Ese día estábamos allí en este sitio, mi esposo se fue a comprar unas papas a la tienda de la piscina, y pues yo estaba pendiente de él, estaba allí en la entrada, cuando escuchamos, yo escuché un chillin, un rechinar de las llantas y se escuchó una moto pitar. Se quedó, o sea, un pitar, pero no así tan tan, si no sostenido, cuando escuché un golpe fuerte y miré al señor Jeferson, literalmente volando y chocar hacia la reja de la entrada de las piscinas. Yo salí corriendo, cuando yo llegué, ya estaba una señora con Jeferson en las piernas, le puso, le apoyó la cabeza de Jeferson en las piernas, le hablaba para que él no fuera a perder la conciencia, le hablaba, le hacía preguntas, el señor que iba conduciendo el carro ya se había bajado, él caminaba alrededor del carro, estaba como en shock, pues entendible por lo ocurrido. Para mí fue muy, cómo le dijera, fue muy, muy traumático y pues yo me, me puse a llorar, no conocía, no conozco al señor Jeferson, pero para mí fue muy impactante, mirar que en el carro, como en la malla habían rastros de carne de la pierna de Jeferson, de su pie, sangre y mirar que le faltó poco para alcanzar a pasar.*”.

Y de lo dicho por Yuiderney Osorio: “...Yo ese día estaba comprando unas papas ahí en la tienda de las piscinas naturales, cuando yo escuché un pitido y una moto, pii, y yo miré hacia afuera, cuando miré que el carro, una camioneta fue a girar y colisionó con el muchacho que venía en la moto. Yo salí corriendo hacia allá y yo miré el muchacho allá tirado, una señora pidiendo auxilio, el señor se bajó del carro y él claro estaba asustado, él no sabía qué hacer y se empezó a llenar de gente y yo miré el muchacho ahí y una señora vino y lo puso las piernas acá en la cabeza y le hablaba, lo animaba y yo miré hacia el carro y el carro estaba así atravesado en la mitad del, en la carretera, él iba como a girarse a las piscinas naturales y él quedó ahí en la mitad y yo fui a mirar hacia el carro y en la parte delantera, en el borde de la mano izquierda le pegó a la moto, se mira porque ahí tenía carne, tenía pedazos de carne, así y al frente en la malla también quedó así carne por todo lado. Entonces yo lo único que miraba era, no sabía qué hacer, y la gente pues, ahí se llenó de gente y esperando que viniera la ambulancia. Que al rato llegó y se lo llevó. Y después de la ambulancia llegó la Policía a hacer su

procedimiento.(...) Precisamente en el momento que el choque que le pegó al muchacho no lo alcancé a ver muy bien, yo alcancé a mirar fue cuando el muchacho voló, porque yo sí lo miré que voló y le pegó a las rejas y tirarse ahí, en ese momento yo salí corriendo. Allá afuera había por ahí unas dos, tres personas, no había más porque estaba vacío, porque yo llegué y lo que me estrellé fue con una señora que estaba pidiendo una camilla y el carro ahí. Pero que yo haya mirado cuando el impacto, no señora. Yo miré fue segundos después.”(Subrayado fuera de texto).

Por su parte, los testigos **Edwin Fernando Sánchez, Samuel Gorrón, y Alexander Castro**, fueron coincidentes en afirmar que vieron el carro de Oscar pedir vía para cruzar a la izquierda, pues iba a ingresar a la “piscina natural”, cuando de repente apareció la moto e impactó la camioneta, que consideran que el motociclista iba rápido, y que la camioneta no volteo abruptamente.

Edwin Sánchez, por ejemplo, indicó “...*me acuerdo, porque bajó la moto bastante rápido y yo en el momento, yo vivo en el kilómetro 3 vía a Neiva, o sea en ese año estaba viviendo con mi mamá, en el restaurante Palos Verdes, diagonal a la piscina natural. Sí, me acuerdo por qué, pues porque, o sea necesariamente en esa fecha se celebra el día del amor y la amistad, entonces pues mantiene bastante gente en el restaurante. Entonces pues como a las 3, 3 y media de la tarde más o menos, cuatro, que ya yo estaba guadañando los patios en la parte de abajo, porque es un patio bastante grande, estaba en la parte de abajo, y a lo último que es lo más enmotado del parqueadero, estaba yo ahí. Entonces cuando en eso iba subiendo el señor Oscar, sí, iba subiendo hacia el restaurante de él, de la piscina natural. Entonces él iba subiendo, cuando atrás venía una camioneta, un furgoncito, digámoslo así, del terminal, sí, entonces él saca la mano, en eso yo lo saludo, a él, le da la vía a la camioneta, se detiene y le da la vía a don Oscar, y él pasa, cuando sentí fue que pasó la moto, yo dije, este man se mató. Sentí fue el choque, pum. En eso se aglomera la gente, porque en la entrada de la piscina natural había gente y se aglomeró toda esa gente, entonces, claro, uno, el accidente, dije hay jue máchica*”

ese man se mató. Cuando sentí fue el totazo, bajé y miré y claro el man estaba tirado, el señor estaba tirado allá. (...) Por favor infórmele a este despacho, aproximadamente a qué velocidad venía la moto. Hm, la verdad, por ahí a unos 100, 110 kilómetros más o menos, eso iba bajando, saliendo de la curva. Habla usted de una curva, a cuánto espacio, a qué distancia aproximadamente está esa curva. Entre la curva a la entrada. De la curva al lugar del accidente. Al accidente, está entre 50, 60 metros más o menos. Porque al frente de mi casa, también, o sea eso queda prácticamente al frente de mi casa, si, del restaurante.(...)"(subrayado es nuestro).

Samuel Gorrón, por su lado, informó “ *...Yo estaba esperando ahí o sea el vehículo, un taxi para transportarme para acá, cuando ya el señor de un momento a otro fue un totazo, el señor ya había girado, para entrar, cuando el mamonazo, un totazo de una moto. Como usted informa que estuvo presente y vio el accidente, podría por favor informarle a este despacho, más detalladamente cómo sucedió, el señor en qué momento giró, en qué momento, además pues a qué velocidad venía la moto. La moto venía rápida. Aproximadamente a qué velocidad. Venía más o menos a unos 70, 80, venía muy rápido. Y es bajando. Usted vio cómo fue la maniobra que hizo el carro para cuando sucedió el accidente? Es que el carro ya había girado, prácticamente, a entrar al estadero.(...)" (Subrayado fuera de texto).*

Alexander Castro, informó: “*...yo estaba allá degustando con unos familiares, allá, de la piscina y tomándonos unas cervecitas ahí.(...) Pues mire, cuando mis familiares iban saliendo, a esperar el taxi, pues yo iba en la moto mía, cuando yo iba saliendo en mi moto, lo único que escuché fue el totazo del accidente. Sí yo estaba ahí parqueado, pues esperando para salir del portón, estaba ahí en la moto. Cuando miré fue el muchacho que llegó y se chocó contra la camioneta de Oscar.(...) Yo miré que, pues Oscar iba a voltear a mano izquierda para entrar al establecimiento, colocó el direccional y todo y el muchacho pues que iba bajando en la moto, impactó contra la camioneta.(..)"(Subrayado fuera de texto).*

Del examen conjunto e íntegro de los elementos probatorios referidos, se deduce que el accidente de tránsito, en el cual resultó lesionado el señor Cumber Campos, ocurrió como consecuencia de la colisión de dos actividades peligrosas como son la conducción de motocicleta y de automotor, debiendo determinarse, a cuál de los implicados es imputable la culpabilidad, pues las presunciones de culpa que operan en contra de cada uno de ellos pueden aniquilarse mutuamente.

Sobre el entendimiento de dicha culpabilidad, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 3 de noviembre de 2011 del Magistrado ponente William Namén Vargas, precisó:

“En análogo sentido, a propósito del régimen legal aplicable a las actividades peligrosas concurrentes, la Corte tuvo oportunidad de precisar, lo siguiente: (“...”)

e) En las actividades peligrosas concurrentes, el régimen jurídico aplicable es el consagrado en el artículo 2356 del Código Civil y, en su caso, las normas jurídicas que existan sobre la actividad concreta.

“La problemática, en tales casos, no se desplaza, convierte o deviene en la responsabilidad por culpa, ni tampoco se aplica en estricta su regulación cuando el juzgador encuentra probada una culpa del autor o de la víctima, en cuyo caso, la apreciará no en cuanto al juicio de reproche que de allí pudiere desprenderse sino en la virtualidad objetiva de la conducta y en la secuencia causal que se haya producido para la generación del daño, para determinar, en su discreta, autónoma y ponderada tarea axiológica de evaluar las probanzas según las reglas de experiencia, la sana crítica y la persuasión racional, cuando es causa única o concurrente del daño, y, en este

último supuesto, su incidencia, para definir si hay lugar a responsabilidad o no.

“Más exactamente, el fallador apreciará el marco de circunstancias en que se produce el daño, sus condiciones de modo, tiempo y lugar, la naturaleza, equivalencia o asimetría de las actividades peligrosas concurrentes, sus características, complejidad, grado o magnitud de riesgo o peligro, los riesgos específicos, las situaciones concretas de especial riesgo y peligrosidad, y en particular, la incidencia causal de la conducta de los sujetos, precisando cuál es la determinante (imputatio facti) del quebranto, por cuanto desde el punto de vista normativo (imputatio iuris) el fundamento jurídico de esta responsabilidad (...) se remite al riesgo o peligro.

“A este propósito, cuando la causa del daño es la conducta o actividad que se halle en la exclusiva esfera de riesgo de uno de los sujetos, éste será responsable único y a contrario sensu, concurriendo ambas, se determina su contribución o participación para mitigar o atenuar el deber de repararlo.

“De esta manera, el juzgador valorará la conducta de las partes en su materialidad objetiva y, en caso de encontrar probada también una culpa o dolo del sujeto, establecerá su relevancia no en razón al factor culposo o doloso, sino al comportamiento objetivamente considerado en todo cuanto respecta a su incidencia causal”(Subrayado es nuestro).

Entonces, corresponde al operador jurídico examinar las particularidades de caso - la naturaleza de esas actividades, los medios utilizados por los implicados, la peligrosidad que cada actividad entraña frente a los demás- para determinar la potencialidad dañina de las actuaciones, lo que

fuerza al actor, en este caso, a demostrar la culpa, así entendida, del demandado.

A partir de estos lineamientos, encuentra la Sala que en relación con la actividad desplegada por el señor Oscar Zuluaga, conductor de la camioneta LUV CMC611, lo que se le reclama es el giro efectuado a la izquierda con el fin de ingresar a un establecimiento de comercio, lo que eventualmente sería una infracción de tránsito si no tuvo precaución al hacerlo.

En efecto, las normas de tránsito establecen al respecto - ley 769 de 2002, vigente para la época de los hechos-:

“Art. 60 Los vehículos deben transitar, obligatoriamente, por sus respectivos carriles, dentro de las líneas de demarcación, y atravesarlos solamente para efectuar maniobras de adelantamiento o de cruce. (...)”

PARÁGRAFO 2o. Todo conductor, antes de efectuar un adelantamiento o cruce de una calzada a otra o de un carril a otro, debe anunciar su intención por medio de las luces direccionales y señales ópticas o audibles y efectuar la maniobra de forma que no entorpezca el tránsito, ni ponga en peligro a los demás vehículos o peatones.”

En esta línea, vale decir que a pesar de que en el informe de policía del accidente se maneja la hipótesis 122 para el conductor de la camionera, esto es, girar bruscamente, de las pruebas recaudadas no se logra establecer que el señor Zuluaga Chica hubiera sido imprudente en la realización del mentado giro, toda vez que los testigos presenciales del hecho, Edwin Sánchez, Samuel Gorrón y Alexander Castro, fueron coincidentes en indicar que el mencionado señor, pidió vía, puso direccionales y giró a poca velocidad.

Obsérvese que, aunque el demandante Jefferson Esneyder Cumber, en su relato da a entender que el señor Zuluaga a pesar de divisarlo siguió con el giro a la izquierda, parando ya cuando fue el impacto, lo cierto es que en su versión, el demandado afirma que no vio al motociclista, que tenía un carro atrás, que le pidió vía, que vio que no venía nadie del otro lado, y giro despacio, sintiendo posteriormente el impacto con la moto que venía como un “rayo”.

Lo dicho por el demandado, encuentra sustento en lo manifestado por los testigos Edwin Sánchez, Samuel Gorrón y Alexander Castro, personas que a pesar de su amistad con el demandado y de haber percibido el accidente desde lugares diferentes, pues no se encontraban departiendo juntos, rindieron versiones coincidentes de los hechos. Para estos, el demandado giró a la izquierda con precaución, pero la moto se desplazaba a tal velocidad, que no tuvo oportunidad de frenar.

Igualmente, debe referirse el testimonio de Jennifer Tapiero y Yuideney Osorio, esposos entre sí, quienes no presenciaron propiamente el accidente, pero desde puntos diferentes el establecimiento “piscina natural”, escucharon el impacto y acudieron al lugar de los hechos. Ellos relatan de manera coordinada, que escucharon un chillido de llantas, un pitido y al señor Jefferson volar literalmente, lo que concuerda con el cuadro que se ha descrito, es decir, que el señor Zuluaga hace el giro, de repente aparece el motociclista, él frena, y el motociclista pita ya próximo al impacto.

Desde esta óptica, se hace evidente que no existe infracción de tránsito que endilgarle al demandado, y menos actividad imprudente o precipitada como para afirmar que su actuación fue rebasante del riesgo propio de la actividad peligrosa en cuestión.

Ahora bien, en lo que respecta al actuar del señor Jefferson Esneyder Cumber Campos, tenemos que los indicios conducen a creer que quien rebasó los parámetros de riesgo propios de la conducción de vehículos fue él, puesto que algunos testigos, el demandado, los documentos, y el informe técnico refieren que conducía con exceso de velocidad.

Al respecto, encontramos que el señor Jefferson Esneyder Cumber, manifestó que iba a 60 km, que no había señales de tránsito en la vía, que maneja hace 8 años, y que cuenta con toda la documentación requerida para conducir motocicleta, sin embargo, los testigos Edwin Sánchez, Samuel Gorrón y Alexander Castro, pusieron de presente la percepción que tuvieron de que el motociclista iba con exceso de velocidad, y lo mismo indicó el demandado, quien refirió que aquel “iba como un rayo”.

Revisada la prueba documental aportada, vemos que si bien es cierto, en el informe de policía no se indica la existencia de señales en la vía, al verificar las fotografías aportadas por la parte actora (fls. 26, 31-32), y en el dictamen pericial (fls. 200-204), se constata que si las había, y que se trataba de señales relativas a la velocidad máxima permitida y a la advertencia de curvas y pasos peatonales.

Efectivamente, al ponernos en la posición del motociclista, encontramos que luego de una curva prolongada viene una recta – lugar del accidente-, en el inicio de la curva se observa una señal reglamentaria, que indica el límite de velocidad máxima en 40 Km/h, luego en la recta, justo en seguida del lugar del accidente – puerta de ingreso al establecimiento “piscina natural”-, se ven dos señales preventivas seguidas, una referente al paso de peatones, y otra, relativa a la indicación de curva prolongada a la izquierda.

En relación con dichas señales, debemos tener en cuenta que las disposiciones de tránsito disponen: *“Art.94. Los conductores de bicicletas, triciclos, motocicletas, motociclos y mototriciclos, estarán sujetos a las siguientes normas: (...) Deben respetar las señales, normas de tránsito y límites de velocidad.”*, y que en las zonas rurales, la velocidad máxima será de 80 Km/h, y conforme con el art. 107 párrafo *“De acuerdo con las características de operación de la vía y las clases de vehículos, las autoridades de tránsito competentes determinarán la correspondiente señalización y las velocidades máximas y mínimas permitidas.”*

Todo lo anterior, lleva necesariamente a concluir, que por las características de la vía –curvilínea o sinuosa - y las señales en ella previstas, era deber del motociclista conducir a máximo 40 km/h, cuestión que no ocurrió en este caso, pues el mismo Jefferson Cumber reconoce que iba a 60km/h, lo que en su percepción era una conducción prudente, pero que a la luz de las disposiciones legales era exceso de velocidad.

Además, las señales en la vía, curva prolongada y paso de peatones, son indicativas para el conductor de vehículo, sea automotor o motocicleta, de que debe reducir el paso, cuestión que no parece haber hecho el demandante, quien solo refirió haber pitado, pero no haber mermado la velocidad.

