

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

SALA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA

Magistrado Ponente: ROBERTO CARLOS OROZCO NÚÑEZ

Ref. Verbal Marylady Arias Esper y otros vs CootransHacaritama Ltda.
Rad 1ra Inst. 54001-3103-005-2018-00180-05 - Rad. 2da. Inst. 2022-00180-05

San José de Cúcuta, Siete (7) de
Febrero de dos mil veintitrés (2023)

Por intermedio de esta providencia se le dará solución al recurso de apelación dirigido respecto del fallo que la Juez Primera Civil del Circuito de Ocaña dictó el 31 de Enero de 2022. A través suyo le puso fin a la primera instancia del proceso declarativo de responsabilidad civil extracontractual promovido por Marylady, Yuliet y Lucy Ester Arias Esper, María Emely Esper de Arias, Jaime Miranda Caicedo, Jaime Orlando y Carlos Manuel Miranda Arias. En el extremo pasivo se encuentra la Cooperativa de Transportadores Hacaritama Ltda. -CootransHacaritama-; y Aseguradora Solidaria de Colombia interviene como llamada en garantía, junto a Jesús Alirio Sánchez, llamado para integrar el contradictorio.

ANTECEDENTES

1.- Los aludidos demandantes decidieron emprender el anotado tipo de litigio, en procura de que la transportadora demandada fuese declarada civilmente responsable de los perjuicios que todos sufrieron tras el accidente que involucró a Marylady. A modo de resarcimiento piden que a esta última se le paguen \$32.541.600 y \$1.794.700 a título de daño emergente futuro y daño emergente consolidado (sic) - respectivamente-, así como 40 salarios mínimos legales mensuales vigentes por el daño moral y a la vida de relación. El resto de demandantes solo pidieron indemnización del daño moral, así: (i) 15 salarios mínimos para el esposo, hijos y madre de la lesionada; y (ii) 7.5 salarios mínimos para cada una de sus hermanas.

2.- Los detalles fácticos sobre los que se soporta el *petitum* admiten el siguiente compendio:

A eso de las 6:00 de la tarde del 20 de Abril de 2015 sobre la avenida Francisco Fernández de Contreras, exactamente en la carrera 33 con calle 7 de Ocaña, tuvo ocurrencia un accidente de tránsito que involucró a los conductores de dos automotores. El primero es una motocicleta marca Suzuki de placas WGI-57A, mientras que el otro es un taxi Chevrolet Spark con placa TSF-980, afiliado a CootransHacaritama. Aquella iba siendo maniobrada por Marylady Arias Esper; este último lo manejaba Jesús Alirio Sánchez Angarita y estaba asegurado contra daños a terceros por Aseguradora Solidaria de Colombia.

Los libelistas sindicaron del siniestro al conductor del taxi, afirmando que, aunque se desplazaba al lado de la motociclista, repentinamente le cerró el paso "sin contemplación" con el fin de recoger un pasajero que se encontraba hacia el costado derecho de la vía. Lo acusan de infringir la prohibición prevista en el Decreto 2762 de 2001, que le impide a las empresas transportadoras subir o bajar a sus viajantes dentro del área de influencia de las terminales terrestres. Al igual que lo normado en los artículos 91 y 131 del Código Nacional de Tránsito, con arreglo a los cuales se establece que los pasajeros deben recogerse en los sitios permitidos y al costado derecho de la vía, salvo en paraderos especiales de vías troncales que sean diseñadas y operadas con destinación exclusiva al transporte público masivo.

A raíz de la comentada maniobra, la conductora de la moto fue impactada por el taxi y arrojada al pavimento, provocándole lesiones en la parte izquierda de su cuerpo, concretamente en cabeza, hombro, costillas, rodilla y pierna. Unos miembros del Cuerpo de Bomberos la recogieron en el lugar y la trasladaron al Hospital Emiro Quintero Cañizares, donde fue diagnosticada de traumatismo superficial de miembro inferior no especificado, traumatismo superficial de la cabeza parte no especificada y contusión de otras partes y de las no especificadas del pie. Desde entonces "ha sufrido lo indecible moral y materialmente", a punto tal que debió someterse a tratamiento psiquiátrico por causa del trastorno de ansiedad post-traumático que experimentó. El médico legista, además, le otorgó una incapacidad definitiva de 25 días, con secuelas médico legales de: Deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente, perturbación psíquica por stress postrauma y funcional del SNC por vértigo periférico, ambos de carácter transitorio.

Cuentan, por otro lado, que Marylady se dedica hace mucho tiempo a la docencia, lo que le permitió sacar adelante a su familia. Así como que María Emely -su mamá-, Yuliet y Lucy Ester -hermanas-, Jaime -pareja-, Jaime Orlando y Carlos Manuel -hijos- también se han visto afectados por derivación del percance que involucró a su ser querido, razón por la cual claman por su reparación.

LA ACTUACIÓN PROCESAL

1.- Cumplida que fue la formalidad del reparto, la demanda le fue adjudicada al Juzgado Primero Civil del Circuito de Ocaña. Tras ser subsanados los defectos formales detectados al libelo, mediante auto del 26 de Septiembre de 2018 se dispuso su admisión.

2.- Notificada que fue de la existencia del pleito, CootransHacaritama se resistió al triunfo de las súplicas valiéndose de las excepciones meritorias que intituló culpa exclusiva de la víctima y buena fe. En aras de hacerlas prosperar aseguró, en resumen, que: (i) la conducta de la víctima fue la que desencadenó el accidente, pues fue ella quien colisionó al taxi por detrás mientras ambos rodantes estaban en movimiento; (ii) así lo certificó el Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Ocaña el 26 de Junio de 2015, plasmando en un documento que la motocicleta estrelló al taxi; (iii) debe tenerse en cuenta que en este tipo de litigios no opera la responsabilidad objetiva que aducen los actores, sino aquella de tipo subjetiva o probada, en vista que ambos vehículos iban andando. Con base en ello concluyó haber actuado conforme a los postulados propios de la buena fe, por lo que sus comportamientos no incidieron en el desenlace del infortunado suceso.

La estrategia de defensa incluyó la formulación de las excepciones previas de *"Falta de Jurisdicción o de Competencia"* y *"No comprender la demanda a todos los litisconsorcios necesarios"*. Respecto de la primera se dijo que por el monto de las pretensiones se trataba este de un asunto de menor cuantía, correspondiente a los Jueces Civiles Municipales. Y con base en la segunda reprochó que no se hubiere convocado al conductor del taxi, señor Jesús Alirio Sánchez Angarita, también partícipe del percance. Ambas, en todo caso, fueron desestimadas mediante proveído del 3 de Julio de 2020.

2.1.- En escrito separado hizo llamamiento en garantía a la Aseguradora Solidaria de Colombia, al que se le dio visto bueno mediante auto del 5 de Febrero de 2019. La llamada solicitó despachar desfavorablemente las pretensiones, amparada en estas excepciones: *"Limitación de la responsabilidad, prescripción de la acción indemnizatoria, carencia de responsabilidad en la ocurrencia del hecho e inexistencia de la obligación de indemnizar, exoneración del pago de perjuicios morales no contemplados en el contrato de seguro, culpa exclusiva de la víctima, ausencia de prueba del presunto perjuicio y tasación excesiva del eventual e hipotético perjuicio"*. A fin de respaldarlas lo que explicó, en lo fundamental, fue que: (i) está demostrado que el conductor del taxi no fue el causante del accidente, sino que se debió a la imprudencia de la motociclista, quien omitió su deber objetivo de cuidado y se desplazó irresponsablemente por la vía provocando el choque; (ii) la póliza contra la que

se hace la reclamación contempla un límite del valor asegurado por daños a bienes de terceros y lesiones o muerte a una persona, y no ampara el pago de los perjuicios morales; (iii) debe tenerse en cuenta que en aplicación del artículo 1081 del Código de Comercio, operó la prescripción de la acción indemnizatoria en atención a que entre la fecha de los hechos -20 de Abril de 2015- y la notificación de la demanda -25 de Febrero de 2019- transcurrieron 4 años; (iv) las pruebas aportadas y solicitadas por los demandantes no tienen la idoneidad necesaria para demostrar la indemnización reclamada, y (v) la tasación de los perjuicios es excesiva, está soportada sobre bases infladas y no sustentadas, amén que desentendidas tanto de la realidad como de los criterios definidos por la jurisprudencia.

3.- Trabado así el litigio y vencido el traslado de tales excepciones a los demandantes, las partes fueron convocadas a la audiencia inicial el 28 de Enero 2021. En esa ocasión fue suspendida en búsqueda de un acuerdo extrajudicial, pero como no se logró se dispuso su continuación el 19 de Febrero siguiente. Fueron recibidas durante su desarrollo las declaraciones de Marylady Arias Esper, Jaime Orlando Miranda Arias y las de los representantes legales de la sociedad demandada y de la aseguradora llamada en garantía.

Después de ella se hizo la de instrucción y juzgamiento, aunque en varias sesiones, la primera el 19 de Marzo, útil para recepcionar el interrogatorio a los demandantes Jaime Miranda Caicedo y Carlos Manuel Miranda Arias, así como el testimonio de Jesús Alirio Sánchez. La *a quo* la suspendió para integrar el contradictorio con Miriam Esther Conde, que es quien tiene la calidad de asegurada de la póliza que le sirvió de base al llamamiento en garantía¹.

La audiencia interrumpida tuvo su siguiente jornada el 24 de Septiembre del mismo año, aprovechada para escuchar las versiones de los testigos Nubia Guerrero Sánchez y Bayron Prada Guerrero. Sin embargo, ésta también fue suspendida con el argumento que por virtud de la póliza quien debía afrontar el caso no era la mentada Miriam Conde, sino Jesús Alirio Sánchez, conductor del taxi asegurado. Este último se pronunció a través de abogado, resistiéndose al acogimiento de las súplicas por considerar que el accidente se debió a culpa exclusiva de la víctima, lo cual lo exonera de la endilgada responsabilidad.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

¹ Justificó ese proceder explicando que en el punto 2.2.8 de la cláusula 2.2. -acápites de exclusiones al amparo de responsabilidad civil extracontractual- se establece que la aseguradora queda liberada de indemnizar los perjuicios que eventualmente se demuestren como causados por el conductor del vehículo de placas TSF 980, cuando el asegurado no haya comparecido por sí mismo o mediante apoderado a ninguna diligencia o sea renuente al otorgamiento del respectivo poder al abogado nombrado por la aseguradora.

1.- Agotado el trámite de rigor, la primera instancia se clausuró con sentencia dictada en audiencia celebrada el 31 de Enero de 2022, en la que fueron negadas las suplicas de la demanda. A esa conclusión arribó la juez de primer nivel amparada en lo siguiente:

Se ocupo delanteramente de presentar unas reflexiones en torno a la responsabilidad civil extracontractual en general, y la derivada de actividades peligrosas en particular, auxiliada para ello en jurisprudencia pertinente al tema y los artículos 2341 a 2343 y 2356 del Código Civil. De la mano con tales explicaciones dejó sentado que en principio la tipología atendible era la denominada responsabilidad extracontractual por actividades peligrosas, en la que se presume la culpa. Razón por la cual el demandado solo puede exonerarse demostrando caso fortuito, fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o de un tercero. Sin embargo, aclaró que cuando en el accidente interviene otro vehículo en ejercicio de esa misma actividad, de acuerdo con la jurisprudencia las presunciones legales de culpa estatuidas en favor de la víctima quedan abolidas, en cuyo caso debe regularse la situación por las reglas que rigen el derecho común en materia de responsabilidad civil extracontractual. Es decir, demostrando el demandante la culpa del agente o hecho culposo, la relación de causalidad y por supuesto el daño.

Acto seguido señaló que el ejercicio de la actividad peligrosa estaba demostrado y el consecuente daño generado por la misma, correspondiente a las lesiones que se sufrió en su cuerpo y su salud Marylady Arias Esper. Circunscribió con ello la discusión al punto atinente con la incidencia que tuvo en la provocación del siniestro la conducta de cada uno de los conductores.

Destacó que era un hecho notorio para los habitantes de Ocaña y por ello relevado de prueba, que la avenida Francisco Fernández de Contreras es una vía nacional que atraviesa buena parte de la ciudad, concretamente por el sector nor-oriental. Explicó que es una avenida de utilización de doble sentido conformada por dos calzadas separadas, cada uno con dos carriles en una misma orientación.

Sobre la situación fáctica del proceso reseñó que con las probanzas obtenidas se había podido establecer que el día lunes 20 de Abril de 2015, a eso de las 6:00 PM Marylady Arias transitaba en la motocicleta de placa WGI-57A por la avenida Francisco Fernández de Contreras, sentido norte-sur. Al tiempo que Jesús Alirio Sánchez Angarita, conductor del taxi de placa TSF-980 iba en la misma orientación, coincidiendo a la altura de la calle 7 con carrera 33, donde se produjo el accidente. Resaltó que en el libelo se asegura que la demandante circulaba por el carril derecho de la vía, cuando el conductor del taxi que iba detrás de ella la adelantó y le cerró el paso para así recoger un pasajero. Con esa imprudente maniobra la impactó y la tumbó al pavimento, provocándole las lesiones para cuyo resarcimiento se inició el litigio.

Añadió que el taxista, por el contrario, sostiene que circulaba despacio por el carril derecho, sin pasajeros, cuando repentinamente sintió el golpe por la parte trasera del carro. En el informe policial del accidente de tránsito se consigna como hipótesis probable en el vehículo 1 - motocicleta- la No.121 que corresponde a "no mantener la distancia de seguridad" y para el vehículo 2 -taxi- la No.103 que significa "adelantar cerrando".

Con todo, determinó que la tesis postulada en la demanda no podía tener acogida por las siguientes circunstancias: (i) con las pruebas documentales y las declaraciones de las partes estaba descartado que hubiese sido el conductor del taxi quien impactó a la motocicleta; (ii) de acuerdo con el informe policial de tránsito, el informe policial judicial rendido ante la Fiscalía, la historia clínica de la víctima y el dictamen de Medicina Legal, se establece que la motociclista fue la que golpeó al taxi por la parte posterior sobre la llanta del lado derecho debido a que no pudo frenar a tiempo. Además, las lesiones que sufrió fueron en el lado izquierdo de su cuerpo; (iii) al caer la motocicleta hacia el lado izquierdo no fue porque el taxi la hubiera impactado, pues según lo que enseñan las reglas de la experiencia la dirección de la fuerza que produce el choque, de haber sido recibido por el lado izquierdo necesariamente la debía empujar o impulsar hacia el lado contrario; (iv) en el informe policial de accidente se identificó como daño del automotor "rayón muy pequeño parte posterior derecha y fractura de tapa de tornillo rin derecho posterior", lo que da cuenta del punto de contacto; (v) en la versión dada por la demandante en Medicina Legal -Unidad Básica de Ocaña-, reconoce que el taxi se cruzó de carril sin percatarse de su presencia, quiso frenar, pero con la llanta delantera de su motocicleta contactó la parte posterior derecha del taxi y se cayó al pavimento; (vi) en el informe de campo de Policía Judicial rendido a la Fiscalía, la demandante refiere que "Yo venía en mi motocicleta cuando de manera sorpresiva un taxi me cerró, no alcancé a frenar y colisioné con el taxi, la moto me quedó incrustada en el pie..."; (vii) le restó convicción a la declaración de Nubia Guerrero Sánchez, debido a la contradicción entre lo que ella testificó y lo relatado por la conductora de la moto tanto en este proceso como en el marco de la investigación penal adelantada para esclarecer las causas del siniestro. Además de divergencia con las pruebas documentales aportadas, sumado a que su hijo Bayron Prada Guerrero -otro de los testigos escuchados- dijo no recordar haber estado en el lugar de los hechos, lo que da a entender que aquella realmente no estuvo allí tampoco.

En desarrollo de lo anterior, agregó que no había manera de confirmar o desvirtuar una de las hipótesis del informe policial elaboradas al momento de levantar el croquis. Ello en atención a que no existe prueba que permita determinar si la causa del accidente fue realmente porque el conductor del taxi adelantó y cerró la motociclista o fue que la demandante por

descuido o impericia no conservó la distancia de seguridad y se estrelló contra aquél.

Con base a lo antes apreciado, ultimó que al no haberse demostrado por los demandantes la culpa del agente y la relación de causalidad, no existía responsabilidad alguna por parte de la empresa de transportes demandada. Por lo que no había lugar a entrar a estudiar los perjuicios derivados del daño, ni la relación jurídica surgida tras la toma del seguro que dio lugar al llamamiento en garantía.

2.- El apoderado demandante no estuvo de acuerdo con lo resuelto y por ello apeló. Rindió sus reparos concretos y el recurso le fue concedido, lo que explica la presencia del expediente en este colegiado. Estando aquí se le dio admisión a la alzada en auto del pasado 29 de Junio, tras cuya notificación el recurrente cumplió con efectuar la sustentación por escrito de que trata el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, vigente para ese entonces.

Los reparos y su sustentación pasan, principalmente, por atribuir al fallador de primer grado errores de apreciación probatoria. Resumidamente pueden presentarse así:

2.1.- La primera crítica concierne con la valoración de la documentación disponible, ya que -en su opinión- de haberla entendido en forma correcta las pretensiones habrían sido acogidas. Dice que ninguno de los documentos sustenta la tesis acogida en el fallo acerca de la culpa de la víctima, por haber sido ella quien golpeó el taxi. Considera que la falladora incumplió el deber de pronunciarse razonadamente sobre el informe policial de tránsito, el croquis del accidente y la historia clínica de la víctima, de las que se desprende que fue el taxi el que interceptó a la docente cuando ésta se desplazaba en su motocicleta y la golpeo por la parte lateral izquierda. Ello por cuanto está demostrado que la colisión no ocurrió como le hicieron creer al juzgado a *quo*, esto es, en la parte trasera del automóvil, sino el golpeo se dio en la parte derecha lateral, incluyendo la llanta. Reflejándose por eso los daños en el costado izquierdo de la motocicleta y en el cuerpo de la motociclista.

2.2.- Tras esas explicaciones, cuestiona que la juez pretermitió apreciar en conjunto los medios demostrativos, lo que guarda relación con el denominado principio de unidad de la prueba, que impone un examen concentrado de todos ellos con independencia de su naturaleza y del interés del sujeto que los aportó. Los que demuestran que el siniestro es cien por ciento atribuible al conductor del vehículo automotor.

3.- Agotados los ritos incumbentes con la publicidad y contradicción de la apelación presentada, se pasa ahora a definir la segunda instancia, previas estas:

CONSIDERACIONES

1.- Sea lo primero advertir que la decisión censurada ciertamente es pasible de apelación, con arreglo a lo previsto en el artículo 321 del Código General del Proceso. Los recurrentes, además, están revestidos de legitimación puesto que el no acogimiento de las súplicas les implica agravio. Su interposición y sustentación fue oportuna, amén que los reparos concretos adecuadamente formulados. Por lo demás, los denominados presupuestos procesales se encuentran colmados, en el entendido de que quienes acudieron a la litis por activa y pasiva ostentan capacidad procesal, la demanda fue debidamente tramitada por el juez competente, aunado a la inobservancia de desperfectos con idoneidad anulatoria. Todo ello le abre paso a que los suscritos puedan definir de fondo la instancia.

2.- Seguidamente pasa a decirse que es sabido de todos los que se desenvuelven en torno a la actividad jurisdiccional de las cuestiones civiles, que el legislador Colombiano se ocupó de perfilar los caracteres más relevantes de la responsabilidad patrimonial, originada bien en el quebrantamiento de compromisos contractuales o ya en el marco de relaciones sociales ocasionales.

La primera especie de lazo obligacional, es decir la contractual, aparece regulada a partir del artículo 1602, y viene a ser, acudiendo a una metáfora, la espina dorsal que soporta todo el cuerpo que se conforma con esta figura, y que irradia a la legislación particular de cada una de las especies de convenio típico o nominado, que allí mismo se encuentran estipulados.

A su vez la segunda clase, comúnmente denominada responsabilidad civil extracontractual, está concebida entre los cánones 2341 y 2357 del mismo estatuto, que contiene unas subclasificaciones o títulos específicos de imputación, entre los que se encuentran (i) la responsabilidad directa, (ii) la responsabilidad indirecta, y (iii) la responsabilidad por actividades peligrosas.

De todas ellas la que resulta relevante al caso de ahora es la última de las referidas, que se ofrece aplicable, entre otros, a los asuntos en los que el daño irrogado a una persona se causa por el ejercicio de las denominadas actividades riesgosas o peligrosas.

Los presupuestos axiomáticos, *sine qua non*, que requieren ser acreditados por quien reclama el resarcimiento de un perjuicio originado en uno de tales comportamientos, son los siguientes: (i) desarrollo de una actividad peligrosa por parte de una persona, (ii) daño sufrido por otra, y (iii) relación de causalidad entre el primer y segundo presupuesto nombrados, o lo que es lo mismo, pero presentado

resumidamente: que en el ejercicio de una conducta riesgosa, quien la ejecuta cause daño a un tercero.

2.1.- Ahora bien, para atribuirle a una persona la responsabilidad civil extracontractual de un daño sufrido por otra, no es necesario que la conducta perjudicial haya sido directamente desplegada por aquélla, pues en este asunto la imputación no obedece o está ligada a criterios estrictamente físicos o fenomenológicos, sino a consideraciones de índole jurídica.

En concordancia con lo anterior, una de las nociones jurídicamente concebidas para la asignación de responsabilidad concierne con la identificación del guardián de la cosa o actividad que produce el menoscabo. Y por guardián cumple entender a quien tiene un poder intelectual de uso, dirección y control sobre la cosa de que se trate o de la labor que con ésta se despliega.

Aplicada la idea anterior a los casos en los que la lesión se origina en un accidente en que se ve involucrado un automotor, se tiene aceptado que los llamados a responder son no solo el conductor, sino también el propietario, el tenedor, el administrador y en general todo aquel que de una u otra forma pudiera ser considerado guardián del vehículo o de la actividad para la que el mismo se encuentra destinado.