Se suma a lo anterior, el hecho de que según las reglas de la experiencia, la carretera donde ocurrieron los hechos, es altamente transitada en días festivos, toda vez que en ella se ubican diversos balnearios o *“bañaderos”* a orillas del río Hacha, razón por la cual, y siendo que pudo establecerse que el accidente ocurrió un sábado por la tarde, cualquier usuario de la misma debía circular con suma precaución, ya que las personas se movilizan a pie, en moto, en transporte público y particular.

En este orden de ideas, resulta claro para la Sala que la actuación de la víctima, resultó determinante para la ocurrencia del daño, pues su actuar confiado, falta de precaución, y en desacato de las señales de tránsito, conllevó a que no pudiera reaccionar adecuadamente al evento inesperado de un vehículo en su calzada, lo que potencialmente aniquila la responsabilidad del demandado en el caso bajo estudio.

Resáltese que a la conclusión mencionada, llegó el perito escuchado en este asunto, en el dictamen aportado al plenario, razón por la cual no puede afirmarse, como lo pretende el recurrente, que la mentada experticia haya sido parcializada o desconocedora de la realidad de los hechos.

Así las cosas, como quiera que pudo establecerse la concurrencia de actividades peligrosas, y que de acuerdo con el material probatorio recaudado fue la actuación poco precavida e imprudente del demandante Jefferson Esneyder Cumber Campos la que llevó a la ocurrencia del daño, habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia, sin que haya lugar a condena en costas por no aparecer causadas, de conformidad con lo previsto en el art. 365 numeral 8º 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: CONFIRMAR la sentencia No. 29 de fecha 2 de octubre de 2017, proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Florencia, por las razones anotadas.

SEGUNDO: Sin costas.

TERCERO: DEVOLVER estas diligencias al juzgado de origen para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fallo discutido y aprobado en sesión de Sala, conforme al acta número No. 56 de esta misma fecha.

Los Magistrados,



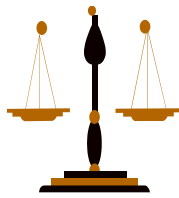
DIELA H.L.M ORTEGA CASTRO



NURIA MAYERLY GUERRERO ESPINOSA



MARIO GARCÍA IBATÁ



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

Florencia, treinta y uno (31) de agosto 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 las partes contra la sentencia proferida el 24 de junio de 2015 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Florencia, dentro del asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

Por conducto de apoderado judicial, los señores, por una parte, **Esneda Hermosa Oyuela**, en nombre propio y en representación de los menores **Luz Estela, Yohana, Yeniffer Lizeth y Angie Lorena Osorio Hermosa**, como compañera e hijas, **José Manuel Osorio Medina**, como progenitor, y **Armando, Gerardo, Luz Amalia y María Limbania Osorio Izquierdo**, como hermanos de José Ever Osorio Izquierdo, y por otra, Jimmy Padilla Bahamon y Arleyo Buitron Cerquera, interpusieron demanda de responsabilidad civil extracontractual, contra de la **Cooperativa de Motoristas de Florencia Limitada – COOMOTOR FLORENCIA LTDA-**,

con el fin de que sea declarada responsable, por una parte, por los perjuicios ocasionados con la muerte de José Ever Osorio Izquierdo, y por las lesiones causadas a los segundos; como consecuencia de ello, que se condene a la demandada al pago de perjuicios materiales e inmateriales.

Como fundamento de sus peticiones, indicaron que el 15 de agosto de 2004 ocurrió un accidente de tránsito, en el que estuvo involucrado un automotor – bus de servicio público - de placa SUC 813 afiliado a la empresa demandada, conducido por el señor Wendy Garzón, y el cual se dirigía a la ciudad de Cali, donde murió el señor José Ever Osorio y resultaron lesionados los señores Jimmy Padilla y Arleyo Buitron.

Señalaron que el señor José Ever Osorio convivía con la señora Esneda Hermosa desde 1986, tenían 4 hijas: Luz Estela, Yohana, Yeniffer Lizeth y Angie Lorena Osorio Hermosa, vivían en el municipio de San Vicente del Caguan, y se dedicaban al comercio de queso, a partir de la explotación de la finca de su propiedad el Cortijo, ubicada en la vereda Argelia del mismo municipio, en el cual se dedicaban a la cría de ganado, ordeño y producción de queso.

La muerte del señor José Ever causó en su familia profunda aflicción, además de graves perjuicios económicos, pues él era quien proveía el trabajo y sostenimiento del hogar. Entonces, dicha situación obligó a la señora Hermosa a ocuparse de las actividades productivas de la finca y el negocio de queso, dejando de lado la atención y cuidado que requieren sus hijas, especialmente Angie Lorena, quien tiene la especial condición de sordo-muda.

Por otro lado, se afirmó que los señores Jimmy Padilla y Arleyo Buitron, quienes sobrevivieron al accidente, presentaron secuelas transitorias

en cara y cabeza, respectivamente, además de traumas emocionales producto de este, y dificultades económicas.

Por el mentado accidente se adelantó acción penal por el delito de homicidio culposo, la cual terminó por prescripción de la acción penal.

TRÁMITE PROCESAL

El trámite de la demanda le correspondió al Juzgado Primero Civil del Circuito de Florencia, el cual la admitió el 13 de junio de 2014 de mayo de 2011.

Notificada la parte demandada, presentó contestación, oponiéndose a todas las pretensiones incoadas por la demandante; y proponiendo como excepciones de fondo: *“cosa juzgada”*, *“prescripción de la acción proveniente del contrato de transporte”*, y *“exclusión entre jurisdicciones”*.

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.

El Juzgado de conocimiento, mediante providencia de 24 de junio de 2015, resolvió la instancia disponiendo lo siguiente: declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, declarar de oficio la excepción de ausencia de daño, respecto de los demandantes Jimmy Padilla Bahamon y Arleyo Buitron Cerquera, declarar civilmente responsable a la demandada, y condenarla a pagar perjuicios morales a Esneda Hermosa y Luz Estela, Yohana, Yeniffer Lizeth y Angie Lorena Osorio Hermosa, en cuantía

de 80 salarios mínimos a cada una, y a José Manuel Osorio, en cuantía de 40 salarios mínimos.

Luego de estudiar la responsabilidad civil extracontractual, y sus elementos configurativos: la conducta, el daño y el nexo causal entre la conducta y el daño, encontró que en este caso se demostró que el conductor del vehículo automotor de placas SUC 813, afiliado a la empresa Coomotor Florencia Ltda., señor Wendy Garzón Guzmán, fue responsable del fatal accidente en que perdió la vida el señor José Ever Osorio Izquierdo (q.e.p.d.) y otras 10 personas.

Refirió que la Fiscalía General de la Nación adelantó investigación penal por los hechos, en la que pudo establecerse que el señor Wendy Guzmán Garzón actuó con negligencia e imprudencia en la conducción del vehículo siniestrado, incurriendo en el delito de homicidio culposo, razón por la cual fue condenado en sentencia del 27 de agosto de 2010, sin embargo, al surtirse el recurso de apelación, se encontró prescrita la acción penal y así se declaró.

En cuanto al daño, consideró que aparece acreditado en autos que el señor Jose Ever Osorio falleció como consecuencia del accidente de tránsito acaecido el día 15 de agosto de 2004, mientras que los demandantes Jimmy Padilla Bahamón y Arleyo Buitrón Cerquera, no lograron probar que hubieran sufrido lesiones en su integridad como lo afirman en la demanda, y en el proceso, se limitaron a solicitar prueba trasladada del asunto penal en el que no hay evidencia de los daños reclamados.

Igualmente, se pronunció sobre cada una de las excepciones propuestas, indicando que la cosa juzgada no se configura porque, aunque hubo una acción penal por los hechos donde los demandantes se constituyeron en parte

civil y obtuvieron condena a favor, lo cierto es que se declaró la prescripción de dicha acción penal, y las condenas obtenidas no fueron pagadas.

Frente a la prescripción de la acción proveniente del contrato de transporte, adujo que si bien el art. 993 del Código de Comercio previene que las acciones directas o indirectas provenientes del contrato de transporte prescriben en 2 años, y que el término de prescripción correrá desde el día en que se haya concluido o debido concluir la obligación de conducción, que en el caso fue el 15 de agosto de 2004, cuando ocurrió el accidente, lo cierto es que para Jimmy Padilla Bahamón y Arleyo Buitrón Cerquera, la acción claramente esta prescrita porque adquirieron directamente el tiquete de transporte a la empresa demandada, pero para Esneda Hermosa Oyuela y sus hijas, no ocurre lo mismo porque ellas reclaman las responsabilidad aquiliana, a la que aplican reglas diferentes.

Respecto de la exclusión entre jurisdicciones, fundada en que los demandantes ya habían elegido la acción penal como escenario de indemnización, precisó que la acción civil se puede ejercer por los interesados dentro del mismo proceso penal o bien por fuera, a elección de los interesados, por tanto, la elección hecha en su momento del proceso penal fue valida, pero como no pudo ejercitarse por la prescripción decretada, es válida la presente acción civil.

Con fundamento en lo anterior, determinó reconocer a Esneda Hermosa Hoyuela, Luz Estela, Yohana, Yeniffer Lizeth y Angie Lorena Osorio Hermosa, la suma equivalente a 80 SMLMV, la primera en calidad de compañera permanente y las siguientes en calidad de hijas de José Ever Osorio Izquierdo, y a favor de José Manuel Osorio Medina, en su condición de padre de la víctima, la suma de 40 SMLMV. Respecto de los hermanos de la víctima no se reconoció indemnización, por cuanto el material probatorio

recaudado en esta causa no se evidencia que hubiesen padecido el dolor en su esfera interna o sentimental

Finalmente, sobre perjuicios materiales, indicó que no puede tener en cuenta la prueba pericial practicada en el proceso penal, por cuanto no fue sometida a contradicción por las partes dentro del presente proceso, y las afectaciones de las relaciones de vida futura, no se vislumbra dentro del acervo probatorio.

EL RECURSO INTERPUESTO.

Inconforme con lo decidido, los apoderados de las partes interpusieron recurso de apelación, exponiendo lo siguiente:

La parte demandante ubica su disentimiento en la tasación de los perjuicios, pues no se reconoce a los hermanos del fallecido José Ever Osorio, cuando es bien sabido, según las reglas de la experiencia, que la aflicción que se sufre por la muerte de los hermanos se equipara a la de los hijos; no se reconoce la afectación a la vida futura de Angie Lorena Osorio, cuando quedó probada en autos su discapacidad auditiva y que su padre hubiera hecho todo lo posible porque su hija recuperara la audición; se tasaron muy bajo los perjuicios morales reconocidos al padre de la víctima, cuando la jurisprudencia ha reconocido la suma pedida en la demanda en el caso de los progenitores; y no se reconocen perjuicios materiales, solo porque su cuantificación no quedó clara en el plenario, pues sobre su causación no hay duda.

La parte demandada, por su parte, circunscribe su inconformidad al examen de las excepciones, pues considera que se cumplen los presupuestos de la cosa juzgada al haber identidad de partes, de objeto y de causa; y en el

caso de la exclusión de jurisdicciones, señala que la elección de los demandantes fue demandar la causa civil dentro de la acción penal, razón por la cual existe la exclusión.

Anota igualmente que no comparte la tasación de perjuicios efectuada en la sentencia, porque los perjuicios morales para la esposa del occiso, sus hijas y su progenitor, están un tanto elevados, ya que en el accidente no hubo intención maligna, asimismo que las costas fueron elevadas.

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 la Sala determinar, de una parte, si se configuran en el presente asunto las excepciones denominadas “*cosa juzgada*” y “*exclusión de jurisdicciones*”, debido a la preexistencia de un proceso penal respecto de los mismos hechos que dan lugar a este asunto, y de otra, si se ajusta a los parámetros legales la tasación de perjuicios efectuada por el juez de conocimiento, para lo cual se tendrá en cuenta lo siguiente:

3.1. El artículo 332 del C.P.C., establece “*La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el*

nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes. (...)”.

De la norma descrita se colige que para la operancia de la figura de la cosa juzgada, se requiere:

- Que se adelante un nuevo proceso con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia dictada, de lo contrario estaríamos frente al pleito pendiente.
- Que el nuevo proceso sea entre las mismas partes, lo que quiere decir que jurídicamente debe tratarse de las mismas partes, no necesariamente de las mismas personas.
- Que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, que consiste, según palabra de la Corte Suprema de Justicia (sentencia 20 de agosto de 1985), “en las prestaciones o declaraciones que se reclaman a la justicia”, que son los puntos sobre los que versa la parte resolutive de la sentencia.
- Que el nuevo proceso se adelante por la misma causa que originó el anterior, es decir, por los mismos motivos que dieron lugar a pedir algo del Estado.

Así pues, como la figura de la cosa juzgada no se produce sino en relación con una sentencia determinada, las precitadas identidades procesales constituyen el elemento comparativo sobre cuya base debe precisarse si aquella, se estructura o no; por tanto, solamente cuando el proceso futuro es idéntico, en razón de los elementos mencionados, la sentencia dictada en el anterior produce efectos de cosa juzgada.

Bajo este entendido, tenemos que, insiste la parte demandada en que ha operado la figura de la cosa juzgada, por cuanto se tramitó proceso penal por el delito de homicidio culposo contra el señor Wendy Garzón, el cual culminó

con sentencia condenatoria, en la que se reconocieron perjuicios materiales e inmateriales a los aquí demandantes.

Examinada la actuación penal referida, aportada como prueba documental dentro del presente asunto, se observa que efectivamente ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Rico – Caquetá, se adelantó proceso penal contra el señor Wendy Garzón, por el accidente de tránsito ocurrido el 15 de agosto de 2004 en la vía que de San Vicente del Caguan conduce al Doncello, donde fallecieron varias personas, entre ellas José Ever Osorio.

Dicho proceso terminó con la sentencia proferida el 27 de agosto de 2010, en la cual el procesado fue condenado a la pena principal de 304 meses de prisión por el delito de homicidio culposo, y declarado responsable civilmente por los daños causados a los familiares de José Ever Osorio Izquierdo, entre otros.

Según se lee en la decisión mencionada, se condenó a Wendy Garzón y Coomotor Florencia Ltda.- como tercero civilmente responsable-, al pago de 10 salarios mínimos a Esneda Hermosa, 5 salarios mínimos a Luz Estela, Yohana, Yeniffer Lizeth y Angie Lorena Osorio Hermosa, 3 salarios mínimos a Manuel Osorio Medina, 2 salarios mínimos a Armando, Gerardo, Luz Amalia y María Limbania Osorio. Además, se reconocieron daños materiales - lucro cesante y daño emergente- en cuantía de \$82.928.081,63 a Esneda Hermosa, y \$20.732.020,4 a cada una de sus hijas.

No obstante, el Tribunal Superior de Florencia, mediante decisión de 28 de febrero de 2011, declaró la cesación de la acción penal, por la causal de prescripción, a favor del procesado Wendy Garzón, y como consecuencia de

ello, ordenó el archivo definitivo del asunto y la cancelación de los pendientes a lo que haya dado lugar la investigación.

En relación con la ocurrencia del fenómeno prescriptivo en materia penal, la Corte Suprema de Justicia, enfatizó en reciente jurisprudencia¹, que el fenecimiento de la potestad punitiva conlleva la prescripción de las acciones penal y civil e impide al funcionario judicial continuar con el trámite de la actuación. Entonces, la prescripción de la acción penal genera el mismo efecto en la acción civil para el penalmente responsable, cuando la misma ha sido ejercitada dentro del proceso, fundado en que lo accesorio, esto es, la acción civil, sigue la suerte de lo principal, es decir, la acción penal, por cuanto la vigencia de aquella depende de esta cuando se ejerce dentro del juicio pena.

Igualmente, en la decisión referida, la Corte precisó que la prescripción de la acción penal no abarca al tercero civilmente responsable, de allí que la pretensión indemnizatoria en su contra corresponde definirla a la jurisdicción de esa especialidad, a la cual puede acudir el interesado siempre que las normas civiles así lo permitan.

A partir de lo anterior, resulta claro que en el presente caso no se configura ni la cosa juzgada ni la exclusión de jurisdicciones, alegadas por la parte demandada, toda vez que las determinaciones adoptadas en la sentencia penal, en su integridad, perdieron toda eficacia ante la extinción de la acción penal por prescripción, no pudiéndose afirmar que exista una decisión precedente que resuelva el objeto de la presente actuación, ni que involucre las mismas partes, ni que se funde en la misma causa.

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia SP-0592018 (50645), 31/01/18.M. P. Eyder Patiño Cabrera.

3.2. Claro lo anterior, corresponde examinar lo atinente a la tasación de perjuicios efectuada por el a-quo, ya que no hay discusión sobre la existencia de la responsabilidad civil extracontractual que se reclama en la demanda.

Para ello, debemos considerar que la parte demandante se mostró inconforme con los perjuicios reconocidos en la sentencia, alegando que debía acogerse lo pedido en el libelo introductorio, y la parte demandada encontró excesivos los perjuicios declarados en la decisión de primera instancia, veamos:

DEMANDA	SENTENCIA
- Perjuicios morales: <i>-Para la compañera permanente, Esneda Hermosa, y las hijas de José Ever Osorio, Luz Estela, Yohana, Yeniffer Lizeth y Angie Lorena Osorio Hermosa, 100 SMLMV para cada una.</i> <i>-Para el progenitor José Manuel Osorio, y los hermanos de José Ever Osorio, 100 SMLMV para el primero, y 50 SMLMV para cada uno de los segundos.</i> -Perjuicios materiales: <i>-Lucro cesante para la compañera, Esneda Hermosa, y las hijas de José Ever Osorio, Luz Estela, Yohana, Yeniffer Lizeth y Angie Lorena Osorio Hermosa, la suma de \$187.597.216,61, a 2014.</i> -Por afectación a las relaciones de la vida futura: <i>- Para la menor Angie Lorena Osorio, la suma de 100 SMLMV.</i>	- Perjuicios morales: <i>-Para la compañera permanente, Esneda Hermosa, y las hijas de José Ever Osorio, Luz Estela, Yohana, Yeniffer Lizeth y Angie Lorena Osorio Hermosa, 80 SMLMV para cada una.</i> <i>-Para el progenitor José Manuel Osorio, 40 SMLMV</i> <i>-A los hermanos de José Ever Osorio, no se reconocieron perjuicios.</i> -Perjuicios materiales: <i>No se reconocieron por no aparecer probados.</i> -Por afectación a las relaciones de la vida futura: <i>No se reconocieron por no aparecer probados.</i>

Ante la controversia suscitada por los montos así reconocidos, se procede a examinar cada uno de los conceptos, a la luz de las pruebas aportadas, veamos:

i) Lucro cesante: Los accionantes solicitaron el reconocimiento de la suma de \$187.597.216,61, indicando que dicho valor correspondiente a lucro cesante consolidado y futuro padecido por la compañera permanente e hijas de José Ever Osorio, según la tasación efectuada por perito evaluador en el proceso penal referido.

El artículo 1614 del C.C. define el lucro cesante como “*la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento*”.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha dicho que tratándose de las ganancias dejadas de percibir, indispensable es que “*la indemnización exige la certeza del detrimento, o sea, su verdad, existencia u ocurrencia tangible, incontestable o verosímil, ya actual, ora ulterior, acreditada por el demandante como presupuesto ineluctable de la condena con pruebas idóneas en su entidad y extensión*”; y, que “*procede la reparación de esta clase de daño en la medida en que obre en autos, a disposición del proceso, prueba concluyente en orden a acreditar la verdadera entidad de los mismos y su extensión cuantitativa, lo que significa rechazar por principio conclusiones dudosas o contingentes acerca de las ganancias que se dejaron de obtener, apoyadas tales conclusiones en simples esperanzas, expresadas estas en ilusorios cálculos que no pasan de ser especulación teórica, y no en probabilidades objetivas demostradas con el*

*rigor debido' (cas. civ. sentencia de 4 de marzo de 1998, exp. 4921)"*²
(resaltado fuera de texto).

Como se observa, el reconocimiento del lucro cesante está supeditado a la existencia de prueba fehaciente y certera sobre su causación, cuestión que puede inferirse en este caso, de las declaraciones efectuadas por los testigos María de los Ángeles Devia, Leonel Guarnizo, Alfonso Vargas y Luz Amalia Osorio, quienes fueron concordantes en indicar que el señor José Ever Osorio se dedicaba a la actividad ganadera y comercial, pues era propietario de una finquita denominada el Cortijo donde producía leche y queso, el que a su vez vendía en San Vicente del Caguan.

No obstante lo anterior, la cuantificación de dicho perjuicio no puede tenerse por probado con el dictamen pericial que se refiere como prueba idónea³, pues el mismo fue aportado a este asunto como prueba documental, y sólo así puede valorarse.

En esta línea, tenemos que verificar la tasación de dicho lucro cesante, toda vez que los testimonios no fueron claros en decir a cuánto ascendían los ingresos mensuales del fallecido José Ever Osorio, aunque si, fueron contundentes en afirmar que era un hombre trabajador que procuraba a su familia todo lo necesario para vivir.

Para ello, corresponde remitirnos al precedente fijado por la Corte Suprema de Justicia, según el cual, el parámetro utilizado en los casos en los que no aparece demostrada la percepción de sumas diferentes, es el salario mínimo legal, veamos:

² CSJ SC del 9 de septiembre de 2010, Rad. n.º 2005-00103-01

³ Fl. 109 Cuaderno copias.

“Como en el expediente omitió adosarse prueba para hallar la suma en el período en cuestión (...) es preciso acudir a los criterios auxiliares de la actividad judicial, entre otros, la equidad, la jurisprudencia y la doctrina, tal como lo mandan los artículos 230 de la Constitución Política y 16 de la Ley 446 de 1998, asunto sobre el cual esta Corporación ha dicho, entre otras cosas, refiriéndose a la mentada problemática, que ante la falta de otros medios de convicción, debe el juzgador acoger como referente para dicha tasación el salario mínimo legal, pues ‘(...) nada descabellado es afirmar que quien trabaja devenga por lo menos el salario mínimo legal (...)’ (CSJ, SC 5885-2016 del 6 de mayo de 2016, Rad. n.º 2004-00032-01)”⁴.

>Luego por razón de *Lucro Cesante pasado o consolidado*, se tiene:

Que se debe efectuar el cálculo correspondiente desde la fecha del accidente 15 de agosto de 2004, hasta la fecha de esta decisión – junio de 2020-, tomando como base el salario mínimo legal mensual vigente para la época de los hechos, es decir, \$358.000 (SMLMV año 2004), al cual debe deducirse el 25% correspondiente a los gastos personales del obitado (\$89.500), lo que da como resultado \$268.500, suma de dinero que corresponde ser actualizada con base en fórmula de indexación ampliamente conocida⁵, lo que da como resultado \$356.897. A este último valor, se aplica el 50% como lucro cesante mensual de la compañera permanente (\$178.449).

Para la hijas, como son cuatro, se tiene como lucro cesante mensual, el correspondiente a 12.5% del salario actualizado (\$44.612), en seguida, se tiene en cuenta la fecha de nacimiento que aparece en sus registros civiles que

⁴ C.S.J. Sala Casación Civil. Sentencia 15 diciembre de 2016. SC18146-2016 M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

⁵ Fórmula de indexación:
 $VA = VH \times IPC \text{ FINAL}(\text{ABRIL } 2020) / IPC \text{ INICIAL}(\text{AGOSTO } 2004)$
 $VA = 358.000 \times 105.70 / 79.52 = 475.862.67$

obran en el legajo procesal, para efecto de determinar el cumplimiento de los 25 años, siendo que ANGI LORENA nació el 12 de enero de 2004, YENIFFER LIZETH el 21 de enero de 2001, YOHANA el 12 de octubre de 1989 y LUZ STELLA el 19 de abril de 1987; teniendo presente para las dos últimas mencionadas, hasta el cumplimiento de los 25 años, que serían hasta el 12 de octubre de 2014, (121 meses, 27 días) y el 19 de abril de 2012, (92 meses, 4 días), respectivamente, y acrecentándose dicho porcentaje para ANGI LORENA y YENIFFER LIZETH, en el restante periodo, en el 25% para cada una, debiéndose tener en cuenta el número de meses transcurridos desde la ocurrencia de los hechos hasta la presente sentencia, es decir, 190 meses, con estas variables, se da aplicación a la fórmula correspondiente⁶, para obtener el lucro cesante consolidado.

´>Luego, para determinar *el lucro cesante futuro*, en tratándose de la compañera permanente, debería tomarse igualmente el salario devengado por el fallecido y, como extremos de causación, desde la fecha de esta sentencia hasta la data en que se hubiera cumplido la supervivencia menor entre la víctima (José Ever Osorio) y la perjudicada (Esneda Hermosa), sin embargo, en este caso es imposible efectuar esa comparación de expectativas de vida, por cuanto no se aportó prueba idónea que acreditara la fecha de nacimiento de la señora Esneda Hermosa, es decir, registro civil de nacimiento, por lo cual no habría forma de hacer condena a su favor respecto de este ítem.

⁶ VA = LCM x Sn, en la que “VA” es el valor actual del lucro cesante pasado total, incluidos intereses del 6% anual; “LCM” es el lucro cesante mensual actualizado, y “Sn” el valor acumulado de la renta periódica de un peso que se paga “n” veces a una tasa de interés “i” por período. El factor “Sn”, por su parte, se obtiene de la siguiente fórmula matemática:

$$Sn = \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

El factor “i” corresponde a los intereses legales del 6% anual (0.005).

En el caso de las hijas, se entenderá causado el lucro cesante futuro desde la fecha de esta providencia hasta el día en que Yennifer Lizeth y Angie Lorena, cada una cumpla los 25 años, que corresponde al 21 de enero de 2026 (65.70 meses) y el 12 de enero de 2029 (101.23 meses), respectivamente⁷, ya que según la expectativa de vida, su padre hubiera vivido hasta que todas alcanzaran tal edad (Jose Ever Izquierdo contaba con 37 años, 7 meses aproximados, para la época de los hechos, y su expectativa de vida, era de 38.64 años restantes⁸).

Bajo estas consideraciones, se reconocerá por concepto de lucro cesante consolidado, a la señora **Esneda Hermosa Oyuela, la suma de \$55.567.362,15**, a las hijas: **Yohana Osorio Hermosa, la suma de \$7.400.125,58**, **Luz Stella Osorio Hermosa la suma de \$5.170.643,83**, y **Yennifer Lizeth y Angie Lorena Osorio la suma de \$25.281.386.86**, para cada una, donde se incluye la cifra acrecentada de acuerdo a lo dicho en precedencia.

ii) Daño Moral: se solicitó por este concepto: -para la compañera permanente, Esneda Hermosa, y las hijas de José Ever Osorio, Johana, Luz Estela, Jenifer Lizeth y Angie Lorena Osorio, 100 SMLMV para cada una, - para el progenitor José Manuel Osorio, y los hermanos de José Ever Osorio, 100 SMLMV para el primero, y 50 SMLMV para cada uno de los segundos.

⁷ VA = LCM x Ra, donde “VA” es el valor del lucro cesante futuro; “LCM” el lucro cesante mensual; y “Ra” el descuento por pago anticipado que, a su turno, se obtiene de la siguiente fórmula:

$$Ra = \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$$

El factor “i”, representa los intereses del 6% anual.

⁸ Conforme la expectativa de vida contenida en la Resolución No. 497 de 1997, vigente para la época de los hechos (agosto de 2004).

Sobre este tipo de perjuicios, de carácter inmaterial o extrapatrimonial, tiene dicho la jurisprudencia 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.

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.”

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 de parentesco, naturaleza de los hechos (muerte, invalidez, lesiones), etc., tenemos que en este asunto, pudo establecerse que la señora Esneda Hermosa Oyuela, era la compañera permanente de José Ever Osorio, que Luz Estela, Yohana, Yeniffer Lizeth y Angie Lorena Osorio Hermosa, era sus hijas - fruto de la unión con la primera-, que el señor José Manuel Osorio Medina, era el padre del occiso, y que los señores Armando, Gerardo, Luz Amalia y María Limbania Osorio Izquierdo, eran hermanos de fallecido.

A más de los anterior, se demostró que la convivencia marital de Esneda Hermosa y Jose Ever Osorio, había permanecido por más de 17 años; que fruto de su unión estaban sus 4 hijas, las cuales estaban pequeñas para la época de los hechos; que en el hogar Osorio-Hermosa se percibía amor, devoción y cuidado; y que la muerte del señor Osorio Izquierdo, desquició la normalidad del hogar, por cuanto, de una parte, era quien proveía el sustento económico del mismo, y de otra, porque era un padre muy apegado a sus hijas, y su ausencia las afectó emocionalmente. Todo lo anterior, hace presumir el dolor, la tristeza y el sufrimiento que causó su pérdida, para la compañera, por tener que asumir sola toda la carga del hogar, y para las hijas, por cuanto los estudios psicológicos ampliamente documentados en la literatura, han concluido la necesidad de la figura paterna en la formación de la personalidad de los hijos, especialmente cuando hay un apego.

En este orden de ideas, no habría duda en relación con la causación del mentado daño moral, sin embargo, y como la controversia se circunscribe al monto de estos, debe precisarse 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 del padre fijó en el año 2013 \$55.000.000⁹, en el año 2016, señaló \$60.000.000¹⁰, y en los años posteriores ha reiterado este valor¹¹; >mientras que para el caso de lesiones sufridas en el cuerpo, con carácter permanente y que provoca deformidad ha ordenado pagar, en 2013¹², 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, \$15.000.000¹³, 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 2017¹⁴ 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 2015 (cuando se profirió la sentencia) a la suma de \$64.435.000 para cada uno- resulta desbordado 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 Esneda

⁹ CSJ SC del 8 de agosto de 2013.M.P: Ruth Marina Diaz.

¹⁰ CSJ, SC de 30 de septiembre de 2016.M.P. Ariel Salazar

¹¹ CSJ, SC-9193-2017.

¹² CS.J. SC del 9 de diciembre de 2013. M.P. Ariel Salazar.

¹³ CSJ, SC-5885-2016.

¹⁴ CSJ, SC-21828-2017.

Hermosa, y para a cada una de las hijas de José Ever Osorio, Luz Estela, Yohana, Yeniffer Lizeth y Angie Lorena Osorio Hermosa.

Ahora bien, en lo que respecta al padre del occiso, señor José Manuel Osorio, y sus hermanos, Armando, Gerardo, Luz Amalia y María Limbania Osorio, considera la Sala que a más del parentesco entre ellos, quedó establecido en autos que se trataba de una familia que tenía buenas relaciones, que compartía ocasiones especiales, y que se apoyaba en situaciones difíciles, por tanto, bajo los mismos parámetros mencionados, habrá de fijarse el daño moral a favor del señor José Manuel Osorio Medina, en la suma de **\$55.000.000**, y para cada uno de los hermanos, Armando, Gerardo, Luz Amelia y María Limbania, en la suma de **\$25.000.000** para cada uno.

iii) Por afectación a las relaciones de la vida futura: Para la menor Angie Lorena Osorio, la suma de 10 SMLMV.

Sea lo primero decir, que la denominada “*afectación a las relaciones de la vida futura*”, es lo que se ha catalogado como daño en la vida de relación, perjuicio de naturaleza extrapatrimonial, distinta del perjuicio moral, con carácter especial y entidad jurídica propia.

Se refiere este daño, a la afectación emocional que genera la pérdida de acciones que hacen más agradable la existencia de los seres humanos, como las actividades placenteras, lúdicas, recreativas, deportivas, entre otras, como consecuencia del daño sufrido en el cuerpo, en el caso de las lesiones, o por la pérdida de un ser querido.

La Corte Suprema de Justicia, ha precisado que el reconocimiento del daño a la vida de relación, dada su estirpe extrapatrimonial, es propio del prudente arbitrio del juez, acorde con las circunstancias particulares de cada

evento, esto es, un fundamento fáctico-probatorio que permita ver la realidad ontológica del daño y su grado de afección a la persona involucrada .

En el caso de autos, se aduce que Angie Lorena Osorio Hermosa, fue afectada en la vida de relación con la muerte de su padre José Ever Osorio, toda vez que no pudo hacerse la cirugía y el tratamiento que requiere para el tratamiento de la sordomudez que padece, teniendo una vida privada de tales sentidos.

Sobre el particular, vale decir, que si bien es cierto aparece acreditado en autos que Angie Lorena Osorio tiene diagnóstico de discapacidad auditiva de grado profundo de origen congénito, razón por la que fue considerada en febrero de 2007, candidata para recibir implante coclear, y cotizado dicho procedimiento en el Instituto para Ciegos y Sordos del Valle del Cauca, el mismo tenía un valor de \$58.936.200 (fl. 26 C.1), lo cierto es que no fue probado en el plenario el elemento fundamental de este tipo de daño, cual es, que por la muerte de su padre ella haya quedado privada de gozar de las cosas corrientes de la vida como las actividades lúdicas, placenteras, recreativas, etc, que le dan sentido a la existencia.

Resáltese, que el enfoque dado al daño por la parte demandante, hace referencia a que por la muerte de su padre, Angie Lorena, se privó de hacerse la cirugía que le devolvería la escucha y el habla, pues se afirma “*que no hace un padre por un hijo*”, cuestión que no corresponde al ámbito del daño que se estudia, toda vez que, de una parte, no hay prueba que demuestre el éxito total que hubiera tenido dicha cirugía, y de otra, tampoco puede establecerse que en las condiciones económicas que tenía José Ever Osorio, hubiera efectivamente accedido a realizar dicha cirugía.