Sobre este tema, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil², de antaño viene entregando pautas para identificar a los llamados a responder por los daños causados en el ejercicio de actividades peligrosas, explicando lo siguiente:

"...siendo en sí misma la actividad peligrosa la base que justifica en derecho la aplicación del artículo 2356 del Código Civil, preciso es establecer en cada caso a quien le son atribuibles las consecuencias de su ejercicio, lesivas para la persona, el alma o los bienes de terceros, cuestión ésta para cuya respuesta es común acudir a la noción de "guardián de la actividad", refiriéndose con tal expresión a quienes en ese ámbito tengan un poder efectivo de uso, control o aprovechamiento respecto del artefacto mediante el cual se realiza dicha actividad (cfr. Casación Civil de 26 de mayo de 1.989, aún no publicado), debiendo por consiguiente hacerse de lado dos ideas que, quizás a diferencia de lo que pudiera sostenerse sobre el tema en otras latitudes, en nuestro ordenamiento y a la luz del precepto legal recién citado, resultan desprovistas de suficiente sustento legal a saber: la primera es que el responsable por el perjuicio causado sea necesaria y exclusivamente el mero detentador físico de la cosa empleada para desplegar la actividad riesgosa -toda vez que la simple circunstancia de que esa cosa se halle al

² Expediente 3382, 4 de Junio de 1.992, M.P. Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

momento del accidente en manos de un subordinado y no del principal, no es obstáculo para que apoyo en el artículo 2356 del Código Civil la obligación resarcitoria pueda imputársele al segundo al segundo directamente-, mientras que la segunda, por cierto acogida a la ligera con inusitada frecuencia, es que la responsabilidad en estudio tenga que estar ligada, de alguna forma, a la titularidad de un derecho sobre la cosa. En síntesis, en concepto de "guardián" de la actividad será entonces responsable la persona física o moral que, al momento del percance, tuviera sobre el instrumento generador del daño un poder efectivo e independiente de dirección, gobierno o control, sea o no dueño, y siempre que en virtud de alguna circunstancia de hecho no se encontrare imposibilitado para ejercer ese poder..."

3.- Definir esta apelación implica ocuparse delantamente de esclarecer cuál ha de ser el régimen, tipología o institución de derecho sustancial en la que se engastan los hechos originadores del litigio. Lo anterior teniendo en cuenta que como el siniestro se produjo mientras los dos involucrados ejecutaban de modo simultáneo una misma actividad peligrosa, en opinión de la transportadora demandada como de la juzgadora de primera instancia, ello implica una neutralización de presunciones de culpa que conduce a la aplicación del régimen de culpa probada. En concreto, habrá de determinarse si las reglas que gobiernan el asunto son las de la responsabilidad por actividades peligrosas, o, ante la anotada concurrencia, si es del caso pasar a juzgar la cuestión sobre las bases de la responsabilidad con culpa.

Y a fin de facilitar la exposición y las conclusiones, es dable recoger en un interrogante que hará las veces de problema jurídico el inconveniente suscitado. Dicho interrogante ha de ser éste: ¿Siempre que el daño por cuya indemnización se clama haya tenido lugar durante el desarrollo simultáneo de actividades peligrosas por parte de los involucrados en los hechos que desencadenaron el siniestro, hay lugar a predicar la neutralización de la presunción de culpa que pesa sobre todos los demandados?

3.1.- En aras de resolverlo, importa destacar la subregla que en la época actual se encuentra establecida cuando se genera la denominada concurrencia de actividades peligrosas, entendiéndose por tal un escenario en que tanto demandado como demandante, al momento del siniestro, se encuentran paralelamente ejerciendo dicho tipo de actividad. Gracias al análisis de varios pronunciamientos en los que se abordó esta temática, lo que se concluye es que al menos desde 1985 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha pregonado que la comentada neutralización no es automática, maquinal o mecánica, pues debe ponderarse por quien tiene la misión de definir el pleito, cuál de las actividades peligrosas es en abstracto más dañina que la otra u otras,

así como la incidencia que tuvieron todas en el resultado no deseado³.

Esa línea de pensamiento ha sido sostenida, además, en fallos del 5 de Mayo de 1999, 16 de Abril de 2001, 9 de Diciembre de 2004 y 24 de Agosto de 2009. En el primero, la Corte desestimó las consideraciones del Tribunal *Ad Quem*, que en el caso concreto había denegado las súplicas precisamente por considerar que ante un accidente de una motocicleta y un bus operaba la neutralización de la presunción del 2356. Fueron éstas las palabras del veredicto dado en casación:

"...tal regla no puede formularse en los términos tan genéricos e indiscriminados en los que se ha venido planteando, toda vez que en lugar de rendir tributo a los imperativos de justicia en los que está inspirada, puede llegar a constituirse en fuente de graves iniquidades, socavando de ese modo los cimientos cardinales de la responsabilidad civil extracontractual; por supuesto que cuando un daño se produce por la concurrencia de sendas actividades peligrosas (la de la víctima y la del agente), en lugar de colegir maquinamente la aniquilación de la presunción de culpa que favorece al damnificado, el juez deberá establecer si realmente a ella hay lugar en ese caso concreto, juicio para cuya elaboración deberá tomar en consideración la peligrosidad de ambas, la incidencia de cada una en el percance o la virtualidad dañina de la una frente a la otra. Más exactamente, la aniquilación de la presunción de culpas por concurrencia de actividades peligrosas en la generación de un daño, presupone que el juez advierta, previamente, que en las específicas circunstancias en las que se produjo el accidente, existía cierta equivalencia en la potencialidad dañina de ambas, pues de no darse esa correspondencia, gravitará siempre en favor de la víctima la presunción de que el demandado fue el responsable del perjuicio cuya reparación demanda."
(Las subrayas no son del texto original).

En la segunda, el *factum* versó sobre un accidente de tráfico en que se vieron envueltos los conductores de un bus y una bicicleta, cuyo definidor de segundo grado consideró procedente aplicar la neutralización de las presunciones de culpa. La Corte hizo, en consecuencia, esta rectificación:

"El Tribunal en el tratamiento de la concurrencia de las actividades peligrosas, no acertó al equiparar, pues no hizo distinción alguno, la derivada de la conducción de un vehículo automotor (bus) y la de conducción de una bicicleta, en contravía de tesis jurisprudencial de esta Corporación que de antiguo ha estimado que si bien la última es actividad de esa índole lo es menos que la de automotores..."

³ Ver sentencia del 17 de Julio de 1985, M.P. Humberto Murcia Ballén.

La última de las citadas fue mucho más honda en explicaciones en relación con el tema en averiguación, y pese a que el caso versaba sobre un siniestro que implicó dos vehículos de análoga potencialidad lesiva, llamó la atención para que ni aun así se acudiera inopinadamente al abandono de la presunción de culpa. Fue esto lo que dijo la Corte:

"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 estrictez 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;

"Tal aspecto es el que la Sala ha destacado y querido destacar al referir a la graduación de "culpas" en presencia de actividades peligrosas concurrentes, esto es, el deber del juez de examinar a plenitud la conducta del autor y de la víctima para precisar su incidencia en el daño y determinar la responsabilidad de uno u otra, y así debe entenderse y aplicarse, desde luego, en la discreta, razonable y coherente autonomía axiológica de los elementos de convicción allegados regular y oportunamente al proceso con respeto de las garantías procesales y legales.

"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 es objetivo y 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."⁴.

3.2.- Acudiendo, entonces, al sólido precedente elaborado por la Sala de Casación Civil, hay que responder el problema jurídico planteado con antelación diciendo que no siempre que el daño haya tenido origen en el desarrollo concurrente de actividades peligrosas, cumple aplicar la neutralización de la presunción de culpa, y abandonar el artículo 2356 para juzgar la cuestión a la luz del 2341. En realidad, lo que debe hacerse es revisar primeramente la potencialidad dañina de todas las actividades peligrosas envueltas en el siniestro, a fin de determinar objetivamente cuál de ellas era la más riesgosa. Y en segundo término hay que averiguar por la incidencia causal de todas en el resultado fatal.

4.- Descendiendo a partir de este instante a los detalles del caso concreto, memórese que es este el proceso de responsabilidad civil extracontractual que los miembros de las familias Arias Esper y Miranda Arias promovieron en contra de CootransHacaritama. El objetivo de los demandantes es que se declare a la demandada civilmente responsable del accidente de tránsito que tuvo ocurrencia el 20 de Abril de 2015, a la altura de la carrera 33 con calle 7 de Ocaña, en el que se vieron involucrados los vehículos de placas WGI-57A y TSF-980. Y que como consecuencia de ello se la condene a la reparación de los perjuicios que sufrieron por derivación de las lesiones padecidas por Marylady Arias Esper.

En aras de lograr ese cometido lo que se explica en el libelo es lo siguiente: aproximadamente a las 6:00 P.M. del día indicado con antelación, Marylady salió de su lugar de trabajo a bordo de la motocicleta de placas WGI-57A con rumbo a su casa. Tomó la carrera 33, también conocida como avenida Francisco Fernández Contreras, pero luego de haber pasado la calle 7 fue golpeada por el taxi conducido por Jesús Alirio Sánchez Angarita. Le atribuyen la causación del percance a este último, afirmando que por ir a recoger o dejar unos pasajeros, le cerró la vía a la conductora de la moto. Con tan mala fortuna que al golpearla la tumbó al pavimento y le provocó las lesiones que fueron diagnosticadas así: traumatismo superficial de miembro inferior no especificado, traumatismo superficial de la cabeza parte no especificada y contusión de otras partes y de las no especificadas del pie.

⁴ Expediente 2001.01054.01; Magistrado Ponente Dr. William Namén Vargas. Las subrayas no son del texto original.

La transportadora demandada y el conductor del taxi, de su lado, presentan en su defensa una versión distinta: tras admitir lo de la hora y lugar del insuceso, desmienten lo de la maniobra de cierre de la vía y el posterior golpe a la moto, así como un sobrepaso del que también hablaron los actores. En sus palabras el choque se provocó mientras ambos rodantes estaban en movimiento e intempestivamente la moto golpeó por detrás al taxi, produciéndose así la caída de su conductora. Niegan que al interior de aquel vehículo viniesen pasajeros o que el taxista se dispusiese a recoger a alguno y que por ello hubiere se hubiere atravesado en la vía de la motociclista.

Nótese, a tono con lo anterior, que el gran reto que plantea este asunto concierne con la postulación de teorías disímiles acerca de la ocurrencia del accidente. Es que mientras los demandantes culpan al taxista de haber realizado una maniobra imprudente y a raíz de ello provocar la colisión, la demandada sostiene que fue Marylady quien lo causó.

5.- Así vistas las cosas, lo de rigor es fijar la mirada primeramente en el material probatorio de que se dispone, en aras de tratar de reconstruir el accidente. Ello con sustento en las decisiones de la Sala de Casación Civil, con arreglo a las cuales, aunque resulte atendible el régimen de responsabilidad por actividades peligrosas -culpa presunta-, de todos modos, siempre lo primordial es valorar la evidencia. Y resulta por entero comprensible esa directriz, pues, aunque ciertamente dicha tipología implica una presunción de culpa en cabeza de quien ejercía la actividad peligrosa o la que más riesgo entraña -cuando existe concurrencia de actividades peligrosas-, dicha presunción jamás podrá tener mayor valor, peso o poder persuasivo que las probanzas que pudieron recaudarse.

O sea que no sería justo, equitativo o acorde a derecho, que simplemente se invoque la presunción de culpa del artículo 2356 del Código Civil y con base en ella atribuir inopinada y automáticamente la responsabilidad a quien la ejercía, menospreciando o pasando por alto las pruebas. Téngase presente que en el aludido canon lo que se consagra es una presunción y por ende revestida del carácter de sucedáneo de prueba, que por ello mismo jamás tendrá un mérito superior a la prueba misma.

6.- Pues bien, durante la primera instancia se obtuvieron las declaraciones de los conductores de los rodantes envueltos en el siniestro, e incluso las de dos personas llamadas como testigos presenciales. Efectivamente Marilady Arias dijo con sus palabras esto:

"me dirigía de Santa Clara hacia el centro hacia mi casa, hacia El Retiro, iba de norte a sur para dirigirme a mi residencia porque salía de la escuela tipo 6, 6:20, en lugar de la avenida, en toda la entrada al estadio Padilla, me sobrepasa, voy por mi derecha, normal, no a

mucha velocidad, donde estaba como a unos 30-40, 30 como mucho, me dirigía yo hacia, como le digo de norte a sur, eso fue como tipo 6:20 por ahí, el día 20 de Abril fue el día de los hechos, voy por mi derecha, cuando siento que me sobrepasan el taxi del señor, el taxi me sobrepasa, luego me cierra porque estaba, él iba a recoger a algún pasajero y me cerró, y yo pues no alcance a cerrar pues, lo que pude, y le pegó a la parte de atrás, a la parte lateral derecha del carro, es con lo que colisiono... Él venia detrás pero él se abre y cuando lo siento es al lado mío y después me cierra, que yo no alcanzo a, pues como no iba a tanta velocidad gracias a Dios estoy viva sino no hubiera podido contar el cuento, porque voy despacio..."

Y ratificó la versión dada en la demanda consistente en que todo se debió a que el taxista decidió orillar el carro en la acera para recoger o dejar unos pasajeros:

"...llevaba pasajeros allí, pero hubo una persona que le hace para llamarlo, para que pare, y el por eso me cierra a recoger otro pasajero, porque ellos recogen diferentes pasajeros... en el momento eso fue lo que hizo porque lo paró, y el señor me cerró para recoger ese pasajero."

6.1.- Jesús Alirio Sánchez, a su vez, contó lo sucedido, así:

"El 20, el 20 de Abril del 2015 aproximadamente entre 6 y 5 de la tarde voy subiendo por la avenida Francisco Fernández de Contreras, exactamente más o menos entre, entre 15 a 20 metros del estadio hacia arriba... más o menos entre de 15 a 20 metros después del estadio, pero hacia arriba hacia el centro y hacia arriba en la avenida y cuando sentí un golpe en la parte trasera lateral derecho más o menos lado de donde está la tapa de la gasolina, entonces al sentir el golpe yo paré enseguida. La velocidad ahí es muy mínima porque era una hora pico. Yo subía y enseguida que sentí el golpe yo frené de inmediato y cuando me bajo del carro estaba la moto a un lado del carro y al lado de la moto estaba una señora."

Afirma que no llevaba pasajeros y que tampoco se orilló para bajar o subir a alguno, ya que destina su carro al transporte individual y no haciendo rutas como colectivo. Negó haber sobrepasado a Marylady, especialmente porque la hora del accidente es de las denominadas "pico" y no le era posible realizar esa maniobra. Es más, dijo no haberla visto en la vía ni siquiera por el retrovisor. En efecto, al ser preguntado por la juez de este modo:

"...diga por qué lado conducía la demandante previamente al accidente..."

Respondió lo siguiente:

"Señoría no le puedo decir, porque yo apenas sentí el golpe, yo en ningún momento la vi a ella. Ella cuando yo cuando yo sentí el golpe igual que tener seguido me iba a velocidad entre 20 y 25 km/h porque esto era una, es una vía muy transitada y además era la hora pico... vuelvo le repito es que no, no puede, es que es demasiado tráfico en esta hora, en hora de hora pico es demasiado tráfico, no puede estar uno moviéndose para ningún lado."

Seguidamente le hicieron una pregunta semejante:

"Pero su posición era, por eso le pregunto iba delante, iba al lado, iba atrás de la motocicleta."

Y volvió a decir:

"Supongo yo que iba delante, porque yo en ningún momento vi a la motocicleta al lado."

En cuanto a lo del sobrepaso o adelantamiento que le atribuyen se pronunció así:

"No señorita, iba por el carril derecho porque hay mucho tráfico y tampoco le permiten hacer esos giros, tiene que irse en la misma posición porque el estado tampoco se lo permite... yo iba andando normal en la velocidad aproximadamente entre 20 y 25 km/h cuando sentí el golpe en la parte trasera lateral derecho, pero yo paré. Y el carro quedó en una posición mirando un, digamos por ahí entre un 20 o 30 cm hacia la izquierda..."

6.2.- Atención especialísima merece la versión de Nubia Guerrero, cuya presencia en el lugar de los hechos fue validada por la propia Marylady, quien al ser preguntada por las personas que supieron del incidente dijo esto: *"...pasó mi compañera, una compañera de trabajo, de pronto no me conoció, la profesora Nubia, ella ve cuando el carro me sobrepasa y me cierra y sigue adelante, ve a la persona tirada pero no reacciona no cae en cuenta que soy yo, y ella sigue, pero si vio y estuvo con el hijo también, que era el que iba manejando el carro, los dos iban en el carro que iban detrás de mí, en la parte más atrás, y ellos vieron el accidente..."*

Pues bien, doña Nubia respalda la versión propuesta por Marylady, atribuyendo la responsabilidad del accidente al taxista, a quien dijo ver sobrepasando a su compañera para luego cerrarle el paso a fin de recoger unos pasajeros. En aras de mayor precisión se transcribirán enseguida sus palabras:

"...ese día yo trabajaba en la misma jornada de ella, yo salí de la escuela, pues el hijo mío me transportó, en eso íbamos en el recorrido hacia la casa, cuando nos encontramos, íbamos delante de un taxi y otros carros, y cerca entre la piscina olímpica y Multipollo sucede el accidente, pues yo alcanzo a ver que un taxi le cierra a

la muchacha, no sabía que era Marylady, resulta y pasa que vi cuando el taxi atropella a la muchacha, la tumba, la tira y entonces sucede el accidente, aproximadamente, porque nosotros salimos a las 5:30, iban a ser como las 6 ya, y el accidente sucede ahí... yo vi el accidente pero yo no vi la muchacha quien era, sino yo vi que el taxi la cierra, la tumba y yo creo que por ese tiempo el tal vez iba a bajar a algún pasajero, no me alcance a fijar si era un pasajero o iba a recoger a un pasajero, pero el asunto es que vi que empuja a la muchacha, la tumba y le cierra, y la tira allá"

6.3.- Bayron Prada Guerrero ha de ser el hijo de doña Nubia que tanto ella como Marylady dicen que era quien conducía el vehículo en que aquélla se transportaba. Rindió su versión inmediatamente después que su madre, pero lo que contó resulta ser altamente sorprendente y pasmoso, por decir lo menos. Al ser indagado por la a quo acerca de las circunstancias del accidente, indicó que ni siquiera sabía porqué lo habían llamado a declarar pues no recordaba haber presenciado esos hechos. Es más, afirmó que lo que sabe es porque doña Nubia se lo contó una vez llegó a la vivienda, debido a que él no había estado allí.

En aras de poner en evidencia lo que acaba de decirse, se presentará enseguida la versión del joven Prada Guerrero. Como indica el protocolo de este tipo de interrogatorios, la primera pregunta que le hizo la juez, tras los generales de ley, fue esta:

"Diga si o no si sabe usted de los hechos acaecidos el 20 de Abril de 2015, cuando ocurrió el accidente de tránsito en el que se vio ella comprometida."

Frente a lo que sin titubeo alguno respondió:

"la verdad hoy en día pues, no me acuerdo que sucedió ese día, no tengo nada así en mente, de hecho, acabo de echar cabeza, pero no recuerdo así nada que sucedió ese día con la señora Marylady."

Sorprendida, la funcionaria le lanzó este otro interrogante:

"pero no recuerda ni siquiera el accidente?"

Y el versionista se ratificó:

"no señora"

A tono con las circunstancias la a quo volvió a intervenir, así:

"Ahí si me la puso usted difícil, porque qué más le pregunto a usted si no asocia. ¿Pero si recuerda usted que hace más o menos cinco años, la señora Marylady tuvo un accidente de tránsito?"

A lo que el testigo aclaró:

"Hace cinco años, pues así tengo o sea que yo haya estado en el sitio, no recuerdo, pero de pronto que mi mamá me haya contado algo de pronto de que la profesora sufrió un accidente, sí, pero de resto no. Que yo estuve en el accidente no recuerdo... mi mamá me comento en la vivienda, o sea en nuestra casa."

Llegado el turno del abogado demandante, las preguntas fueron reiteradas, pero con mayor incisión e incluso recordándole que se encontraba bajo la gravedad del juramento y que de incurrir en falsedades podría ser sancionado. Pese a la advertencia, Bayron mantuvo su postura de negar haber presenciado el accidente de interés a este asunto, respondiendo de la siguiente manera:

"Han pasado seis años, o sea no me acuerdo pues, o sea como no fue nada que involucró mi vida, o sea ni que yo estuve presente, ni que me bajé del carro, de pronto pasé y le comenté a ella, pero la verdad ya no me acuerdo, de ese día no me acuerdo, pues del accidente, o sea a mí me tomó por sorpresa que me llamaran como testigo de algo que ni me acuerdo, o sea no estoy diciendo sí que yo estuve, no o sea, fue algo que yo ni me acuerdo, hasta ahorita me estoy dando cuenta que fue hace 5 años, 6 años perdón, en 6 años han pasado muchas cosas, y yo la verdad pues, la verdad en un accidente donde no me vi involucrado ni yo, ni nadie de mi familia pues yo no voy a echar cabeza, ni me voy a andar preocupando por algo así."

7.- Ya que se hizo la presentación individual de las declaraciones recibidas, se procede ahora a contrastarlas y valorarlas en conjunto. Y el primer resultado que gracias a ello se obtiene es que el testimonio de Nubia Guerrero se encuentra bastante en entredicho. En efecto, recuérdese que esta declarante manifestó haber presenciado el accidente, por venir con su hijo en otro vehículo que circulaba por el sector en ese mismo instante. Pero ya se vio que el hijo negó rotundamente y con insistencia haber estado allí, pues del accidente de Marylady se enteró cuando su mamá llegó a casa y le contó. Lo dicho por Bayron sin duda alguna desdibuja por completo la declaración de doña Nubia, pues resulta por entero incomprensible e inexplicable que, si ella dice que iba con su hijo en el carro, el joven sostenga una versión diametralmente opuesta. O sea, Nubia asegura que iban los dos en el mismo vehículo, pero el joven dice que nunca estuvo allí.

Resulta por entero contrario a las reglas de la lógica que una persona intente refrendar la veracidad de una versión apoyada en la presencia de otra, pero esta última manifieste que jamás percibió directamente los hechos de que se trata. Y en el caso concreto esa ilogicidad es absoluta, pues ha de

ser un total contrasentido que Nubia diga que venía en el carro con su hijo y que este último a su vez afirme que no estaba con su madre en esos instantes.