Además, tampoco puede afirmarse, que el hecho de la sordomudez, per se, cause la infelicidad y limite el disfrute de la vida, por ello, correspondía a la parte actora, conforme lo previsto en el art. 177 del C.P.C., demostrar que la muerte de su padre, causó en Angie Lorena, la pérdida de las acciones que dan placer y gusto en la vida, cuestión que no se hizo.

3.1. Finalmente, en cuanto a la inconformidad del recursista - extremo accionado-, relacionado con la imposición de costas elevadas por parte del juzgado cognoscente, debe indicarse que según el proveído en el punto noveno se dispuso *“Condenar en costas a la demandada, tásense por secretaría, como agencias en derecho se fija la suma de \$20.000.000”*.

Sobre este particular delanteriormente se pone de presente, que la suma que se fija como agencias en derecho sólo puede ser atacada mediante la objeción a la liquidación de las costas procesales verificada por la secretaria del juzgado, tal como así lo prevé el inciso 2o del numeral 3 del artículo 393 del C. P. Civil, que es del siguiente tenor:

“3. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá además en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

Sólo podrá reclamarse la fijación de agencias en derecho mediante objeción a la liquidación de costas.”

Evóquese que las costas constituyen el conjunto de gastos en que incurren las partes extremas de una relación procesal para obtener la

declaración judicial de un derecho, esto es, los costos que aquellas deben sufragar en el curso de una litis, las cuales incluyen tanto “las expensas”, como “las agencias en derecho”, tal como así lo pregonó la Corte Constitucional en sentencia C-043 del 27 de enero de 2004, donde precisó: *“Las expensas, son las varias erogaciones a que una parte se ve avocada en aras de adelantar determinada gestión judicial, como son, el valor de las notificaciones, los honorarios de los auxiliares de la justicia, los impuestos de timbre, el valor de las copias, registros, pólizas, entre otros. Las agencias por su parte, corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce a favor de la parte vencedora y a cargo de la parte vencida, atendiendo los criterios sentados en el numeral 3° del artículo 393 del C. P. Civil, y que no necesariamente deben corresponder a los honorarios pagados por dicha parte a su abogado”*.

Por ello, resulta necesario que el finalizar el proceso se efectúe tal condena, no sólo porque su imposición nace del ejercicio propio del derecho, sino porque negar su reconocimiento implicaría que se gravará a la parte avante con los costos del trámite procesal, cuando la logia indica que ese resarcimiento debe estar a cargo del vencido.

De tal manera resulta inoportuno, el estudio de la inconformidad presentada, en cuanto a este asunto se refiere.

4.- En este orden de ideas, habrán de revocarse los numerales sexto y séptimo de la parte resolutive de la sentencia, para en su lugar, reconocer perjuicios morales a los hermanos del señor José Ever Osorio, y perjuicios materiales -lucro cesante- a la compañera e hijas del occiso, igualmente se modificarán los numerales cuarto y quinto, para en su lugar ajustar las sumas a reconocer a los demandantes. En esta instancia las costas se imponen a cargo del demandado.

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 los numerales sexto y séptimo de la parte resolutive de la sentencia proferida el 24 de junio de 2015, por el Juzgado Primero Civil del Circuito de esta ciudad, el cual quedará de la siguiente forma:

“SEXTO: CONDENAR a la demandada, Coomotor Florencia Ltda., a pagar a los señores Armando, Gerardo, Luz Amalia y María Limbania Osorio Izquierdo, la suma de \$25.000.000 (veinticinco millones de pesos mcte), para cada uno, por concepto de perjuicios morales causados con la muerte de José Ever Osorio Izquierdo, ocurrida el 15 de agosto de 2004, tal como se expuso.

SEPTIMO: CONDENAR a la demandada, Coomotor Florencia Ltda., pagar por concepto de lucro cesante consolidado a la señora Esneda Hermosa Oyuela, la suma de \$55.567.362,15, a Luz Estela Osorio Hermosa la suma de \$5.170.643,83, y a Yohana Osorio Hermosa, la suma de \$7.400.125,58 ; por concepto de lucro cesante consolidado y futuro para Yennifer Lizeth Osorio Hermosa y Angie Lorena Osorio Hermosa, las sumas de \$28.725.433,65 y \$31.099.667,62, respectivamente, por concepto de lucro cesante consolidado y futuro, conforme lo indicado en la parte motiva de esta providencia”.

SEGUNDO: MODIFICAR los numerales cuarto y quinto de la parte resolutive de la sentencia proferida el 24 de junio de 2015, por el Juzgado Primero Civil del Circuito de esta ciudad, los cuales quedarán de la siguiente forma:

“CUARTO: CONDENAR a la demandada, Coomotor Florencia Ltda., a pagar la señora Esneda Hermosa Oyuela, y a Luz Estela, Yohana, Yeniffer Lizeth y Angie Lorena Osorio Hermosa, la suma de \$55.000.000,00 (cincuenta y tres millones de pesos mcte), para cada una, por concepto de perjuicios morales causados con la muerte de José Ever Osorio Izquierdo, ocurrida el 15 de agosto de 2004, conforme lo esbozado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR a la demandada, Coomotor Florencia Ltda., a pagar al señor José Manuel Osorio Medina, la suma de \$55.000.000,00 (cincuenta y tres millones de pesos mcte), por concepto de perjuicios morales causados con la muerte de José Ever Osorio Izquierdo, ocurrida el 15 de agosto de 2004, conforme antes se indicó.”

TERCERO: CONFIRMAR en todo los demás, la sentencia de fecha y procedencia mencionada.

CUARTO: Condenar en costas a la parte demandada. Por secretaria liquídense conforme al art. 393 del C.P.C.

QUINTO: DEVOLVER estas diligencias al juzgado de origen para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fallo discutido y aprobado en sesión de Sala, conforme al acta número No. 56 de esta misma fecha.

Los Magistrados,



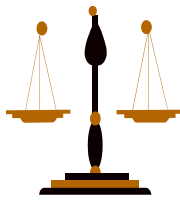
DIELA H.L.M ORTEGA CASTRO



NURIA MAYERLY CUERVO ESPINOSA



MARIO GARCÍA IBATÁ



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

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

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

REF.: Radicación 2009

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida 18 de julio de 2017, por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Florencia Caquetá, dentro del asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES.

1°. Los señores Olga Lucia Díaz Manios y José Durley García Cruz, en calidad de padres del menor Juan Camilo García Díaz (Q.E.P.D), y sus hermanos Andrés Fabián y María Paula García Núñez, por conducto de apoderado judicial, instauraron demanda de Responsabilidad Medica contra la Clínica Medilaser S.A, con el fin que sea declarada responsable de los perjuicios materiales y morales causados a los demandantes, por la muerte de su hijo y hermano – respectivamente- Juan Camilo García Díaz, ocurrida el 19 de junio del 2010, por negligencia médica. En consecuencia, solicita el reconocimiento de perjuicios materiales y morales, estos últimos en cuantía de 200 SMLMV para cada uno de los padres y 100 SMLMV para cada uno de los hermanos.

2°. Los anteriores pedimentos se fundamentan en los siguientes HECHOS:

Fruto de la unión de los demandantes Olga Lucia Díaz y José Durley García, se procreó el menor Juan Camilo García, que nació el 19 de septiembre de 1997, momento para el cual el señor GARCIA CRUZ, contaba con otros dos menores de edad: Andrés Fabián y María Paula García.

Refieren que el día 18 de junio de 2010, Juan Camilo se encontraba disfrutando de sus vacaciones recreativas, montando a caballo, en el municipio de Curillo Caquetá, cuando de manera abrupta cayó del equino, sufriendo un golpe en su cabeza.

En vista de lo anterior, fue llevado a la E.S.E. RAFAEL TOVAR POVEDA de ese municipio, en donde se le prestaron los primeros auxilios y fue remitido a la Clínica Medilaser, por ser un centro hospitalario de mayor nivel.

Se indica que el escrito de remisión elevado por la E.S.E. describe: *“paciente, doce años de edad, traído por familiares por presentar convulsión tonico-clonica, generalizada posterior a caída aproximadamente dos (2) metros, ingresa inconsciente, vomitando, no responde al llamado, se aspiran secreciones, oxígeno por cánula a dos litros, se administran 10mg midazolam, por resistencia del paciente, se canaliza vena periférica para goteo de epamino. 11/2 ampo 500cc SSN. A la exploración física se evidencia hematoma en cuero cabelludo región temporo parietal derecha, FC: 80X`FR: 20X`pupilas isocaricas, poco reactivas a la luz. C/P RSCSRS, pulmones bien ventilados sin agregados. Abdomen blando no doloroso. Ext. Pulsos presentes.*

Se toma RX de cráneo que evidencia fractura temporal derecha se procede a intubación orotraqueal, se seda con (Retalor) Smg mas de midazolan se logra intubación, paciente con abundantes secreciones que son aspiradas. Se remite en ambulancia medicalizada para manejo por neurocirugía y UCI.

DX: TCE Severo

Fractura parietal temporo derecho

Aceptan en Medilaser”

La atención en Clínica Medilaser, denota negligencia médica, tal como se observa en el "resumen de evoluciones":

“18-06-2010 3:26:35 P.M. NEUROCIRUGIA. DIAGNOSTICO 1: Trauma cráneo encefálico, Conmoción cerebral grado I, Convulsión postraumática, no hay fracturas de cráneo, TAC pediátrica, en el momento no hay indicación neuroquirúrgica.

18-06-2010 4:50,39 P.M. Paciente al momento dormido, libre de crisis convulsivas; sin deterioro respiratorio, tolerando adecuadamente extubación....

18-06-2010 8:13;03 p.m. Paciente al momento estable en condición cardihemodinámica, sin soporte inotrópico sin deterioro respiratorio, sin picos febriles al examen_ con episodios de agitación sicomotora no déficit motor aparente...

18-06-2010 9:13;51 p.m. TERAPIA RESPIRATORIA

18-06-10 19-00 Paciente en cama en posición supino, somnoliento, irritable, con oxigeno suplementario, dado por cánula nasal a 2L, sin dificultad respiratoria, con expansión torácica simetrica, con FC 10S, SAT 98%.

19-06-2010 12:45;46 a.m. NOTA RETROSPECTIVA: Paciente que presenta episodio súbito de paro cardio respiratorio presenciado, se asiste inmediatamente: se indica ventilación con presión positiva y se alista para intubación orotraqueal: intraoral: abundante salida de material espeso

sanguinolento que impide visualización de cuerdas bucales: se aspira: se realiza intubación con tubo 6.5 con balón pasa sin complicación, se fija se realizan maniobras de reanimación avanzada: según protocolo, masaje cardiaco externo + adrenalina intercalado, continua salida de material arriba descrito, se sospecha edema pulmonar agudo se pasan dos bolos de furosemida. Se continua asistencia por espacio de 20 minutos, entra en ritmo sinusal, pero a los minutos entra nuevamente en asistolia. No recupera pese a maniobra pupilas midriaticas plenas irreactivas, se declara muerte Clínica, no hay claridad de evento súbito. No se administró medicación previa: los líquidos están basales.

19-06-2010 12:53;51 a.m. Rx torax: SIGNOS DE EDEMA PULMONAR

19-06-2010- 01:11;41 a.m. se da aviso a medicina legal para elaboración de certificado de defunción. probable causa de muerte: edema pulmonar de causa neurogénica postraumática cráneo encefálica: hora de inicio de evento 12:05; hora de fallecimiento 12:19,016-2010.

Afirma, que el menor no debió ser extubado, protegiendo la vía aérea, como se procedió desde un principio por la E.S.E RAFAEL TOVAR, teniendo en cuenta el cuadro de convulsiones que presentaba, por lo cual, a partir de esa mala praxis, concluye el apoderado que emerge la obligación de indemnizar los perjuicios materiales y morales a favor de sus prohijados.

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda correspondió por reparto al Juzgado Primero Civil del Circuito de Florencia, admitiéndola mediante interlocutorio No. 1116 del 20 de octubre de 2010, donde se dispuso a darle el trámite previsto en el artículo 389 del Código de Procedimiento Civil, y notificar a la parte demandada (fl 22 C.1.)

Notificada la parte demandada, se opuso a las pretensiones de la demanda, y propuso como excepciones de mérito: “ausencia o inexistencia de culpa médica imputable a la demandada Clínica Medilaser S.A”, y “ausencia o inexistencia de nexo de causalidad entre la muerte del paciente y las atenciones médicas ofrecidas por la demandada” (Fl 30-35 C.1).

Igualmente, llamó en garantía a la Compañía Aseguradora Colseguros S.A., la que oportunamente se opuso a la demanda y propuso como excepciones de mérito: “inexistencia de obligación a cargo de la aseguradora”, “falta de legitimación en la causa por activa”, “límite de responsabilidad por suma asegurada y deducible”, allegando para tal fin, copia de la póliza de responsabilidad civil profesional clínicas y hospitales y el certificado de existencia y representación legal de la compañía (Fl 3 al 13. Cuad. 3).

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

III. LA DECISIÓN DEL JUZGADO.

Mediante sentencia adiada 18 de julio de 2017, el Juzgado de conocimiento dictó sentencia en la que declaró probadas las excepciones de fondo denominadas “ausencia o inexistencia de culpa médica imputable a la demandada Clínica Medilaser S.A” y “ausencia o inexistencia de nexo de causalidad entre la muerte del paciente y las atenciones médicas ofrecidas por la demandada”, procediendo a negar las pretensiones de la demanda y a condenar en costas a la parte demandante.

Como fundamento de su decisión, el a-quo expuso que al realizar un análisis de la responsabilidad a la luz de las pruebas practicadas, se logró determinar que existió un acto humano representado en el acto

médico realizado por los galenos adscritos a la Clínica Medilaser S.A., que participaron en la atención médica prestada al menor Juan Camilo García Díaz, sin que su actuar hubiese sido negligente, pues el actor menciona como causa eficiente para la muerte del paciente el hecho de su extubación, sin embargo, ello no puede deducirse del dictamen pericial rendido por el doctor Luis Carlos May.

Refiere, que no es claro que hubiera existido la falla médica en el momento de la extubación, pues si bien es cierto lo que produjo la muerte del menor, según la historia clínica, fue el edema pulmonar neurogénico, traumatismo intracraneal no especificado severo, la causa del primero no es precisamente la extubación del paciente, tal como lo dejó plasmado el médico perito.

Entonces, si el argumento de la parte actora es que la falla médica estuvo en la indebida e inoportuna extubacion del menor, y ello no se probó, según lo dicho por el médico perito, no hay relación causal entre tal hecho - la extubación - y la aparición del edema pulmonar neurogénico, causa eficiente de la muerte de Juan Camilo, razón por la cual, no está demostrada la negligencia médica.

IV. EL RECURSO INTERPUESTO.

Inconforme con la decisión, la parte actora interpuso recurso de apelación, aduciendo que existe prueba palpable de la negligencia médica, lo que falta es analizar en su integridad el acervo probatorio, especialmente el dictamen pericial.

Aduce, que desde un comienzo la demanda no se circunscribió al solo hecho de la extubación, pues, aunque ello se menciona, bien se sabe que es obligación de los operadores jurídicos interpretar en su integridad la demanda, y determinar así, que el fundamento del libelo introductorio es el

defectuoso o negligente procedimiento y tratamiento médico asistencial realizado al menor Juan Camilo García Díaz, lo cual condujo a su fallecimiento el día 19 de junio de 2010.

Hace énfasis el recurrente, en que la negligencia no tiene lugar solamente en la extubación, sino también desde el comienzo hasta el último minuto que se le prestó atención medica al menor, cuestión que se debe examinar.

Menciona, que el trauma cráneo encefálico tiene como primer impacto el sistema nervioso central y subsiguientemente el sistema nervioso parasimpático, al afectar éste, afecta la actividad cardiaca y pulmonar, es decir, todo trauma craneoencefálico, debido a las consecuencias, obliga a los médicos a ser supremamente cuidadosos y prevenidos para analizar minuciosamente la evolución del paciente, tan es así que los protocolos médicos obligan a que se haga un seguimiento cada hora dentro de las siguientes 6 horas, evaluando cualquier escala de valoración de coma y no la de gasglow que en éste caso en particular era la que menos se debía aplicar y pese a que se aplicó, no fue como lo establecen los protocolos.

Además, menciona que tampoco se diligenció en debida forma la historia clínica, pues no aparece anotación el monitoreo permanente la situación ameritada, lo que también demuestra responsabilidad de la demandada.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

1º. 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.