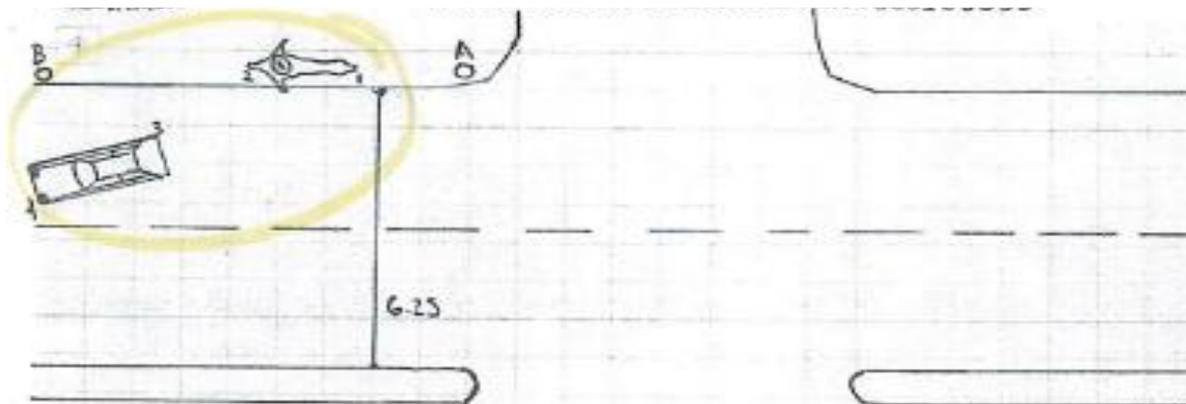
De allí que con solo cotejar este par de testimonios ya se genera un gran manto de duda sobre la declaración de Nubia Guerrero. Es que ni siquiera existe seguridad acerca de un detalle que ella afirmó con convicción, a saber, su presencia en el lugar de los hechos. Y esa circunstancia sí que erosiona o socava el valor de verdad que pudiera dársele, pues no habiendo como creerle que efectivamente estuvo allí, tampoco habría como creerle todo lo que narró acerca del percance.

7.1.- Y existen aún razones adicionales para descreer en la versión de la señora Guerrero, pues la contradicción de su declaración no solo es predicable en relación con lo que dijo Bayron, sino incluso con lo relatado por la propia Marylady. Bien se sabe que en la apreciación de la prueba testimonial los detalles resultan ser un aderezo indispensable para consolidar la verosimilitud. Y precisamente en los detalles en donde se detecta la flaqueza y mendacidad de la testigo en alusión.

Por ejemplo, en un primer momento Nubia dijo que *"...íbamos delante de un taxi y otros carros, y cerca entre la piscina olímpica y Multipollo, sucede el accidente..."* Pero ulteriormente ya contó que *"...nosotros íbamos detrás del taxi..."*.

Al ser preguntada por las características de dicho vehículo simplemente respondió que no recordaba; y aunque la juez le pidió que al menos indicase si era un carro grande o pequeño, solo manifestó *"esa característica no la alcance a notar."* Lo que resulta llamativo, pues durante su relato asegura que la policía despejó la vía y ella pasó al lado del taxi.

Así mismo, al ser indagada por la posición final de este último lo que dijo fue que había quedado *"hacia la parte derecha, como torcido hacia la derecha, porque como le digo iba a recoger era como un pasajero o a bajar a alguien..."* Sin embargo, el croquis refleja absolutamente lo contrario, pues sitúa la parte delantera del carro con dirección hacia el separador del otro carril (que no hacia el andén), tal como se aprecia en la siguiente imagen:



Otra inconsistencia tiene que ver con la parte del taxi que fue golpeada por Marylady, pues mientras esta última dice que *"...mi llanta delantera pega con la llanta de él, de la parte lateral derecha, la trasera, la llanta trasera de la parte lateral derecha, en la parte donde abre la persona que se va a montar por la parte de atrás, ahí con esa parte colisiono..."*; doña Nubia tiene esta otra versión: *"vea es como entre la parte de atrás y la parte de la mitad..."*

Indagada que fue por las afectaciones de la motocicleta dijo que había quedado inservible; en incluso fue más allá relatando que a raíz del golpe a Marylady se *"...le partió la pierna, le partió ahí todo el pie..."*. Pero resulta ser que en el hecho 9 de la demanda misma se consigna que la demandante en mención lo que tuvo fue traumatismo superficial de miembro inferior nivel no especificado, traumatismo superficial de la cabeza parte no especificada y contusión de otras partes y las no especificadas del pie. Información esta que a su vez fue tomada de la historia clínica que en el hospital Emiro Quintero Cañizáres se le hizo a la paciente y que refleja precisamente estos diagnósticos:

DIAGNOSTICOS INGRESO :
 S999 - TRAUMATISMO DEL PIE Y DEL TOBILLO NO ESPECIFICADO - (*Impresión Diagnóstica*)
DIAGNOSTICOS INGRESO RELACIONADOS :
 T130 - TRAUMATISMO SUPERFICIAL DE MIEMBRO INFERIOR NIVEL NO ESPECIFICADO
 S009 - TRAUMATISMO SUPERFICIAL DE LA CABEZA PARTE NO ESPECIFICADA

O sea que doña Nubia se refirió a unas fracturas en la pierna y el pie, pero ello no tiene respaldo médico.

Se aventuró, así mismo, a decir que a raíz del insuceso Marylady había dejado de manejar moto, pues para responder una pregunta que en ese sentido le hizo la apoderada de la aseguradora llamada en garantía se pronunció así: *"ella tenía rato de tener la moto, claro, y es más, yo le he preguntado que porque ella no volvió a montar moto si ella montaba moto de lo más bien, y dijo que ella le había cogido mucho miedo a las motos, por ese tipo de accidente que ella sufrió y que quedo traumada, entonces, pero ella venia hace rato con moto, claro si señora, manejaba súper bien, es mas no es de las personas que manejan aceleradas, que uno diga no cogen una moto y corren con moto."*

Con todo, su amiga y compañera de trabajo se refirió a esa misma situación durante su interrogatorio, dando una explicación que también difiere de la de Nubia. En efecto, la juez de primer grado formuló este interrogante:

"¿Y después del accidente se volvió usted a movilizarse en motocicleta? ¿Cuánto tiempo después lo hizo?"

Frente a lo que Marylady respondió:

"Hace dos años fue que comencé nuevamente porque quedé traumada y no podía, es mas no podía montarme para que me llevaran porque era muy nerviosa, le cogía la ropa a mis hijos, o sea me montaba era con ellos, pero entonces me toco poco a poco ir dejando a un lado los miedos y esas cosas, claro que después de valoración con, porque me toco con psiquiatra, con otra terapia psicológicas, para poder estar en la calle, para poder manejar y hacer lo que ahora actualmente puedo hacer."

Finalmente, otra inconsistencia insoslayable y trascendental consiste en lo siguiente: cada vez que pudo hacerlo, doña Nubia afirmó que el accidente se debió a que el taxista se orilló imprudentemente hacia la derecha a recoger o a dejar un pasajero. Sin embargo, cuando el abogado de la compañía demandada le preguntó si había visto pasajeros, su respuesta fue esta: *"No, eso tampoco lo noté, eso si no vi, si había pasajero o había alguien ahí no, alcancé a ver al chofer nada más."*

No entienden los suscritos servidores, a tono con lo anterior, por qué razón esta versionista defendió la tesis del sobrepaso imprudente del taxista para recoger o dejar pasajeros, cuando ella misma reconoce que no vio tripulantes en el carro sino solo al chofer, ni tampoco a alguien que le hubiera hecho a este último una señal de detención.

7.2.- Son demasiadas, en consecuencia, las falencias narrativas de la deponente en mención y además relacionadas con ciertos detalles concernientes con el accidente mismo. Es que (i) primero dijo que venía circulando delante del taxi y luego que atrás; (ii) no recuerda ni siquiera las características generales de aquel, solo atina a decir que es un taxi amarillo; (iii) aseguró que la moto fue golpeada con la mitad trasera del otro vehículo, pero Marylady explicó que la tropezó fue una llanta; y (iv) habló de unas fracturas que supuestamente sufrió aquella, de lo cual no hay evidencia en la historia clínica.

Y lo peor de todo: afirmó que pudo ver el percance porque a esa misma hora se trasladaba hacia su casa en compañía de un hijo, pero este último expresó que no recordaba el accidente y que no lo había presenciado. Agregó que conoció de su existencia gracias a lo que su mamá le contó una vez llegó a la vivienda.

Ese gran cúmulo de inconsistencias, descuadres y contradicciones desde luego inciden negativamente en la credibilidad de esta declarante. Por ende, sus palabras no pueden resultar útiles para intentar reconstruir el siniestro, y su testimonio, antes bien, debe ser desestimado como elemento de convicción.

8.- Pero además de todo, también extiende sus nocivos y perniciosos efectos a la declaración de parte recibida a Marylady Arias. El relato de esta última quedó altamente comprometido precisamente por relacionar a Nubia y a su hijo Bayron entre las personas que presenciaron el percance. En efecto, a la siguiente pregunta formulada por la juez:

"Díganos qué personas tuvieron conocimiento de los hechos y de qué forma accedieron a esa información."

Respondió que:

"Toda mi familia, los pasajeros que llevaba el señor en el carro, muchas personas por ahí de los negocios cercanos, salieron a auxiliarme, me decían profesora tranquila no se preocupe a quién le llamo, o sea estuvieron muchas personas allí pendientes, es más, pasó mi compañera, una compañera de trabajo, de pronto no me conoció, la profesora Nubia. Ella ve cuando el carro me sobrepasa y me cierra y sigue adelante, ve a la persona tirada pero no reacciona no cae en cuenta que soy yo, y ella sigue, pero sí vio, y estuvo con el hijo también, que era el que iba manejando el carro, los dos iban en el carro que iban detrás de mi, en la parte más atrás, y ellos vieron el accidente, entonces pasan pero pues no se percató que era yo en el momento, sino hasta que en la noche pues ya supieron, y se dieron cuenta, y decía que pues ella no se dio cuenta, que la disculpara me decía la compañera, pero pues no me pudo auxiliar y colaborar en el momento."

Incurrió Marylady en el mismo error de Nubia Guerrero, consistente en incluir a Bayron entre los que presenciaron el accidente. Pero no sobra recordar que este desmintió de modo tajante haber estado con su madre ese 20 de Abril de 2015 al finalizar la tarde. Precizando que la información de que dispone acerca de aquel la obtuvo gracias a lo que doña Nubia le contó.

9.- Desdibujada, en fin, la prueba traída por el extremo accionante para solidificar su teoría del caso, queda únicamente la versión del otro conductor involucrado en el insuceso. La alusión es a José Alirio Sánchez Angarita, que como se sabe era el conductor del taxi contra el cual se estrelló Marylady Arias. De acuerdo con su relato, la colisión se produjo mientras ambos rodantes estaban en movimiento y fue la motociclista quien golpeó al taxi. Dijo haber recibido el impacto en la parte trasera del vehículo, justo a la altura de la tapa exterior del tanque de gasolina.

Negó, en primer lugar, haber realizado cualquier sobrepaso, justificándolo en que los hechos ocurrieron en la denominada hora pico, en la que ambos carriles de la avenida están copados. Negó también traer pasajeros a bordo, así como aquello de que alguien le hubiera solicitado parar y por ello mismo haberse orillado para recogerlo.

La narración que entregó fue la siguiente:

"...el 20 de Abril del 2015 aproximadamente entre 6:05 de la tarde voy subiendo por la avenida Francisco Fernández de Contreras, exactamente más o menos entre, entre 15 a 20 metros del estadio hacia arriba... más o menos entre de 15 a 20 metros después del estadio, pero hacia arriba hacia el centro y hacia arriba en la avenida y cuando sentí un golpe en la parte trasera lateral derecho más o menos lado de donde está la tapa de la gasolina, entonces al sentir el golpe yo paré enseguida. La velocidad ahí es muy mínima porque era una hora pico. Yo subía y enseguida que sentí el golpe yo frené de inmediato y cuando me bajo del carro estaba la moto a un lado del carro y al lado de la moto estaba una señora... vuelvo le repito es que no, no puede, es que es demasiado tráfico en esta hora, en hora de hora pico es demasiado tráfico, no puede estar uno moviéndose para ningún lado... No señorita yo ni recogí, ni llevaba pasajeros y mi taxi que es de donde usted lo toma hasta el lugar donde se va a quedar el usuario. No hago recogida de pasajeros por individuales, no es que, es un, es como una carrera express. Y en el momento yo iba vacío, no iba a ocupar ni recogía a nadie tampoco."

Se insiste en que, existiendo este elemento de convicción, sobre todo obtenido de quien indubitadamente sí presenció los hechos, debe procederse primero a su valoración, antes de aplicar de modo maquinal y automático la presunción del artículo 2356 del Código Civil. Y contrario a lo que se vio con respecto a los deponentes cuyas palabras fueron analizadas con antelación, los suscritos servidores ven en la versión de Jesús Alirio una consistencia y credibilidad digna de soportar la defensa de CootransHacaritama.

En efecto, dígase de entrada que la negación del sobrepaso que se le atribuyó nada tiene de ilógica o irracional, pues cierto es que el accidente ocurrió en lo que se denomina una hora pico. Además, los vehículos se encontraron en una de las arterias vehiculares más importantes de Ocaña y en un día hábil de trabajo (lunes). Datos estos que no hacen parecer descabellado o irreal que por el tráfico de la hora fuese imposible realizar maniobras de rebasamiento.

Ahora bien, desde el libelo mismo se viene atribuyendo el supuesto comportamiento erróneo del taxista a su intención *"...de recoger a un pasajero ubicado fuera de los paraderos autorizados..."*. Pero resulta ser que esa circunstancia no solo no está demostrada, sino peor aún, existen contradicciones al respecto en las declaraciones de Marylady Arias y Nubia

Guerrero. Sumado a que el señor Sánchez Angarita afirmó que no llevaba tripulantes en su vehículo, amén que ningún transeúnte en ese momento le hizo señal de detención, por modo de verse motivado a orillarse y detenerse.

Esta última cuestión guarda armonía con la diagramación de la posición final de los automotores contenida en el croquis, ya que allí se aprecia que el taxi no estaba cercano al andén sino más bien distante.

10.- De la mano con todo lo anterior, lo que se concluye es que no anduvo desatinada la *a quo* a la hora de valorar el material probatorio de que disponía. Y que el resultado al que arribó no fue el solo fruto de su capricho o inventiva, sino de una ponderación plausible, racional y lógica del expediente. Es más, cumpliendo el deber de valorar la conducta procesal de las partes que impone el artículo 280 del C.G.P., sin temor a equívocos puede añadirse que bien puede construirse un indicio contra los demandantes. Es que flaco favor e inmenso perjuicio a sus expectativas fue lo que les trajo la prueba testimonial recaudada por pedido suyo, pues incluso quedó en tela de juicio que quien sin duda habría de ser la testigo estrella, hubiera presenciado el accidente.

Y de esa manera entendidas las cosas no hay cómo desestructurar y quebrar el fallo opugnado, en vista que las críticas de contemplación y apreciación probatoria denunciadas por la censura, lejos están de ser reales. Como colofón, en esta Colegiatura no puede menos que dársele íntegra confirmación a lo resuelto, lo que implica el fracaso de los reparos formulados.

DECISIÓN

En virtud y mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia que la Juez Primero Civil del Circuito de Ocaña profirió en audiencia llevada a cabo el 31 de Enero de 2022, en el marco del proceso verbal de responsabilidad civil extracontractual promovido por Marylady, Yuliet y Lucy Ester Arias Esper, María Emely Esper de Arias, Jaime Miranda Caicedo, Jaime Orlando y Carlos Manuel Miranda Arias. En el extremo pasivo se encuentra la Cooperativa de Transportadores Hacaritama Ltda. - CootransHacaritama-, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

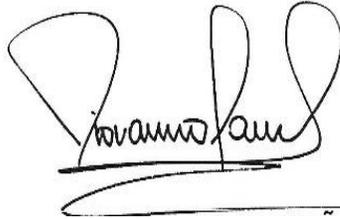
SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia a la parte demandante. Las agencias en derecho en esta instancia se fijarán posteriormente por el magistrado sustanciador como lo dispone el numeral 3 del artículo 366 del Código General del Proceso y serán liquidadas en el Juzgado de primera instancia.

TECERO: REMITIR el expediente digitalizado al juzgado de origen, una vez agotado el trámite que aquí debe surtirse.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ROBERTO CARLOS OROZCO NÚÑEZ
Magistrado



ÁNGELA GIOVANNA CARREÑO NAVAS
Magistrada



MANUEL FLECHAS RODRÍGUEZ
Magistrado

(El presente documento se suscribe de conformidad con lo previsto en el artículo 11 del Decreto Legislativo 491 de 28 de marzo de 2020, por cuya virtud se autoriza la "firma autógrafa mecánica, digitalizada o escaneada", en virtud de la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional).



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL CÚCUTA
SALA CIVIL – FAMILIA
(Área Civil)

MANUEL FLECHAS RODRIGUEZ
Magistrado Ponente

Proceso	Responsabilidad Civil Medica
Radicado Juzgado	54001 31 03 005 2018 00186 00
Radicado Tribunal	2022-0060-01
Demandante	JOSÉ ENRIQUE PARADA NIÑO y otros
Demandada	LUIS FERNANDO PARRA GONZÁLEZ

San José de Cúcuta, siete (07) de febrero del dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO A RESOLVER

Procede esta Magistratura a resolver lo que en derecho corresponda dentro del proceso del epígrafe, téngase en cuenta que a través de proveído del 21 de abril de 2022, esta Sala Unitaria, admitió recurso de apelación formulado por el apoderado judicial de la parte demandante, en contra de la sentencia del 24 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cúcuta dentro del proceso de Responsabilidad Civil Médica promovido por José Enrique Parada Niño; seguidamente en providencia del 1 de agosto de 2022, se le concedió al apelante el término de cinco (5) días para que sustentara el recurso formulado, la cual fue notificada por estado electrónico el día 2 del mismo mes y año, en la pagina web de la rama judicial.

Posteriormente, mediante constancia secretarial del 25 de mayo del 2022 obrante en el archivo 009 de la carpeta de segunda instancia del expediente digital, se informó que la parte apelante no sustentó la alzada, dejando precluir la oportunidad

concedida para tal fin; circunstancia que de conformidad a lo previsto en el inciso tercero del artículo 14 de la Ley 2213 de 2022, aunado al inciso segundo del numeral tercero del artículo 322 del estatuto procesal, conllevaría a que se declarará desierto el curso impetrado.

Ulteriormente, la parte demandada mediante memorial del 12 de agosto del 2022, solicitó que se declarará desierto el recurso formulado por el extremo activo por falta de sustentación ante esta superioridad, petición que fue resuelta de manera desfavorable en auto del 16 de septiembre de 2022, dado que de una revisión exhaustiva de los documentos obrantes en la carpeta de primera instancia del expediente digital, se evidenció en el archivo 25, correo electrónico del 29 de junio de 2021, mediante el cual el apelante sustentó sus inconformidades respecto de la decisión proferida por el Juez de primera instancia, circunstancia compatible con la posición adoptada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y compartida por este Despacho, la cual consistía en que “en vigencia del Decreto Legislativo 806 de 2020, si desde el umbral de la interposición de la alzada el recurrente expone de manera completa los reparos por los que está en desacuerdo con la providencia judicial, no hay motivo para que el superior exija la sustentación de la impugnación (...)”(CSJ STC5499-2021, reiterada en CSJ STC8661-2021)¹, razón por la cual y de conformidad con el inciso tercero del artículo 14 de la Ley 2213 del 2022, en aras de garantizar el derecho a una defensa técnica, esta Magistratura corrió traslado del memorial contentivo de la sustentación de los reparos formulados en contra del fallo objeto de inconformidad, con el fin que se pronunciara sobre los formulados por el recurrente.

No obstante a lo anterior, téngase en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STL2791-2021, recogió el criterio que había venido adoptando, consistente en que no era viable declarar desierto el recurso de

¹ Corte Suprema de Justicia- Sala Civil; Sentencia STC 16147 del 30 de noviembre de 2022; MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

apelación cuando este había sido sustentado en primera instancia, puesto que vulneraba el derecho fundamental al debido proceso del apelante, razón por la que efectuó un nuevo estudio del artículo 322 del Código General del Proceso, teniendo en cuenta lo considerado por la Honorable Corte Constitucional en la sentencia SU 418-2019 de la Corte Constitucional, en donde indicó que *“De acuerdo con esa metodología de interpretación, el recurso de apelación debe sustentarse ante el superior en la audiencia de sustentación y fallo, y el efecto de no hacerlo así es la declaratoria de desierto del recurso”*. Razón por la cual dicho colegiado consideró que *“en efecto la consecuencia de la no sustentación del recurso de apelación en segunda instancia, al margen de que los reparos concretos que se hubieren presentado en la audiencia y la sustentación se haya hecho por escrito ante el juez singular, es la declaratoria de desierto de la alzada (...)”* (subrayado fuera de texto), posición que ha sido reiterada en los pronunciamientos STL8304-2021, STL 7317-2021 y STL 15819 del 2022.

En ese mismo sentido, la sentencia STL 3843 del 23 de marzo de 2022, señaló que, ***“el remedio vertical debe sustentarse ante el superior y el efecto de no hacerlo así es la declaratoria de desierto del recurso.”***²

Por lo brevemente expuesto, esta Magistratura con el fin de garantizar el debido proceso acoge la posición adoptada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema, por lo que se hace necesario dejar sin valor ni efecto el numeral primero del auto del 16 de septiembre de 2022 y declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por el demandante por no haberse cumplido cabalmente con la exigencia de la sustentación ante esta Corporación, requisito ineludible para que el fallador de segunda instancia quede habilitado para proferir sentencia.

En mérito de lo expuesto, el suscrito Magistrado Sustanciador.

² Corte Suprema de Justicia – Sala Casacion Laboral, STL 3843 del 23 de marzo de 2022; MP Fernando Castillo Cadena.

RESUELVE

PRIMERO: DEJAR SIN VALOR NI EFECTO el numeral primero del proveído fechado el 16 de septiembre de 2022, notificado mediante estado virtual 144 del 19 de septiembre del 2022 por las razones expuestas.

SEGUNDO: Declarar **DESIERTO** el recurso de apelación, formulado por el apoderado judicial del extremo actor en contra de la sentencia proferida el 24 de junio de 2021 por el Juzgado Séptimo del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso de Responsabilidad Civil Médica promovido por JOSÉ ENRRIQUE PARADA NIÑO en contra de LUIS FERNANDO PARRA GONZÁLEZ, por falta de sustentación de la alzada.