2°. 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 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)**

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.

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Civil. Sentencia del 26 de noviembre de 2010. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

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.

3°. En el caso en estudio, tenemos que los señores Olga Lucia Díaz Manios, José Durley García Cruz, este último actuando también en representación de los menores Andrés Fabián y María Paula García Núñez, demandaron a la clínica Medilaser S.A., con el propósito de que sea declarada responsable por la muerte de su hijo y hermano Juan Camilo García Díaz (q.e.p.d).

Se encamina entonces este estudio a establecer si se dan los elementos de la responsabilidad que se endilga a la demandada, bajo el entendido que el daño fue probado, pues el menor Juan Camilo García Díaz, nacido el 19 de septiembre de 1997 (fl. 10) y fallecido el 19 de junio de 2010 en la Clínica Medilaser. (fl. 11), era hijo de José Durley García Cruz y Olga Lucia Díaz Manios, y hermano de Andrés Fabián y María Paula García Núñez.

3.1. A partir de lo anterior, corresponde revisar la actuación médica desplegada por los galenos adscritos a la entidad demandada, sobre la humanidad del menor García Díaz, 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”.⁵ (Subrayado fuera de texto).

Del análisis realizado a la historia clínica del menor Juan Camilo García Díaz, aportada por la ESE Rafael Tovar Poveda y la Clínica Medilaser (Flio133 al 168), se tiene que fue remitido el día 18 de junio de 2010, por parte de la primera, del municipio de Curillo a Florencia, luego que fuera *“traído por familiares por presentar convulsión tónico-clónica generalizada posterior a caída de aproximadamente 2 metros. Ingres a inconsciente, vomitando, no responde llamado, se aspiran secreciones, oz por cánula a 2 litros, se administran 10mg midazolam im por resistencia del pte, se canaliza vena periférica para goteo epamin, a la exploración física se evidencia hematoma en cuero cabelludo, región tempoparietal derecha.. Se toma RX de cráneo que evidencia fractura temporal derecha, se procede a entubación orotraqueal, se ceda.. paciente con abundantes secreciones que son aspiradas, se remite en ambulancia medicalizada.”.*

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 17 de noviembre de 2011. M.P. William Namen.

La Clínica Medilaser, recibe al menor el 18 de junio de 2010 a las 11:42 a.m, quien fallece el 19 de junio de 2010 a las 12:30 a.m; por tanto, deben examinarse las actuaciones adelantadas por el cuerpo médico de la demandada, a fin de establecer si puede endilgársele responsabilidad por el deceso, que es el hecho dañoso que se alega. Veamos:

* El 18-06-2010, a las 11:52 am, ingresa el paciente remitido de Curillo, por trauma craneoencefálico, para valoración UCI y neurocirugía.

Se refiere que el niño había ingresado al Hospital de Curillo por haber presentado convulsión tonico-clonica posterior a caída desde un caballo, inconsciente, iniciaron manejo es traído por médico con intubación orotraqueal, pero no llega oxígeno de ninguna fuente ósea, oxígeno al 21% con movimientos espontáneos (falta sedación).

Igualmente, se anota que se conocía de la llegada del paciente en tales condiciones, razón por la que lo esperan en conjunto pediatra y neurocirujano para toma de tac y cirugía. Se ordenan paraclínicos y TAC, siendo trasladado a UCI pediátrica.

*18/06/2010, a las 12:15, se conecta menor a ventilador mecánico, se encuentra entubado, presentaba buena saturación, se anota que presenta fuga audible del TOT, lo cual se le indica a la pediatra, quien refiere que no se cambia TOT porque apenas despierte se extuba.

*18/06/2010, a las 12:40 pm, se procede a la interpretación del TAC, indicando que no se evidencia en el momento hemorragias – contusiones o colecciones intacaraneanas- sin edema cerebral (pag. 135).

Igualmente, se anotan las condiciones generales en que se encuentra el paciente, sin fracturas, sin deformidades óseas externas, sin fiebre, buena saturación, adecuada entrada de aire por ambos pulmones, hematoma temporo parietal derecho, sin heridas, se mantiene monitoreado. Se ordenan radiografías.

*18/06/2010, a las 1:53 pm, el paciente despierta, presenta emesis, se le realiza limpieza del tubo orotraqueal, obteniendo escasa cantidad de secreciones, se extuba, el paciente tolera sin complicaciones el procedimiento, se realizan micronebulizaciones con ampolla de adrenalina, se deja cánula nasal, y queda saturando 99%.

*18/06/2010, a las 3:26 P.M. Se efectúa valoración por NEUROCIRUGIA. DIAGNOSTICO 1: Trauma cráneo encefálico, Conmoción cerebral grado I, Convulsión postraumática. Refiere que los resultados del TAC, y estado actual, indica que se pasa a observación neurológica en UCI pediátrica, y que en el momento no hay indicación de neurocirugía.

*18-06-2010, a las 4:50,39 P.M. El paciente es revisado por pediatría, se encuentra dormido, libre de crisis convulsivas; sin deterioro respiratorio, tolerando adecuadamente extubación, se ordena vigilancia de hoja neurológica y control de laboratorios.

*18-06-2010, a las 8:13 p.m. El paciente es revisado por pediatría, quien lo encuentra al momento estable en condición cardiorrespiratoria, sin soporte inotrópico sin deterioro respiratorio, sin picos febriles al examen, con episodios de agitación sicomotora no déficit motor aparente, se prescribe haloperidol, continuo tratamiento.

*18-06-2010, a las 9:13 p.m. TERAPIA RESPIRATORIA. Se refiere el paciente en cama en posición supino, somnoliento, irritable, con oxígeno suplementario, dado por cánula nasal a 2L, sin dificultad respiratoria, con expansión torácica simétrica, con FC 105, SAT 98%.

*19-06-2010, a las 12:45 a.m. Se evidencia NOTA RETROSPECTIVA, en los siguientes términos: “Paciente que presenta episodio súbito de paro cardiorespiratorio presenciado, se asiste inmediatamente: se indica ventilación con presión positiva y se alista para intubación orotraqueal: intraoral: abundante salida de material espeso sanguinolento que impide visualización de cuerdas bucales: se aspira: se realiza intubación con tubo 6.5 con balón pasa sin

complicación, se fija se realizan maniobras de reanimación avanzada: según protocolo, masaje cardiaco externo + adrenalina intercalado, continúa salida de material arriba descrito, se sospecha edema pulmonar agudo se pasan dos bolos de furosemda. Se continúa asistencia por espacio de 20 minutos, entra en ritmo sinusal, pero a los minutos entra nuevamente en asistolia. No recupera pese a maniobra pupilas midriáticas plenas irreactivas, se declara muerte clínica, no hay claridad de evento súbito. No se administró medicación previa: los líquidos están basales.

*19-06-2010, a las 12:53 a.m. Se ordena Rx torax: por signos de edema pulmonar.

*19-06-2010, a la 1:11 a.m. se da aviso a medicina legal para elaboración de certificado de defunción. probable causa de muerte: edema pulmonar de causa neurogénica postraumática cráneoencefálica: hora de inicio de evento 12:05; hora de fallecimiento 12:19.

De lo anotado, se destaca que la fractura de cráneo, diagnosticada en un primer momento por la ESE Rafael Tovar de Curillo (fl. 179vto), fue descartada por el equipo médico de Clínica Medilaser, tal como se observa en los resultados de RX obrantes a folios 152-155, donde se encontró lesión por contragolpe, y hematoma subgaleal frontoparietal y temporal derecho, sin edema cerebral ni hemorragias – contusiones o colecciones intacaraneanas- (fl. 135).

Igualmente se observa, que la historia clínica no describe ningún inconveniente en la prestación del servicio durante las casi 13 horas que el menor estuvo internado, siendo atendido por especialista pediatra y neurocirujano, habiendo sido ingresado a cuidados intensivos, y realizando oportunamente los exámenes paraclínicos ordenados por los médicos tratantes.

Conforme el documento referido, el fallecimiento del menor Juan Camilo, se produce luego de un *súbito paro cardiorespiratorio*, el cual, a pesar de ser atendido inmediatamente, le provocó la muerte clínica.

3.2. Obra en el plenario el informe pericial de necropsia de Juan Camilo García Díaz, realizado por el Instituto de Medicina Legal, en el que se concluye: “2. *Las lesiones halladas en la cabeza, tanto externa como internamente, son compatibles con trauma contundente, de origen a determinar por investigación judicial.* 3. *La estrechez de los espacios intercunvolares y la hinchazón (edema) de los lóbulos frontal y temporal izquierdos, son compatibles con edema cerebral severo generalizado.* 4. *El desgarro presente en la circunvolución temporal inferior izquierda es compatible con efectos golpe-contragolpe (fuerza de cizallamiento), al recibir el impacto.* 5. *En su conjunto, todos estos fenómenos traumáticos le llevaron a falla neurológica aguda y severa que le produjeron el deceso. ... Causa básica de muerte: trauma craneoencefálico agudo y severo de origen a determinar por investigación judicial.*” (fl. 308 C.1).

3.3. También fue arrimado al plenario, dictamen pericial elaborado por la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional, en el que se da respuesta a una serie de preguntas formuladas por las partes respecto de la actuación médica en estudio, del cual se destaca lo siguiente: -afirma que los pacientes con trauma craneoencefálico se encuentran en grave riesgo de desarrollar edema cerebral y falla respiratoria, por tanto, la evaluación frecuente y seriada del estado neurológico en las fases tempranas es vital y clave, - que en la historia clínica se echan de menos anotaciones respecto de controles continuados de GCS, tamaño de pupilas y reactividad a la luz, - no se observa reporte de gases sanguíneos, elemento de diagnóstico importante en pacientes con TCE, -el paro cardiorespiratorio es un síndrome clínico caracterizado por el comienzo agudo de edema pulmonar después de una lesión significativa del sistema nervioso central, especialmente TCE, - las decisión de entubación o

extubación en los pacientes con TCE, se basa en el juicio clínico y parámetros de destete de ventilador, estos últimos no son claros en la historia clínica, y -que la escala de coma Glasgow, es una herramienta usada para clasificación de TCE, la cual no es clara en el paciente en la nota de evolución médica.

3.4. En su declaración, el pediatra Gregorio Alfredo Sierra, refiere que el menor fue recibido por la clínica por ser el único centro de cuidado crítico pediátrico en todo el departamento del Caquetá; al preguntarle si hubo negligencia en el manejo médico, porque el menor convulsionaba, y se debía proteger la vía aérea con intubación, el galeno respondió: *“Me parece muy temeraria esa aseveración y muy simplista dicho concepto final. Revisé exhaustivamente la historia clínica donde en ningún momento se advierte omisión, negligencia e impericia. El paciente ingresa al servicio de urgencias hacia el medio día, en condiciones inadecuadas de transporte, con información poco clara de evento como se puede ver en nota de remisión. Fue atendido inmediatamente por médico de urgencias y pediatra de turno (Dra Portilla). Si bien es cierto que llegó entubado el sistema de oxigenación que recibió el menor no era la más adecuada como se puede verificar en nota de ingreso (sostenido por oxígeno al medio ambiente) con saturación por encima del 95%, con constantes vitales dentro de parámetros aceptables y con adecuado patrón o excursión torácica. Moviliza espontaneo extremidades y sin alteración pupilar. Lo cual hacia inferir que no existía daño cerebral severo, no obstante se toma tomografía de cráneo. Fue valorado inmediatamente por neurocirujano de turno y no se encuentran signos de edema cerebral o patologías susceptibles de manejo quirúrgico en común acuerdo con pediatría se decide vigilar patrón neurológico para realizar extubación programada una vez cese efecto residual de agente farmacológico suministrado en primer nivel para sedación (El cual se utilizó para realizar sedación por médico general de primer nivel. “Sedación difícil por agitación del paciente, se coloca 10mg de midazonal mas 750 mg de fenitoina lo que*

equivale a 21 mg por kilo dosis máxima de impregnación”). En la clínica Medilaser también se indicó dosis de sedoanalgesia para poder realizar estudio imagenológico. Se indica dosis de antagonista de opio de tipo naloxona para revertir efecto residual farmacológico. Y objetivar de una forma mas clara la real condición neurológica del paciente (Estado de conciencia). El paciente presenta mejoría neurológica notoria, como puede advertirse en nota evolutiva de la historia clínica. Nota de las 14 horas doctora Portilla (6 horas pos trauma) paciente estable hemo dinámicamente con saturación del 100% con oxígeno por cánula a mínima flujo. Con adecuado patrón respiratorio. Neurológico Glasgow 13-14/15. Siendo 15 el nivel óptimo en la escala de la valoración del estado de conciencia. Se decide realizar extubación programada en base a: Ausencia de lesión intracraneana evidente en base a evolución clínica y estudio de imagenológico soportado (por neurocirujano y radiólogo) estabilidad cardihemodinámica, recuperación neurológico progresiva, ausencia de alteración respiratoria que obligase a sostenimiento de via aérea artificial. Se realizó procedimiento de extubación sin ninguna complicación. Favor remitirse a guía de manejos universales de manejo craneoencefálico. La convulsión per-se, no es una condición sine qua non, para entubación intracraneal”; luego, al indagarle sobre cuál fue la causa de la muerte del menor, contestó: “El paciente si bien es cierto que se encontraba estable. Esto no quiere decir que ni garantiza que sea susceptible a complicaciones agudas predicables o imprevisible en el contexto de un trauma craneoencefálico. Por lo cual se continúa manejo en cuidado crítico bajo monitoreo continua y observancia estricta. Como puede verificarse en estudio imagenológicos bioquímicos y evoluciones médicas realizadas. En horas de la noche a las 20:13 horas, nota evolutiva por mi realizada no se encuentra deterioro neurológico ni respiratorio. No hay déficit motor aparente. Hacia la media noche el paciente presenta un episodio súbito de paro cardiorrespiratorio presenciado, el cual fue asistido inmediatamente y se alista para entubación orotraqueal, se observa salida de material espumoso sanguinolento abundante que impide visualización de las

cuerdas bucales, se realiza maniobras de reanimación de cerebro cardiopulmonar avanzada por espacio de más de 20 minutos logrando ritmo sinozal, pero en 5 minutos entra nuevamente en asistolia y no lográndose su recuperación. Se considera un edema pulmonar agudo fulminante de causa neurogénica imprevisible y fatal dicha entidad está ampliamente descrita en la literatura y que se caracteriza por el desarrollo de edema pulmonar poco después de una injuria del sistema nervioso central con una elevada morbi mortalidad, ese es mi apreciación de la causa del desenlace fatal de menor, como se puede comprobar en la historia clínica. Se notificó a medicina legal dado a que fue una muerte traumática para el correspondiente levantamiento y estudio neupatológico según normatividad” (subrayados fuera de texto), finalmente destaca que durante las 12 horas de tratamiento no se presentaron cuadros convulsivos, al igual que el menor toleró el procedimiento de extubación y no tuvo ninguna complicación directa, pues de continuar sometido a respiración artificial, sin una necesidad que lo ameritara, se hubieran podido presentar riesgos como daño pulmonar severo e infecciones.

3.5. A más de lo anterior, se recibieron los interrogatorios de Olga Lucia Díaz, José Durley García, el representante legal de Clínica Medilaser, y de aseguradora Colseguros S.A., quienes se refirieron, a los hechos y dieron su versión sobre la atención brindada por la clínica, resaltándose que los demandantes indicaron que faltó humanidad en la atención por parte de los médicos y que un médico amigo les dijo que la falla estuvo en extubar al menor.

3.6. Del examen íntegro de las pruebas referidas, se deduce que respecto de la actuación desplegada por el equipo médico de clínica Medilaser, el único cuestionamiento sólido que obra en autos, es el contenido en el dictamen pericial efectuado por la Universidad Nacional, consistente en que se evidencia falta de claridad en algunas anotaciones de la historia clínica.

Por lo demás, no hay ninguna evidencia de que alguna acción u omisión por parte de los médicos tratantes de Juan Camilo García Díaz (q.e.p.d), fuera causa eficiente de su deceso, antes bien, lo que aparece claro, es que “*súbitamente*”, es decir, inesperada, repentina o intempestivamente, el menor presentó un paro cardiorespiratorio, el cual, a pesar de ser atendido “*inmediatamente*”, le causó la muerte.

En relación con la ocurrencia de paro cardiorespiratorio en casos de trauma cráneo encefálico, que fue el diagnóstico del menor y el motivo de su ingreso hospitalario, explica la experticia que “*es compatible con edema pulmonar neurogénico, entidad que es un síntoma clínico caracterizado por el comienzo agudo de edema pulmonar después de una lesión significativa del sistema nervioso central, especialmente TCE*” (fl. 329 C.1).