TERCERO: Sin costas en esta Sede por no aparecer causadas.

CUARTO: En firme la presente providencia, devuélvase lo actuado al juzgado de origen previa constancia de su salida.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE³



MANUEL ANTONIO FLECHAS RODRÍGUEZ
Magistrado

³ En virtud de la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional y de conformidad con lo previsto en el artículo 11 del Decreto-Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, por cuya virtud se autoriza la “firma autógrafa mecánica, digitalizada o escaneada”, se firma el presente documento por quienes integran esta Sala de Decisión.



**DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA CIVIL – FAMILIA
Área Civil**

**ÁNGELA GIOVANNA CARREÑO NAVAS
Magistrada Ponente**

Verbal – Responsabilidad Médica. **Sentencia**
Radicación 54001-3153-006-2018-00243-03
C.I.T. **2022-0267**

APROBADA SEGÚN ACTA DE LA FECHA

San José de Cúcuta, siete (07) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Esta Sala de Decisión adscrita a la Sala Civil - Familia del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, en cumplimiento de lo preceptuado en el inciso 3º del artículo 14 del Decreto Legislativo No. 806 de 2020¹, procede a emitir sentencia escrita mediante la cual se resuelve el **recurso de apelación** debidamente sustentado e interpuesto por la parte demandante dentro del presente proceso **Declarativo – Verbal de Responsabilidad Civil Médica**, promovido por BLANCA MARLENE CONTRERAS ESPINEL, HAROLD YOHANIS JAIME CONTRERAS, MAYRA FERNANDA PINTO JAIME, y BLANCA BELEN JAIME CONTRERAS, quien actúa en nombre propio y como representante legal de KARLA PAOLA PINTO JAIME y ANDRÉS EDUARDO PINTO JAIME, en contra de la NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. – “NUEVA EPS S.A.”, representada legalmente por el señor José Fernando Cardona Uribe, Presidente, y la CLÍNICA SAN JOSÉ DE CÚCUTA S.A., regentada por Álvaro Salgar Villamizar, en contra de la **sentencia** proferida el día **veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022) por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Cúcuta, asunto recibido en esta Superioridad**, luego de dos (2) devoluciones por indebida

¹ Actualmente Ley 2213 del 13 de junio de 2022.

digitalización del expediente que impedían su estudio, **hasta el día 9 de agosto de 2022.**

1. ANTECEDENTES

1.1 Pretensiones y Hechos

Los citados demandantes, por conducto de apoderado debidamente constituido, iniciaron Proceso Declarativo de Responsabilidad Civil Médica en contra de NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. – “NUEVA EPS” y la CLÍNICA SAN JOSÉ S.A., con el fin de que, como **pretensión principal**, sean declarados civil y solidariamente responsables por los daños causados *“por la prestación indebida del servicio médico de la que fue víctima el señor Juan Hipólito Jaime”*, quien falleció el 9 de noviembre de 2014. En consecuencia, solicitan que se les condene a pagar a su favor los perjuicios extrapatrimoniales por daño moral y a la vida de relación, montos por los que, además, reclaman el pago de intereses moratorios hasta el día en que se materialice la satisfacción de los mismos. Solicitan igualmente, *“en caso de no encontrarse probados la totalidad de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual”* y como **pretensión subsidiaria**, que las demandadas sean declaradas *“responsables por la pérdida de oportunidad del señor Juan Hipólito Jaime”*, y consecuentemente, que sean condenadas *“a pagar los daños causados”* en la suma reclamada o la que se *“estime razonable, suficiente y necesario, en virtud del arbitrio iuris, la magnitud o grado del perjuicio probado y el principio de reparación integral o plena que rige para este tipo de acciones indemnizatorias”*².

En sustento de tales pedimentos, narra la demanda, en síntesis, que el señor Juan Hipólito Jaime Pallares se encontraba afiliado al Instituto del Seguro Social como beneficiario de su cónyuge, la señora Blanca Marlene Contreras Espinel desde el 1 de agosto de 1997; que a partir del año 2001 presentó diagnóstico de colitis ulcerativa, motivo por el cual la citada entidad *“le tenía control con medicina especializada”*, siendo tratado con zulfasalazina 2 pastillas con cada comida; que el 20 de marzo de 2008, *“se realizó una radiografía de tórax que evidenció microcalcificaciones pulmonares parahiliares benignas asintomáticas, infiltrado*

² Expediente híbrido. Folios 7 a 57 cuaderno digitalizado de primera instancia, subcarpeta *“01CuadernoPrincipal”*, actuación No. [“001Demanda y Anexos.pdf”](#)

micronodulillar pulmonar de distribución difusa a correlacionar con secuelas de enfermedad granulomatosa antigua, micosis, inhalaciones de sustancias orgánicas, no obstante no le indicaron un plan de tratamiento”.

Que la entidad reseñada (I.S.S.) se acabó el 6 de agosto de 2008, siendo trasladado a la Nueva Entidad Promotora de Salud S.A., “*situación que desde entonces generó grandes perjuicios en su salud, por cuanto a partir de esa año solo fue atendido por medicina general o a través de servicios médicos de atención a pacientes de la tercera edad, cuyo plan de tratamiento continuó siendo la sulfasalazina en la dosis recomendada por el médico que lo atendía anteriormente en el I.S.S., sin que la NUEVA E.P.S. le hiciera un adecuado control y seguimiento por medicina especializada a la evolución de su patología, manifestando dicha entidad que no era necesario un médico especialista ni exámenes especializados, que bastaba con los exámenes de control con medicina general, pese a que en la fecha en mención se le realizó una biopsia de colon por colitis ulcerativa, la cual indicó compatible con colitis ulcerosa, lesión mucosa colon-sigmoide compatible con pseudopolipo.*”

Se indica que el “*tratamiento que solo fue prescrito por medicina general no fue constante ni regular, ni tuvo un control y seguimiento adecuado por parte de medicina especializada ni exámenes especializados, pese a que era evidente que el señor Juan Hipólito Jaime no presentaba una mejor[í]a en su diagnóstico, sino que por el contrario, la sintomatología fue agravándose con el transcurrir del tiempo, tal como se observa de la Historia Clínica, proceder que continuó hasta el” 9 de octubre de 2013 cuando debió “ser hospitalizado hasta el veintiuno (21) de octubre de 2013 en la Clínica San José de Cúcuta por DIAGNÓSTICO DE ENFERMEDAD DIVERTICULAR, COLITIS ULCERATIVA Y HEMORRAGIAS, con salida y control solo por nutrición.*”

Pone de presente que el 9 de diciembre de 2013, el paciente “*requirió ser hospitalizado nuevamente en la Clínica San José de Cúcuta, por cuadro clínico de aproximadamente 8 días de dolor abdominal de predominio en epigastrio tipo ardor, pérdida de apetito, náuseas, vómito ocasional y fiebre, el cual fue diagnosticado como colitis ulcerativa, moniliasis esofágica y anemia, la cual evolucionó de forma gravosa ... producto del actuar negligente de los profesionales adscritos a la Clínica San José de Cúcuta*”.

Puntualiza que el diagnóstico dado al paciente el día 24 de diciembre de 2013, consistente en neumonía multilobar en resolución, colitis ulcerativa en tratamiento y moniliasis esofágica, *“perseveró hasta el veintisiete (27) de diciembre de 2013, fecha en la cual se le dio salida (...) de hospitalización”*, sin que se denotara que tenía *“pendiente órdenes médicas, reporte de cultivo y concepto por neumología”*, lo cual refleja *“que el plan médico prescrito no correspondía al adecuado para tratar el diagnóstico que en principio presentó el señor JUAN HIPOLITO JAIME, máxime cuando el diagnóstico de ingreso -colitis ulcerativa y moniliasis esofágica- no reflejó mejoras, sino que por el contrario se presentó posteriormente neumonía apical bilateral al noveno día de estar hospitalizado y haber presentado desde el día sexto sintomatología posible a sarocidosis pulmonar, la cual evolucionó a epid crónico con posterior neumonía multilobar.”*

Reseña que *“de la historia clínica no se observa, con posterioridad al período de hospitalización”*, que por el diagnóstico de neumonía multilobar se le realizaran al paciente *“exámenes especializados, ni un control y seguimiento adecuado, empero se evidencia que”* sí tuvo tratamiento y que *“fue cambiado posteriormente”*.

Destaca que el diagnóstico de colitis ulcerativa y moniliasis esofágica que presentaba el paciente, *“se agravó el dieciocho (18) de enero de 2014, cuando tras asistir a control (...) presentó ENFERMEDAD INFLAMATORIA INTESTINAL COLITIS ULCERATIVA, ESOFAGITIS POR CANDIDA KODSI II y GASTRITIS ANTRAL CRÓNICA, indicándole tratamiento”*, el que *“resultó infructuoso pues el tres (03) de marzo de 2014, tras valoración por gastroenterólogo se encontró ESOFAGITIS EROSIVA GRADO A y GASTRITIS SUPERFICIAL ANTROCORPORAL”* y *“posteriormente, tras aproximadamente un año de tratamiento, el día veinticinco (25) de octubre de 2014”* debió ingresar *“a la UCI de la Clínica San José de Cúcuta, con diagnóstico de colitis ulcerativa, hemorragia de vías digestivas bajas y dolor abdominal, sintomatología que evolucionó”*, en la medida en que *“tras dieciséis (16) días presentando un cuadro consistente EN DOLOR ABDOMINAL DIFUSO ASOCIADO A DISTENSIÓN ABDOMINAL, SALIDA DE SANGRE A TRAVÉS DEL RECTO, PÉRDIDA DE SANGRE A TRAVÉS DEL ANO y COLITIS ULCERATIVA CRÓNICA, procedieron a realizarle un procedimiento invasivo donde se le halló PERITONITIS SEVERA GENERALIZADA de más o menos 2000 cc de LÍQUIDO PURULENTO, ABUNDANTES MEMBRANAS FIBRINO PURULENTAS, PERFORACIÓN DE COLON IZQUIERDO, COLITIS ULCERATIVA IZQUIERDA HASTA LA MITAD DE COLON TRANSVERSO y*

MEGACOLON TOXICO, procedimiento que además le generó COLELITIASIS DILATACIÓN INTESTINAL POST COLONOSCOPIA, con desmejora en la salud (...) lo que conllevó a que presentara bradicardia extrema que evolucionó inmediatamente a asistolia”; cuadro clínico que conllevó a que “el servicio médico consider[ara] que dada la severidad del cuadro y la nula respuesta a una reanimación instaurada de las maniobras de compresión torácica no ofrecerían ningún beneficio al pronóstico del paciente por lo que decidieron no realizarlas, lo que conllevó, dada la omisión de socorro por parte de los médicos”, al deceso de quien en vida se llamara Juan Hipólito Jaime Pallares.

Califican que *“el hecho dañino era previsible y en consecuencia podía ser evitado si las entidades prestadoras de los servicios, esto es la Clínica San José y la Nueva E.P.S., hubiesen seguido un protocolo médico adecuado a su sintomatología, máxime cuando los resultados de los exámenes tomados en la UCI en 2013 y 2014 demostraron el deterioro progresivo y acelerado de su estado de salud y, la tórpida mejoría que ofrecía[n] los planes de manejo médico instaurados para su diagnóstico real, lo cual, es sabido por la profesión de medicina que el descuido o la falta de un tratamiento adecuado podría ocasionar el fallecimiento”* del paciente, quien en este caso a sus murió a los 71 años de edad.