Quiere decir lo anterior, que el paro cardiorespiratorio está asociado a la patología estudiada, razón por la cual correspondía demostrar, o que el tratamiento dado por la demandada a dicho paro no fue el correcto o adecuado, según lo indica la *lex artis*, o que la actuación médica fue tan descuidada que llevó a la ocurrencia de dicho paro cardiorespiratorio.

Resáltese que en la demanda se enfoca la presunta negligencia médica, en el hecho de haber extubado al menor, mientras que, en el recurso de apelación, al ser interpuesto y luego en su sustentación, se refiere la falta de diligencia en toda la actuación médica, especialmente aplicar solamente la escala de valoración de coma de gasglow, además del incompleto diligenciamiento de la historia clínica.

No obstante lo anterior, como se ha dicho, no hay prueba en autos que acredite que fue errónea la extubación de Juan Camilo, y menos que ello le haya causado la muerte, pues según se indica en el dictamen “*la*

decisión de intubación o extubación en los pacientes con TCE se basa en el juicio clínico y parámetros de destete de ventilador... en la historia clínica no se encuentran datos suficientes que permitan tomar conclusiones para responder de manera clara y exacta la pregunta”; de la misma forma, no aparece acreditado que la evaluación u observación del paciente haya sido descuidada, máxime que de las notas de evolución se extrae que el paciente fue permanentemente monitoreado y observado desde las 11:52 del 18 de junio de 2010 que fue su ingreso, encontrándose estados de evolución cada hora y media aproximadamente, con lo cual tampoco puede afirmarse que la historia clínica está incompleta o que hubo errores en su diligenciamiento.

Así las cosas, y tal como se ha indicado, no obran en el plenario pruebas certeras o suficientes que lleven a concluir que hubo una indebida práctica médica en el caso en estudio, razón por la cual, al no configurarse los elementos constitutivos de la responsabilidad médica, habrá de prohiarse la sentencia de primera instancia, condenando en costas a la parte demandante, de conformidad con lo previsto en el art. 365 numeral 3º del C.G.P.

VI. DECISIÓN.

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,

VII. RESUELVE.

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha y procedencia mencionada, conforme lo aquí expuesto

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante. Por la Magistrada Ponente, se fijan como agencias en derecho en esta instancia, la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

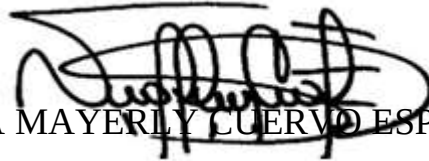
TERCERO: En firme la presente determinación, por secretaria devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

Fallo discutido y aprobado mediante sesión de Sala, conforme al acta No.56 de esta misma fecha.

Los Magistrados,



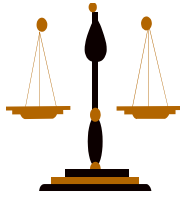
DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO



NURIA MAYERLY CUERVO ESPINOSA



MARIO GARCÍA IBATÁ



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

Florencia, treinta y uno (31) de agosto del año de 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 proferida el 08 de setiembre de 2015, por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Florencia Caquetá, dentro del asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1. Mediante apoderado judicial, las señoras **Nohora y Cenelia Montes Cárdenas** actuando en nombre propio y en representación de cada una de sus menores hijas, **Laura Daniela Ramos Montes y Laura Andrea Mogollón Montes** respectivamente, promovieron demanda ordinaria de responsabilidad civil en contra de **Saludcoop Clínica Santa Isabel Ltda., y Saludcoop EPS**, con el fin de que sean declaradas extracontractual, patrimonial y solidariamente responsables por los perjuicios a ellas causados con ocasión de la muerte de su progenitora y abuela Zoila Rosa Cárdenas de Montes, ocurrida el 6 de agosto de 2011, por la deficiente prestación de los servicios médicos requeridos. En consecuencia, que se condene a las demandadas al pago de perjuicios morales en cuantía de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada una, y 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada una de las hijas, Nohora y Cenelia Montes Cárdenas, por daño a la vida de relación.

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

- Que Zoila Rosa Cárdenas de Montes (q.e.p.d.) es la madre de Nohora y Cenelia Cárdenas Montes, quienes a su vez, son las progenitoras de Laura Daniela Ramos Montes y Laura Andrea Mogollón Montes, respectivamente.

- El 16 de julio de 2011 Zoila Rosa, afiliada a Saludcoop EPS, ingresó a la Clínica Santa Isabel Ltda, padeciendo dolores a nivel del epigastrio y vómito persistente, siendo internada en dicha institución. Durante su estancia en la clínica tuvo varios diagnósticos: - El 17 de julio el médico Jorge Enrique Cubillo Mariño le diagnosticó “*estupor, equimosis frontal palpebral y orbitaria izquierda, equimosis supratrocanterea izquierda*”. - El 19 de julio, Zoila Rosa presentó “*emesis*” en repetidas ocasiones y se le diagnosticó “*demencia en la enfermedad alzheimer no especificada*”. - El 22 de julio se le diagnosticó “*gastritis aguda, mallory weiss*”. - El 24 de julio el médico Cubillo Mariño le diagnosticó “*diabetes mellitus no insulino dependiente sin mención de complicación*” ordenando manejo ambulatorio.

- Desde el 16 de julio al 24 del mismo mes, a la señora Zoila Rosa se le suministró en repetidas ocasiones ranitidina por 50 mg, dipirona sódica por 1gr, cloruro de sodio (SSN 0.9%), betametil digoxina por 0.2 mg, metoclopramida clorhidrato por 5 mg/ml, dimenhidrinato por 50 mg, furosemida por 10 mg/ml, omeprazol por 20 mg.

-El 1 de agosto de 2011 Zoila Rosa Cárdenas de Montes (q.e.p.d.) es nuevamente ingresada a la Clínica Santa Isabel Ltda., teniendo como diagnóstico: “*reflujo gastroesofágico con esofagitis*”, por tanto el médico tratante ordenó valoración por gastroenterología.

- La dilación en la toma del examen generó que su hija Nohora se quejara por escrito de tal negligencia, pues la salud de su madre empeoraba y sólo hasta el 3 de agosto se realizó dicha valoración por gastroenterólogo con diagnóstico *“úlceras de origen medicamentoso en tercio medio e inferior del esófago con intolerancia a vía oral con contraindicación a alimentación por sonda”* en el que el especialista recomienda el plan: Milpax 10 cc cada 4 horas vía oral, Glucerna 6 cucharadas en 250 cc de agua 3 veces al día, Omeprazol endovenoso e ampollas y el resto de manejo igual.

- Expresan que los medicamentos anteriores cuya finalidad era la adecuada alimentación de la paciente y controlar el dolor generado por la úlcera en el esófago, nunca le fueron suministrados, pues las demandadas dilataron los trámites administrativos para obtenerlos y solo llegaron a la farmacia de la institución el 8 de agosto de 2011.

- El 4 de agosto el diagnóstico principal fue *“enfermedad del reflujo gastroesofágico con esofagitis”* y se ordenó *“nutrición especializada para paciente con intolerancia lata diaria por 20 días a la glucosa polvo oral lata por 400 g”*.

- El 5 de agosto, Nohora radicó por escrito nueva queja dirigida al coordinador médico de la Clínica Santa Isabel, debido a que los medicamentos ordenados no le habían sido suministrados a su señora madre.

- El 5 y 6 de 2011 Zoila Rosa presentó problemas respiratorios y el médico Jorge Enrique Cubillos Mariño informó a sus familiares, la condición de disfunción orgánica múltiple no recuperable de la paciente.

- Desde el 30 de julio de 2011 hasta el 6 de agosto del mismo año, Zoila Rosa no recibió alimentación alguna, pues los medicamentos y la nutrición especializada llegaron a la clínica el 8 de agosto, después de su fallecimiento.

- El 6 de agosto de 2011 Zoila Rosa Cárdenas de Montes falleció por muerte natural secundaria a proceso pulmonar en tratamiento por medicina interna.

- El 18 de agosto de 2011, Nohora Montes solicitó al coordinador médico de la clínica, que informara las razones por las cuales a su madre no se le suministró el tratamiento ordenado por gastroenterología.

- Mediante oficio del 22 de agosto de 2011, el coordinador auditor de Saludcoop Clínica Santa Isabel en respuesta a reclamación del 5 de agosto, señaló que no era cierta la existencia de dilaciones en la realización del examen por gastroenterología, pues el mismo día (3 de agosto) que se ordenó, se practicó.

- Mediante oficio del 24 de agosto de 2011, la química farmacéutica Saludcoop Clínica Santa Isabel manifestó que los medicamentos ordenados el día 3 de agosto por el gastroenterólogo, fueron solicitados a farmacia el 5 de agosto de 2011 y recibidos el 8 de agosto del mismo año.

- Por medio de oficio del 25 de agosto de 2011 el coordinador auditor médico de Saludcoop Clínica Santa Isabel, manifestó que los tratamientos ordenados por el especialista en gastroenterología no fueron suministrados porque no se encontraban en el plan obligatorio de salud (POS); y que la demora en la entrega se ocasionó a que el especialista no los ingresó al sistema, pues entregó la fórmula manualmente, y que inmediatamente se recibió la fórmula manual, se inició el conducto regular para la obtención de los medicamentos, los cuales se recibieron el 8 de agosto de 2011.

- Sostienen que a pesar de tratarse de los mismos síntomas desde el 16 de julio de 2011, solo hasta el 1 de agosto fue ordenada valoración por

gastroenterología, la cual se practicó 2 días después, especialidad que ordenó un tratamiento que nunca fue suministrado a Zoila Rosa.

II. TRÁMITE PROCESAL

El asunto correspondió por reparto la Juzgado Segundo Civil del Circuito de esta ciudad, el cual admitió la demanda mediante auto del 11 de julio de 2014, ordenando la notificación de las demandadas.

En el término correspondiente, contestaron la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, Saludcoop Clínica Santa Isabel Ltda., formuló como excepciones de mérito: *“Inexistencia de la conducta culposa o hecho generador de parte de Saludcoop Clínica Santa Isabel Ltda.”*, *“responsabilidad médica y obligaciones de medio”*, *“inexistencia de nexo causal por caso fortuito fuerza mayor”* y *“la genérica”*; y Saludcoop EPS – en intervención, excepcionó: *“inexistencia de conducta culposa de parte de Saludcoop EPS en su calidad de entidad promotora de salud por inexistencia de la función de prestar el servicio de salud de manera directa y material”*, *“ausencia de responsabilidad de Saludcoop EPS por el cabal cumplimiento de sus funciones”*, *“inexistencia de solidaridad entre Saludcoop EPS y la institución prestadora de servicios de salud (IPS)”*, *“inexistencia de nexo causal por caso fortuito fuerza mayor”* y la *“genérica”*.

Posteriormente se citó a la audiencia de que trataba el art. 430 del C.P.C., se decretaron y practicaron las pruebas oportunamente solicitadas, se corrió traslado para los alegatos finales.

III. LA SENTENCIA

Mediante providencia de 8 de septiembre de 2015, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Florencia, declaró probada la excepción de *“inexistencia de*

conducta culposa o hecho generador de parte de Saludcoop Clínica Santa Isabel Limitada en la atención prestada la paciente Zoila Rosa Cárdenas de Montes en la Clínica Saludcoop EPS”, y en consecuencia denegó las pretensiones de la demanda, 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.

Refirió que no hay discusión en cuanto al daño ocasionado a las demandantes, pues a través del registro civil de defunción se probó que la señora Zoila Rosa Montes de Cárdenas falleció el 6 de agosto de 2011. En igual sentido, también quedó acreditado que la mencionada señora tenía la calidad de afiliada de SALUDCOOP EPS, y que dicha EPS tenía una relación contractual con la Clínica Santa Isabel Ltda, donde según la epicrisis estaba siendo atendida dicha paciente, al momento de su deceso.

Ahora, en cuanto a la prestación del servicio médico que adujo la parte actora fue de mala calidad, demorado y omisiva, encontró que ello no fue demostrado, pues la historia clínica, los testimonios, los interrogatorios y la declaración del médico Jorge Enrique Cubillos, permiten concluir que la señora Zoila Rosa murió como consecuencia de una falla multisistémica debido a múltiples enfermedades que la aquejaban por su edad.

Por el contrario, indicó el a-quo, la paciente recibió atención médica especializada, la cual fue oportuna, y se le suministraron los tratamientos ordenados, por lo que hubo un adecuado ejercicio de la función médica, no pudiendo endilgarse su deceso a una falla en la prestación del servicio de salud.

IV. EL RECURSO INTERPUESTO

Inconforme con lo decidido, la parte demandante interpuso recurso de apelación, el que fue sustentado de la siguiente forma, por cada uno de sus apoderados judiciales:

>El apoderado de la señora Cenelia Montes Cárdenas y de su menor hija Laura Andrea Mogollón Montes, adujo que fue deficiente la valoración probatoria, porque las pruebas existentes en el plenario, si dan cuenta de la culpa y error en la conducta de los médicos, ya que quedó claro que se desconocieron los derechos del paciente, hubo deficiente prestación de los servicios médicos, no hubo diagnóstico ni tratamiento acertado desde que se recibió la paciente, se dilataron los exámenes, y los exámenes efectuados no eran los adecuados para establecer la enfermedad a nivel del epigastrio de Zoila Rosa.

>A su turno el abogado de la señora Nohora Montes Cárdenas y de su menor hija Laura Daniela Ramos Montes, manifestó que la señora Zoila Rosa era una paciente que requería de tratamiento especial inmediato por presentar multiplicidad de patologías y que la atención en nutrición era necesaria, cuestión que no se dio, sometiéndola a procedimientos inadecuados y que vulneraron sus derechos.

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, 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 salud (cuando asume un carácter preventivo o profiláctico), o a mejorar su aspecto estético⁴.

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

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.

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Civil. Sentencia del 26 de noviembre de 2010. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

responsabilidad, ellos son: **el daño, la culpabilidad y el nexo causal entre los dos anteriores.**

Es así, que frente a los deberes relativos al acto médico, enseña el precedente de la Corte Suprema de Justicia, lo siguiente⁵: *“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 las causas de la enfermedad o en la naturaleza misma de ésta, ora porque a consecuencia de aquello 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”.*

5.4. Desde esta óptica, tenemos que en este caso, las señoras Nohora y Cenelia Montes Cárdenas, actuando en nombre propio y en representación de sus menores hijas, Laura Daniela Ramos Montes y Laura Andrea Mogollón Montes respectivamente, demandan a Saludcoop Clínica Santa Isabel Ltda., y a Saludcoop EPS, con el propósito de que sean declaradas solidariamente responsables por los perjuicios a ellas ocasionados como consecuencia del fallecimiento de Zoila Rosa Cárdenas de Montes, ocurrido el 6 de agosto de 2011, por la presunta demora en la valoración de la paciente por la especialidad

⁵ CSJ, Civil. SC15746-2014.

de gastroenterología, como también por el no suministro de los medicamentos formulados por el gastroenterólogo.

El Juzgado de conocimiento, denegó las pretensiones de la demanda, por considerar que no se demostró culpa alguna en la actuación de los galenos a cargo de la atención de la señora Zoila Rosa Cárdenas de Montes, conclusión frente a la cual manifestaron su inconformidad las demandantes, indicando que la referida paciente requería un tratamiento especial, que no le fue brindado.

5.5. Se encamina entonces este estudio a establecer, con fundamento en el caudal probatorio recaudado, si se dan los elementos de la responsabilidad que se endilga a las demandadas, considerando que se encuentra probada la muerte de la señora Zoila Rosa Cárdenas de Montes el día 6 de agosto de 2011, cuando se encontraba recibiendo atención médica por parte de Saludcoop Clínica Santa Isabel Ltda.

Para el efecto, corresponde en primera medida revisar la actuación médica que involucró a la señora Zoila Rosa, 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).⁶

Del examen de la historia clínica aportada, se observa que la señora Zoila Rosa Cárdenas, reportaba desde junio de 2006 (Fl. 96), diagnóstico de hipertensión y diabetes, por lo que estuvo en control permanente de dichas enfermedades. Asimismo, se refieren desde la misma fecha, inconvenientes de vértigo senil (Fl. 107), y episodios de pérdida del sentido y desmayos (Fls. 113, 114 y 133), además, en varias oportunidades desde junio de 2005 (fl. 97), presentó trastornos de ansiedad y depresión.

En el año 2008 fue operada de la vesícula biliar (fl. 122 y 143), y en marzo de 2011 sufrió fractura de fémur debido a caída relacionada con un accidente vascular encefálico, que le generó episodio súbito de lenguaje incoherente, el cual fue diagnosticado como trombosis venosa, además que padecía de insuficiencia renal crónica (Fl. 171) y en repetidas ocasiones presentó infecciones urinarias.

También, desde agosto 4 de 2005, presentaba problemas de gastritis (fl. 99), los cuales eran recurrentes, tal como aparece a folio 113 y 114, entre otros, donde se registraron problemas de epigastria; el 7 de noviembre de 2008 se le practicó una endoscopia, debido a una gastritis crónica; como también fue atendida por esta misma enfermedad el 16 de julio de 2011 al 24 del mismo mes

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 17 de noviembre de 2011. M.P. William Namén.

y año, con reincidencia el 1 de agosto de 2011 hasta el 6 de agosto, fecha en que falleció.

De las atenciones de julio de 2011, se destaca que desde su ingreso, esto es, el 16 de julio, fue atendida por medicina interna y de acuerdo a su evolución, su primer diagnóstico fue *“delirio no especificado”*; el 17 de julio presentaba vómito y su diagnóstico varió a *“estupor”*; el 18 de julio presentó mejoría clínica y el diagnóstico fue el mismo; pero el 19 de julio, su diagnóstico varió a *“demencia en la enfermedad de alzheimer, no especificada”*; el día 20 de julio tuvo un nuevo diagnóstico, el cual fue *“otros vértigos periféricos”*, el que también varió el 22 de julio a *“gastritis aguda, mallory weiss”* con orden de salida y manejo ambulatorio el 24 de julio, con diagnóstico *“diabetes mellitus no insulino dependiente sin mención de complicación”* (fls. 12 al 14).

Durante dicho periodo de atención médica, se le suministraron los siguientes medicamentos: cloruro de sodio, dipirona sódica, metoclopramida, ranitidina, midazolman clorhidrato, betametil digoxina, dimenhidrinato, furosemida y omeprazol en múltiples oportunidades (Fls. 15 al 36); igualmente se le practicaron exámenes de creatinina, cuadro hemático, de glucosa, parcial de orina, ionograma; tomografía de cráneo, electrocardiograma, además consulta por neurología (Fls. 37 al 43)

Las notas de enfermería de dicha estadía (Fls. 44 a 52), dan cuenta que a su ingreso se consideró su diagnóstico de gastritis más hipertensión arterial alta y diabetes mellitus; que ese mismo día presentó síntomas de delirio; que el 17 de julio su diagnóstico fue estupor con equimosis en la frente; que el 18 de julio se le realizó TAC de cráneo en CEDIM; que el 19 de julio reportó malas condiciones generales y se le diagnosticó Alzheimer; que el 22 de julio presentó dolor gástrico con el mismo diagnóstico de alzheimer, y el día 24 del mismo mes, fue dada de alta; así como que en dicha instancia estuvo bajo catéter intravenoso y con venoclisis (Fls. 50 a 52).

Se tiene igualmente, que en esa ocasión, la paciente acudió al servicio médico por tener “*vómito varias veces al día, dolor de epigastrio y pérdida del apetito*” (Fl. 53).

Ahora bien, de la atención prestada entre el 1º y 6 de agosto de 2011 (fls. 59 a 61), se resalta que a su ingreso el diagnóstico fue “*enfermedad de reflujo gastroesofágico con esofagitis*”, siendo valorada por medicina interna; el día siguiente -2 de agosto-, el análisis de su médico internista tratante fue “*a concepto gastroenterología*”; que el día 3 de agosto, gastroenterología reportó luego del examen, “*úlceras de origen medicamentoso en tercio medio e inferior del esófago*”, y como plan determinó “*milpax 10 cc cada 4 horas vía oral, glucerna 6 cucharadas en 250 cc de agua 3 veces al día, omeprazol endovenoso 2 ampollas Ev directas y luego perfusión continua a 8 mg por hora y resto de manejo igual*”; que el día 5 de agosto se le realizaron “*cultivos e inicio de antibióticos*” con diagnóstico “*enfermedad de reflujo gastroesofágico con esofagitis*”; el 6 de agosto a primera hora se le realizó terapia respiratoria con diagnóstico “*otros trastornos respiratorios especificados*”, a las 11:58 presentó “*insuficiencia ventricular izquierda*” y se “*explicó condición de disfunción orgánica múltiple no recuperable a acudientes*”, teniendo, una hora más tarde, paro cardio-respiratorio, reportándose que fallece por muerte natural secundaria a proceso pulmonar.

Durante la mencionadas atenciones médicas, se le suministró cloruro de sodio, hioscina butilbromuro, ranitidina, tramadol, acetaminofén, clonidina clorhidrato, aluminio hidróxido + magnesio + simeticona, omeprazol, ampicilina, adrenalina epinefrina, dipirona sódica, hidrocloridato, furosemida en repetidas ocasiones (fls. 63 a 78); y como ayudas diagnósticas y terapéuticas se le aportó oxígeno, servicio de ambulancia, glucosa, fosfatasa, troponina, dieta hiposdica e hipoglúida, dietas líquidas, enemas jabonosos, interconsulta con gastroenterología, asistencia intrahospitalaria por terapia respiratoria, se le

practicaron exámenes de creatinina, cuadro hemático, hemocultivo, urocultivo, y 2 electrocardiogramas (Fls. 79 a 87).

Las notas de enfermería reportan a su ingreso el 1 de agosto, diagnóstico de “*diabetes mellitus descompensada, dolor abdominal no especificado*”, al día siguiente éste refiere “*diabetes + hipertensión arterial + esofagitis*” el cual no cambia para el día 4 de agosto; el 5 de agosto, el examen glucométrico arrojó resultado de 286, con tolerancia de alimentación asistida; el 6 de agosto, a primera hora presentó dificultad respiratoria, a las 11:50 presentó falla multiorgánica y a las 12pm, presenta falla respiratoria con falla multiorgánica y sufre paro cardiorespiratorio y fallece (Fls. 88 a 92). En dicha estancia de internación médica, estuvo con catéter intravenoso, venoclisis, humidificador de oxígeno, cánula nasal para oxígeno y con sonda de succión y con electrodos pregelados.

Obra también en el plenario, el testimonio rendido por el médico gastroenterólogo **Guido Alberto Cabal Pérez**, perteneciente al equipo médico de especialistas de la red externa de Saludcoop EPS, quien atendió a la paciente en repetidas ocasiones y en especial el día 3 de agosto de 2011, y que además, fue el médico que ordenó el tratamiento no suministrado a la paciente días antes de su fallecimiento.

En su testimonio el Dr. Guido, aclaró que un paciente de urgencia por gastroenterología es aquel que presenta sangrado o cuando ha ingerido un cuerpo extraño; que la señora Zoila, no era una paciente agudamente enferma; que su atención por interconsulta no era un caso letal o grave, que la interconsulta por esofagitis y gastritis tranquilamente podría demorarse 7 o 10 días, sin que eso afectara su salud y mucho menos fuera determinante de su muerte; además explicó que a través de la venoclisis, los médicos administran en sus pacientes los suplementos y líquidos necesarios para sobrevivir, y que por ello, es imposible que un paciente que esté soportado por venoclisis fallezca por

inanición o por dejar de ingerir alimentos durante 3 días; expresó que las dolencias digestivas de la paciente no tuvieron injerencia, ni fueron determinantes en su fallecimiento, que la causa de muerte radicaba en su edad y las múltiples comorbilidades, pues presentaba insuficiencia renal y respiratoria, alzheimer, demencia senil y otras; expuso que la paciente para tratar su patología no requería medicamentos por fuera del POS, pues básicamente con omeprazol y ranitidina era suficiente para el tratamiento de su enfermedad, que ordenó medicamentos fuera del POS por presión de sus familiares, pero que los suministrados por la Clínica Santa Isabel fueron idóneos y adecuados para dicha patología.

Refirió de la misma forma, que la condición de adulto mayor no exigía un tratamiento diferente para la paciente, y que el acto endoscopio en su caso no implicaba una urgencia; que en su caso lo más indicado por la úlcera en su estómago era suspender su alimentación por vía oral, y hacerlo por la vena, tal como se hizo, pues un paciente administrándole líquidos, electrolitos, antibióticos, inhibidores de ácido, se le puede mantener durante 7 días sin presentar ningún problema de desnutrición; fue enfático en manifestar que si el paciente tiene soporte endovenoso, no existía requerimiento urgente de la administración de los medicamentos (glucerna y milpax) por él ordenados a la señora Zoila y que su ausencia, no incidía ni en la gravedad o en la curación inmediata de la paciente; en tal sentido, no había ningún problema en suministrárselo unos días después, pues su suministro no cambiaría el curso de su enfermedad; aclaró que la glucerna es un suplemento alimentario para tratar de mejorar la ingesta calórica de pacientes diabéticos, en tal sentido, su uso no se requería con urgencia, porque al paciente diabético hospitalizado se le controla la glicemia mediante la pauta móvil de insulina. Finalmente dijo que la valoración por gastroenterología y el examen de endoscopia no es terapéutica; pues es simplemente una ayuda diagnóstica; y que dado el caso del cuadro clínico de la paciente, que tenía tantos sistemas afectados (comorbilidad), era más importante que realizarle una endoscopia, darle soporte médico vital, el cual

se le suministró en el servicio de urgencias y hospitalización, consistente por vía endovenosa, controlarle el azúcar, la insuficiencia renal y darle el soporte médico que se le brindó; asimismo expuso que en el comercio existen numerosos productos que tienen el mismo efecto; existe un inhibidor de ácido como omeprazol o esomeprazol, un inhibidor de álcali, como milpax o milanta, todos ellos cumplen el mismo objetivo, que independientemente de la marca o el laboratorio, cumplen el mismo remedio.

Por su parte el Doctor **Jorge Enrique Cubillos Mariño**, especialista en medicina interna, expresó que desde el ingreso de la paciente se trabajó como hipótesis la disfunción digestiva, y sobre esa base, se realizó apoyo farmacológico con medicamentos de protección del organismo frente a tal alteración digestiva; que el apoyo por gastroenterología es un recurso adicional, que no significa que no se le hubiera dado la protección de las alteraciones digestivas que presentaba la paciente, además, que la inmediatez de ese apoyo, no condicionaba la función de los órganos vitales de la paciente.

Explicó que la paciente estaba en un estado catabólico, consistente en que el organismo no tiene la capacidad de utilizar en debida forma las sustancias que forman parte de los nutrientes, pues no tenía la capacidad de asimilar lo que se le diera, entrando en una dinámica de pérdida de tejidos necesarios para una buena función de sus órganos; que dicha condición catabólica es un estado final de cualquier organismo, que para el caso de la paciente estaba enmarcado por su edad, su condición, sus alteraciones previas y otras actividades de otros sistemas orgánicos; afirmó que la muerte obedeció a problemas respiratorios, pues la paciente registraba 7 o 8 condiciones de falla orgánicas muy severas, anteriores a la primera hospitalización, pues era una paciente con diabetes de larga duración, y tal connotación acelera el deterioro de pérdidas de funciones del organismos, como la insuficiencia renal severa que venía presentando, y que la falla en los riñones, es determinante para que el organismo pierda capacidad de actividad celular a todo nivel y funciones celulares en todos los tejidos, haciendo

que éstos pierdan capacidad para funcionar; lo que significa que las células pierden las funciones de asimilar y procesar energía, sintetizar transmisores, generar sustancias que repongan otras células, duplicarse como células.

Además indicó que la paciente era hipertensa, es decir, que traía de base un daño acelerado en la circulación de todo su organismo, reflejado en las disfunciones neurológicas previas por consulta externa; que había evidencias de múltiples evidencias de fallas de tejidos de manera previa, como daños óseos, pérdida de continencia, documentando, una condición precaria de capacidad del organismo para recuperarse y para sostenerse; y que precisamente la disfunción digestiva son eventos finales de la suma de todas las fallas del sistema orgánico, y que cuando el organismo pierde la capacidad de sus funciones básicas, pierde la capacidad de regulación respiratoria; siendo ésta la vía final común cuando el organismo ha perdido su capacidad de función vital.

Se escuchó igualmente el testimonio de **Nohora Elena Méndez Artunduaga y Ernestina Muñoz Calderón**, quienes expresaron que conocen a las demandantes y a Zoila Rosa desde hace mucho tiempo y tuvieron conocimiento de su enfermedad, sufría de diabetes, además dieron cuenta de los sufrimientos morales sufridos por Nohora y Cenelia, sobre todo por la impotencia de no lograr que su madre fuera atendida de una mejor manera; así como de su aflicción y congoja de parte de aquellas por la pérdida de su mamá.

5.6. Del análisis de los medios de prueba referidos, se tiene que la muerte de la señora Zoila Rosa Cárdenas de Montes ocurrió el 6 de agosto de 2011, en las instalaciones de la Clínica Santa Isabel Ltda., cuando recibía atención médica hospitalaria.

Según pudo establecerse, el ingreso a la Clínica se presentó porque tenía problemas en su sistema digestivo, pero con el pasar de los días tuvo

complicaciones respiratorias, que desencadenaron un paro cardio-respiratorio que cegó su vida.

No existe duda, en cuanto que dichas circunstancias, generaron en sus hijas y nietas, sentimientos de angustia, preocupación, congoja y tristeza, lo que corresponde al hecho dañoso que se reclama, sin embargo, no se encuentra probado en autos que la actuación del equipo médico que atendió a la señora Zoila Rosa en la Clínica Santa Isabel, se hubiera apartado de la *lex artis*, y ello tuviera relación de causalidad con el mentado perjuicio.

En efecto, del examen de la historia clínica y lo dicho por los galenos Cabal Pérez –médico gastroenterólogo- y Cubillos Mariño – médico internista, profesionales tratantes de la paciente, se deduce que a la señora Zoila Rosa se le proporcionó la atención médica que requería su patología y condición de salud, siendo irrelevante, para el fatal desenlace de su muerte, que la valoración por gastroenterología no se hubiera dado inmediatamente después a su ingreso, ni que no se hubiera realizado el examen endoscopia, ni que la EPS se hubiera demorado en autorizar el medicamento ordenado por el especialista.

Ciertamente, el doctor Cabal Pérez, indicó que valoró a la paciente el día 3 de agosto, habiendo ingresado el 1º de agosto de 2011; que el hecho de que la valoración no se hiciera inmediatamente al ingreso, no tenía ninguna repercusión en la salud de la paciente ni ponía en riesgo su vida, pues según indicó: *“teniendo en cuenta que la señora Zoila no estaba agudamente enferma y que era una interconsulta por una patología en ningún caso letal o en ningún caso grave, esa interconsulta en un medio de salud como el que existe en Colombia tranquilamente se podría demorar 7, 10 días sin que eso afectara la salud de la paciente y mucho menos determinara su muerte, una interconsulta por consulta externa o una paciente que no esté agudamente enferma no requiere una interconsulta urgente”*, y más adelante, precisó: *“creo que la esofagitis y la gastritis que es la que ameritaba mi concurso, podría tardarse en*

atenderse sin que eso fuera a causar detrimento en la salud o el desenlace final de la paciente”.

Esta afirmaciones resultan convincentes a la luz de lo evidenciado en la historia clínica, donde se ponen en evidencia las comorbilidades que presentaba la señora Zoila Rosa, y su avanzada edad, por ello el mencionado medico ante la pregunta *“teniendo en cuenta este cuadro clínico, no era necesario que la valorara el gastroenterólogo para efectuar un diagnóstico efectivo de la patología que afectaba o de la enfermedad que afectaba a la paciente?”,* contestó: *“si no fuera un paciente de la edad y la comorbilidad que tiene la enferma se podría pensar que la endoscopia influyera de otra manera, pero teniendo en cuenta que tiene tantos sistemas afectados, pienso que era más importante darle el soporte médico vital que se le administró en el servicio de urgencias y en el servicio hospitalización, el examen complementario, endoscopia no iba cambiar mucho el curso de la paciente dado que no tenía signos de alarma”.*

Así mismo, el medico Cubillos Mariño, afirmó que la hipótesis de trabajo contemplada en el caso de la señora Zoila Rosa, fue de disfunción digestiva, y que bajo ese entendido, se realizaron apoyos farmacológicos pertinentes para proteger al organismo de la alteración digestiva que presentaba; en cuanto a la valoración por gastroenterología, expresó que *“éste no era un servicio de apoyo inmediato que condicionara la función de órganos vitales de la paciente en el momento en que se realizó la interconsulta”,* y que *“La condición de apoyo por el servicio de gastroenterología es un recurso adicional, pero no significa que no hubiera la protección en las alteraciones digestivas de la paciente”.*

Bajo este entendido, resulta imposible atribuir a la *“demora”* en la valoración por gastroenterología, la muerte de la paciente, toda vez que quedó visto, que el personal médico que la atendía, entre el que estaba un médico

internista, la había revisado, medicado y observado, procurando que su salud no se siguiera deteriorando, siendo ajeno a su actuación profesional, la multiplicidad de enfermedades de base que aquejaban a la paciente desde tiempo atrás y que le generaron fallas orgánicas múltiples.

No puede pasarse por alto, que la paciente padecía de tiempo atrás de problemas renales, de diabetes y de hipertensión, lo que generó, según se informó por el galeno Cubillos Mariño, condición catabólica, entendida como cuando *“el organismo no tiene la capacidad de utilizar las sustancias que hacen parte de los nutrientes”*... *“cuando no tiene la capacidad de asimilar lo que se le dé y esa condición entra en una dinámica de pérdida de tejidos necesarios para la buena función de cada órgano”*, igualmente expuso que *“en los registros de la paciente previa a su primera hospitalización se evidencian fallas orgánicas muy severas, dadas por la diabetes, que venían afectando sus riñones, asimismo, que la hipertensión había acelerado daños en la circulación de todo su organismo, reflejando disfunciones neurológicas; documentando situaciones muy precarias de la capacidad del organismo para sostenerse; que en suma, las disfunciones digestivas son eventos tardíos finales, para luego finalmente perder el organismo la capacidad respiratoria”*.

En este orden de ideas, es razonable entender que ni la valoración de especialista en gastroenterología ni la realización de examen de endoscopia, hubiera podido evitar la falla respiratoria espontánea presentada por la señora Zoila Rosa, que finalmente ocasionó su deceso.

Igual conclusión se colige, de la no administración del plan de manejo o tratamiento formulado por el gastroenterólogo, específicamente en cuanto al suministro de glucerna, debido a que dicho medicamento es *“un suplemento alimentario”* utilizado por los médicos *“para tratar los pacientes diabéticos, para tratar de mejorar su ingesta calórica”*, y que según el gastroenterólogo que la ordenó, su suministro no representaba una urgencia, pues considera que

“cuando un paciente diabético está hospitalizado, el control de la glicemia se ejerce mediante la pauta móvil de insulina”, pues resulta, “mucho más importante tenerle controlado las cifras altas de glicemia mediante la administración de insulina que los suplementos dietéticos que se le puedan administrar”.

Esta misma suerte acarrea el no suministro de los demás medicamentos ordenados (milpax y omeprazol), pues sobre estos en particular, el Dr. Guido asintió: *“siendo medicamentos que en ningún momento se necesitan de manera urgente, ni van a incidir en la curación inmediata o en el cambio de desenlace de la muerte natural de la paciente, no hay ningún problema en suministrárselo unos días antes, unos días después, porque no va a cambiar el curso de la enfermedad de ninguna forma”.* Además consideró que existen productos que tienen el mismo efecto: *“un inhibidor de ácido, como el omeprazol o el esomeprazol, un inhibidor del álcali como el milpax o la simple milanta cumplirían exactamente el mismo objetivo en la patología absolutamente benigna de esta paciente, independientemente de la marca o el laboratorio, cumplen el mismo remedio”.*

Se concluye de lo anterior, que no puede afirmarse que hubo deficiencia valoración de las pruebas por parte del a-quo, pues lo que de ellas se deduce, según las reglas de la sana critica, es que no fue probada la conducta culposa del equipo médico, y por tanto, tampoco la existencia de nexo de causalidad entre esta y el daño irrogado a las demandantes.

5.7. Así las cosas, habrá de confirmarse en todas sus partes la sentencia apelada, imponiéndose costas en esta instancia a cargo del extremo apelante, al tenor del art. 392, numeral 1 del C.P.C.

VII 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:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 08 de septiembre de dos mil quince 2015, por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de esta ciudad, por las razones anotadas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Liquídese al tenor del art. 393 del C.P.C.

TERCERO: Por secretaría DEVUÉLVANSE las diligencias al juzgado de origen para lo de su cargo.

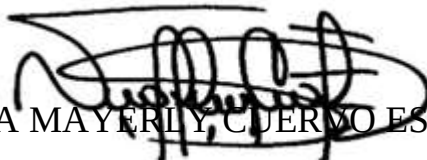
Notifíquese y cúmplase.

Fallo discutido y aprobado mediante sesión de Sala, conforme el acta No. 56 de esta misma fecha.

Los Magistrados,



DIELA H.L.M ORTEGA CASTRO



NURIA MAYERLY CUERVO ESPINOSA



MARIO GARCÍA IBATÁ



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

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

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

REF: Radic. Inter. 878

Procede la Sala a decidir lo concerniente al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la decisión adoptada en la audiencia de que trata el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, llevada a cabo el 27 de mayo de 2019 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad, en la cual se denegó la prueba de oficio solicitada por la recurrente.

ANTECEDENTES

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta Ciudad, a quien le correspondió por reparto el presente asunto, mediante auto proferido en audiencia llevada a cabo el veintisiete (27) de mayo de dos mil diecinueve (2019), negó la prueba de oficio solicitada por la apoderada judicial de la parte demandante, al considerar:

“no hace ningún planteamiento de los aspectos que fueran necesarios o relevantes de aclarar, frente a la relación, tenemos que tiene dos testimonios que son personas muy inmediatas a él, que pueden deponer y dar claridad de lo que fuere necesario al respecto... en esos términos el despacho niega esa prueba al no considerar que aporte información necesaria que permita resolver de fondo el presente caso”

Respecto de dicha determinación, en la misma audiencia, la apoderada de la demandante interpuso recurso de apelación, el cual fue sustentado en lo siguiente:

“En efecto la parte demandada Colombia Telecomunicaciones S.A, solicitó el interrogatorio de parte pero en efecto la prueba concedida es de su carga, es decir es para su defensa, sin embargo la suscrita profesional ha sostenido en reiteradas oportunidades que la parte demandante si puede solicitar su propio interrogatorio en virtud de la interpretación sistematica del Código General del Proceso y del Código Procesal del Trabajo, su señoría, esta insistencia en que se haga un pronunciamiento por parte del superior y se unifique esta posición a fin de que no se sigan vulnerando los derechos de la parte demandante, en aras de que ejerza los medio de prueba que la norma contempla y se logre conocer y esclarecer los hechos que se manifiestan en la demanda. La teoría de su presidencia siempre ha sostenido y era pues hace un tiempo la que se aplicaba que su propia parte no podía solicitar el interrogatorio puesto que se entendería que afirma los mismos hechos de la demanda, sin embargo esa teoría ha sido modificada por diferentes doctrinantes y la jurisprudencia misma, en el entendido que el juez ejerza su función de intermediación entre quien dice por medio de un papel conocer unos hechos que se entienden obviamente bajo la gravedad de juramenta y que el fallador, analizando y preguntando respecto de esos supuestos facticos a la persona vinculada principalmente en el tramite le va a dar claridad a usted sobre la realidad fáctica de esos hechos que manifiesta o si el mismo incurre en falsedad, o no su señoría, en efecto de acuerdo a la interpretación que se le da al Artículo 77 numeral 4, respecto de que el juez decreta las pruebas que considere conducente y necesarias, su señoría, considera la suscrita que es necesario que si bien es cierto, el interrogatorio al momento de efectuarlo lo lidera su presidencia y lo continua la parte demandada a quien se le ha concedido la prueba, no es menos cierto que pueden quedar preguntas o situaciones en el tinero que no se evacuan del todo y pues que no dan lucidez panorámica al litigio como tal, por esa razón la suscrita siempre ha insistido en la necesidad que se le de aplicación al artículo 198 del Código General del Proceso en el entendido de que el juez podrá de oficio o a solicitud de parte, no se indica a que parte, puede ser demandante o demandado, la practica citación de las personas que intervienen en el trámite judicial a fin de esclarecer los hechos relacionados en el litigio, lo único que pretende el legislador con ampliar la aplicación del interrogatorio de parte es llegar a la única verdad del litigio y que su señoría no tenga duda al momento de emitir un fallo de primer instancia. Por esa razón, me permito presentar recurso de apelación, y solicitarle al Honorable Tribunal del Distrito Judicial unifique esta posición y determine si en el área del derecho laboral, teniendo en cuenta que el procedimiento es diferente, aplica o no

el interrogatorio de parte solicitado por la parte demandante y en qué condiciones opera el mismo.”

Seguidamente, y respecto del recurso así impetrado, el Juez de conocimiento advirtió que la declaración de parte está encaminada a la confesión de aspectos puntuales y trascendentes a la actuación, por ello se realiza a la contraparte, no a la misma parte, de manera que queda a la discrecionalidad del juez –no como su obligación- determinar si practica o no esa prueba de oficio; igualmente, precisó que el artículo 198 del C.G.P., establece que podrá ordenarse de oficio o a solicitud de parte la citación de las partes a fin de interrogarla sobre los hechos relacionados en el proceso, lo que no quiere decir que pueda pedirla la propia parte.

De acuerdo con tales planteamientos, se negó la concesión del recurso de apelación, interponiendo la interesada queja.

En conocimiento del recurso de queja, este Despacho concedió el recurso de apelación propuesto por la parte demandante, el cual corresponde ahora resolver.

CONSIDERACIONES

Se ocupa la Sala de determinar si fue ajustada a derecho, la determinación adoptada por el a-quo, respecto de negar como prueba de oficio, el interrogatorio de la parte demandante.

1º. Sobre la prueba, ha dicho el tratadista Gerardo Botero Zuluaga, en su obra *Guía Teórica y Practica de Derecho Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social*, que la prueba es considerada como el medio o instrumento legal de que se valen las partes para acreditarle al juez la veracidad de los hechos en que se fundamentan las reclamaciones impetradas o la oposición a las mismas.

En cuanto a la prueba de oficio, el art. 54 del Código Procesal del Trabajo y de Seguridad Social, establece que el Juez podrá ordenar a costa de una de las partes, o de ambas, según a quien o a quienes aproveche, la

práctica de todas aquellas que a su proceso sean indispensables para el completo esclarecimiento de los hechos controvertidos.

Sobre este punto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha precisado¹:

“En tales condiciones, le correspondía a la promotora del proceso demostrar que en el respectivo laudo o CCT se había estipulado que la pensión no sería compartida. Al efecto, debe recordarse que el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al proceso laboral por remisión analógica, prevé que «Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.»

La falta de actividad probatoria de la demandante no debía suplida por el Tribunal, como se reclama en el tercer cargo, pues, según la norma procesal ya citada, es deber de las partes demostrar los supuestos de hecho que la ley prevé para que se produzca el efecto jurídico perseguido.

Sobre el punto, esta Sala de la Corte, en sentencia CSJ SL2890-2018, donde reiteró lo dicho en las CSJ SL872-2018, y CSJ SL, 6 jun. 2001, rad. 15267, expresó: Por último, sobre el supuesto yerro que denuncia el recurrente, originado en el hecho de que el sentenciador de instancia no decretó de oficio la prueba de la convención colectiva de trabajo, vigente entre 1984 y 1986, debe reiterar la corte, que como bien lo señala el artículo 54 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, allí se prevé es una facultad que nace de la propia iniciativa del juez y no por la petición de las partes de ordenar pruebas de oficio, en tanto que este no puede reemplazar la actividad o carga probatoria que le incumbe a los intervinientes del debate judicial. De ahí que si el promotor del presente proceso, no consideró necesario peticionar el decreto de la prueba de la convención colectiva de trabajo, esa circunstancia no puede ahora legitimarlo para enrostrarle al Tribunal un yerro jurídico en ese sentido, cuando él bien pudo en su debida oportunidad legal, incorporarla al proceso o solicitar su ordenamiento.

Al efecto, bien vale la pena rememorar lo expuesto por esta Corporación en la sentencia CSJ SL872-2018, donde además se reiteró el proveído CSJ SL. Jun. 6 de 2001, rad. 15267, en la que se dijo:

“A lo dicho cabría agregar el que las pruebas oficiosas en los procesos del trabajo, a las que sin fortuna alguna a estas alturas del proceso pretende adherirse el recurrente, como en múltiples veces lo ha

¹ C.S.J. Sala Casación Laboral. Sentencia SL3739-2019 de 11 de septiembre de 2019. M.P. Rigoberto Echeverry Bueno.

sostenido la jurisprudencia de la Sala, es tema orientado a obtener el ‘completo’ esclarecimiento de los hechos controvertidos en el proceso (artículo 54 Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social), o lo ‘necesario’ para resolver la apelación o la consulta (artículo 83 ibídem), pero, en modo alguno, un mecanismo mediante el cual se pueda desplazar, reemplazar o relevar a las partes de la ‘iniciativa probatoria’ que conforme a las reglas de la carga de la prueba les competía de acuerdo con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil), vigente para entonces, por ser incuestionable la vigencia de la regla probatoria del onus probandi, aun cuando con las atenuaciones que la legislación, la doctrina y la jurisprudencia frente a casos particulares le han hecho, la cual, en términos generales, enseña que en el proceso quien afirma poseer una nueva verdad, o una verdad distinta a la que debe tenerse por la de la normalidad de los hechos que ocurren en la vida y tienen trascendencia jurídica, corresponde probarla.”(Subrayado fuera de texto).

Ahora bien, en relación con la declaración de parte, mejor conocida como interrogatorio de parte, se ha entendido que éste va encaminado a obtener la confesión de parte, entendida según el art. 191 del C.G.P., como la que versa sobre los hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria, por tanto, dicha prueba tendría lugar solo en virtud de la iniciativa del adversario o del juez, haciendo uso este último, de su facultad oficiosa.

Bajo este entendido, no podría afirmarse, que el interrogatorio de parte, sea la posibilidad que tienen los contendores de solicitar su propio testimonio, pues el verdadero sentido de las disposiciones legales, es que a través de este medio probatorio se obtenga una confesión, cuestión a la que obviamente no va encaminada una solicitud de la propia parte.

2°. Partiendo de estas premisas, tenemos que en este caso, en la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T.S.S., celebrada el día 27 de mayo de 2019, el a-quo, decretó las pruebas que se practicaran en la audiencia de trámite y juzgamiento, negando la petición elevada por la apoderada de la parte demandante, referente a que se decrete de oficio el interrogatorio del actor, señor Jorge Mauricio Espinosa Agudelo.

El argumento esgrimido por la recurrente, consiste en que si bien se ha sostenido que no se puede solicitar el interrogatorio de la propia parte,

debe modificarse esta posición, habida cuenta de que dicho medio probatorio, decretado de oficio, resulta de gran utilidad para que el Juez obtenga claridad fáctica sobre el asunto materia de debate, además que según los términos del art. 198 del C.G.P., no está prohibido que la petición provenga de la propia parte.

Al respecto, vale decir, que no le asiste razón a la recurrente, toda vez que de una parte, la utilidad de la prueba para el esclarecimiento de los hechos, como lo prevé el art. 54 mencionado, solo puede ser valorada por el operador judicial en el desarrollo del trámite, y de otra, que no puede entenderse que el art. 198 del C.G.P., contemple la posibilidad de pedir la citación de la propia parte para la realización de interrogatorio y menos la obligatoriedad de su decreto de oficio.

En efecto, como se dijo, la disposición del Código Procesal del trabajo, lo que establece es la facultad que nace de la propia iniciativa del juez, quien al observar oscuridad o confusión en la realidad procesal presentada por las partes, puede decretar pruebas que lo conduzcan a la claridad de los hechos.

Igualmente, en relación con la interpretación del art. 198 del C.G.P., vale decir, que el hecho de que se haya excluido del artículo 198 del Código General del Proceso la frase “*cualquiera de las partes podrá pedir la citación de la contraria*” - que contenía el art. 203 del C.P.C.- no significa que se haya instalado allí la posibilidad de que la parte solicite su propio interrogatorio, pues en los antecedentes del código no se advierte que el tema haya sido siquiera discutido, y que haciendo una interpretación sistemática, el hecho de que el art. 184 C.G.P. prevea que en la pruebas extraprocesales el interrogatorio de parte sea el que se pide a la presunta contraparte, conduce a entender en la forma expuesta, el medio de prueba en cuestión².

² Precisiones tomadas del artículo publicado el 11 de octubre de 2017, en la web Ámbito Jurídico, de doctrinante Ramiro Bejarano.

Por todo lo anotado, habrá de confirmarse la decisión de primera instancia, ordenado el abono de la presente actuación como apelación de auto.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, constituido en Sala Quinta de Decisión,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia proferida en audiencia de 27 de mayo de 2019 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad, conforme lo expuesto.

SEGUNDO: Por secretaria comuníquese al Centro de Servicios, para el abono de la presente apelación de auto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Auto discutido y aprobado en sesión de sala, conforme al acta No. 56 de la fecha.

Los Magistrados,



DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO



NURIA MAYERLY CUERVO ESPINOSA



MARIO GARCÍA IBATÁ