Agregan, que el núcleo familiar de Jaime Pallares, se encontraba conformado por su cónyuge, señora Blanca Marlene Contreras Espinel, sus hijos Harold Yohanis Jaime Contreras y Blanca Belén Jaime Contreras, así como por sus nietos Mayra Fernanda Pinto Jaime, Karla Paola Pinto Jaime y Andrés Eduardo Pinto Jaime.

1.2 Trámite de primera instancia

El Juzgado Sexto Civil del Circuito de Cúcuta admitió la demanda por auto del 26 de septiembre de 2018, ordenando la notificación de la parte demandada e imprimiendo el trámite del proceso verbal³.

La CLÍNICA SAN JOSÉ DE CÚCUTA S.A., se notificó personalmente del asunto⁴, y, por conducto de apoderado judicial, dio contestación⁵ esgrimiendo, en resumen, que *“brindó una atención médica idónea, de calidad y oportuna al señor*

³ Ibidem, folio 226, actuación No. [“004AutoAdmisorio.pdf”](#)

⁴ Ib, folio 232, actuación No. [“005Notificacion DdoPoderCComercio.pdf”](#)

⁵ Ib, folios 243 al 278, actuación No. [“008ContestacionDdaClinicaSanJose.pdf”](#)

JUAN HIPOLITO JAIME (Q.E.P.D.) guiada en todo momento a asegurar su derecho a una atención médica digna y de calidad, así como de pretender siempre actuar en pro de mejorar su salud según los protocolos médicos vigentes y las posibles acciones que los galenos adscritos” a su entidad “pudieran realizar”.

En ese orden, empezó por aclarar que el paciente *“presentaba una patología crónica correspondiente a colitis ulcerativa la cual fue diagnosticada desde el año 2001”, que “fue tratada a lo largo de los años por diferentes especialistas y entidades prestadoras del servicio de salud, dejando de presente que al ser esta patología catalogada como crónica quiere decir que no es una enfermedad que pueda ser curada, sino que por más que se pueda estabilizar esta sigue avanzando y dañando el organismo del paciente gradualmente, motivo por el cual se le da la connotación de crónica”.*

Transcurridos 12 años desde el diagnóstico, y luego de *“una serie de tratamientos, recetado una variedad de medicinas”,* es que el señor Juan Hipólito Jaime ingresó a sus instalaciones *“con un evidente estado de salud deteriorado por la patología que presentaba”,* razón por la que, a través de sus galenos, adoptó *“las medidas necesarias para estabilizar y mejorar la situación de salud en que se encontraba, propósito que se logró gracias a [su] correcto actuar”* como bien da cuenta la historia clínica, de ahí que le dio de alta el día 27 de diciembre de 2013.

Durante los 10 meses siguientes, el paciente *“no acudió en ningún momento”* a sus dependencias, *“sino que (estando en todo su derecho) por cuenta propia y bajo su responsabilidad exclusiva, solicitó atención médica en otras entidades de salud e incluso con médicos especialistas de manera independiente que le realizaron diferentes diagnósticos, tratamientos, exámenes invasivos y se le recetaron una variedad de medicamentos”,* que junto con los que ordenó *“no dieron ningún tipo de resultado satisfactorio que evidenciara una mejoría en la salud del paciente, sino muy por el contrario agravaron su estado de salud entre el momento de egreso de la CLINICA SAN JOSE DE CUCUTA y el momento de ingreso nuevamente el 25 de octubre de 2014, momento en el cual el paciente ingresó (...) en condiciones regulares”.*

Pese a que al paciente le fueron realizados los tratamientos idóneos para su patología, con el propósito de salvar su vida cuando reingresó en noviembre de 2014, *“decidieron realizar una intervención quirúrgica de urgencia debido al grave*

estado de salud en que estaba el paciente, encontrándose con lo que fue diagnosticado como un megacolon producto de la patología crónica y el estado tórpido de salud en que ingresó el paciente, siendo este procedimiento quirúrgico un procedimiento de rescate”, pero “lamentablemente (...) tuvo un paro cardio respiratorio que afectó de manera gravosa su estado de salud generando una ausencia total de respuesta neurológica, lo cual ocasionó que fuera declarada la muerte cerebral del paciente”, y, seguidamente, presentó “paro cardio respiratorio, (...) presenta bradicardia extrema que evolucionó en asistolia, frente a lo cual, a pesar de realizarse las maniobras de compresión torácica, el paciente no dio respuesta alguna pues ya había sufrido una muerte cerebral o encefálica por lo que se decidió no seguir con dichas maniobras y se declaró su muerte.”

Agrega que “no existió ninguna pérdida de oportunidad debido a que (...) para configurar[la] (...) es absolutamente necesario demostrar la certeza de la existencia de una oportunidad, la cual no existió en el caso en concreto”, toda vez que, “según lo dispuesto por el artículo segundo (2°) del decreto (sic) 1546 de 1998”, para cuando el paciente presentó “la bradicardia extrema (...) ya era considerado por el ordenamiento jurídico colombiano como fallecido”, pues “presentaba signos de hipoperfusión severa y ausencia total de respuesta neurológica, sin reflejos centrales, corneal, traqueal, sin respuesta al dolor y con midriasis fija, tal y como consta en su historia clínica, por lo que fue diagnosticado con una muerte cerebral, lo cual comprueba de manera veraz el hecho que (...) no tenía certeza de la existencia de una oportunidad”. De ahí que, indica, los profesionales de la salud “no estaban obligados a seguir con las maniobras de reanimación”, sin que ello constituya “un daño o una omisión, pues como muy bien lo dijo la Honorable Corte Constitucional en su sentencia del 9 de abril de 2014, ‘(...) el estado de muerte encefálica de acuerdo con lo aceptado por la ciencia médica y lo ratificado por el decreto 2394 de 2004 para el caso colombiano, implica la no realización de las funciones vitales de forma autónoma, como consecuencia de un daño en el encéfalo que se considera irreversible, lo que justifica que se considere a la persona en estado cadavérico y sea posible expedir el certificado de defunción por parte del profesional forense”.

Con abrigo en lo anterior, se opone a las pretensiones de la demanda, y, por ende, esgrime como excepciones perentorias las que intituló: i) “INEXISTENCIA DE PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD”; ii) “INEXISTENCIA DE DAÑO ATRIBUIBLE A LA CLINICA SAN JOSE DE CUCUTA”; iii) “INEXISTENCIA DE OMISION O ACTUAR

INCORRECTO POR PARTE DE LA CLINICA SAN JOSE DE CUCUTA”; iv) “OBJECCIÓN POR FALTA DE IDONEIDAD Y DE FUNDAMENTOS DEL DICTAMEN PERICIAL APORTADO POR LA PARTE ACTORA” y v) “LA GENÉRICA”.

En escrito aparte, solicitó llamar en garantía a la compañía SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. y que se resuelva sobre la relación contractual existente entre éstos, para que se condene a la segunda a pagar las sumas de dinero que deba cancelar por los perjuicios reclamados en el proceso, habida cuenta que *“para la época de los acontecimientos ocurridos”* tenía vigente la póliza No. 7632401-8, por lo que está llamada a responder en el evento de resultar vencida⁶.

La NUEVA EPS S.A., se notificó mediante aviso⁷ de la acción incoada en su contra, y en uso del derecho de defensa y contradicción⁸, preliminarmente precisa que los hechos en que se funda la demanda son anteriores a su nacimiento al mundo jurídico (autorizada para funcionar como entidad promotora de salud del Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud mediante Resolución No. 371 del 3 de abril de 2008, iniciando operaciones a partir del 1º de agosto del 2008), y que el traslado de pacientes fue a prevención, según regulación inicial en el *“decreto 055 de 2007 modificado posteriormente por el Decreto 2713 del mismo año, modificado parcialmente por el decreto 781 de 2008 (sic)”*. Por ende, pide que al momento en que se califique su responsabilidad se debe tener en cuenta el *“verdadero estado de salud en que llegó”* el paciente y que se verifique si *“efectivamente (...) prestó los servicios que estaban a su alcance”*, sin que deba *“llevar a costas las responsabilidades generadas con anterioridad a su creación y entrada en funcionamiento, ya que la afiliación se da por orden legal en virtud de un traslado a prevención de los antiguos afiliados del ISS, para mantener su derecho fundamental a la salud sin ningún tipo de interrupción”*.

También, pide tener en cuenta que el hecho generador del presunto daño, corresponde a un supuesto diagnóstico y tratamiento errado, el cual fue llevado a cabo en otra entidad promotora de salud que tenía afiliado al señor Juan Hipólito Jaime Pallares, por manera que la misma debe responder por la calidad del servicio que prestó, motivo por el que carece de legitimación en la causa, pues para entonces, insiste, no se encontraba en funcionamiento.

6 lb, folios 1 al 4, subcarpeta No. *“02CuadernoLlamamientoEnGarantia”*, actuación No. [“001CuadernoLlamamientoEnGarantia.pdf”](#)

7 lb, folio 241, actuación No. *“007EntregaDdaaNuevaEPS.pdf”*

8 lb, folios 296 al 317, actuación No. *“011ConestacionDDANuevaEPs.pdf”*

Estima pertinente referir las funciones que legalmente le han sido asignadas por ley a las Entidades Promotoras de Salud, pues, a partir de allí, se debe calificar su responsabilidad y no bajo otro tipo de funciones que se encuentran en cabeza de Instituciones Prestadoras de Salud que es donde se desarrolla “*el tratamiento médico*”.

Agrega, que no le asiste el deber legal de guarda de la historia clínica pues la custodia de la misma corresponde a las Instituciones Prestadoras de Salud conforme “*lo señalado en la ley 23 de 1981 y sentencia de la H. Corte Constitucional T- 413 de 1993*”.

Tras resistirse al éxito de las pretensiones, con fundamento en lo anterior elevó las excepciones de mérito de: i) “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*”; ii) “*INDEPENDENCIA DE LA NUEVA EPS RESPECTO DE EL (sic) ISS. NATURALEZA JURÍDICA DE LA NUEVA EPS S.A. - AUTONOMÍA FRENTE A LA EPS DEL ISS*” (sic); iii) “*INEXISTENCIA DE RELACIÓN CONTRACTUAL DE NUEVA EPS CON EL AFILIADO, LA IPS TRATANTE Y EL MEDICO TRATANTE PARA LA ÉPOCA DE LOS HECHOS GENERADORES DEL PRESUNTO DAÑO*”; iv) “*AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LA NUEVA EPS POR CUANTO LOS HECHOS ADUCIDOS SE DIERON CON ANTELACIÓN A SU ENTRADA EN FUNCIONAMIENTO*”; v) “*AUSENCIA DE CULPA y RUPTURA DEL NEXO CAUSAL POR HECHO IMPUTABLE DE MANERA EXCLUSIVA A UN TERCERO*”; vi) “*INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR PARTE DE NUEVA EPS*”; vii) “*INEXISTENCIA DE HECHO ILÍCITO Y CABAL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE NUEVA EPS S.A. A PARTIR DE LA AFILIACIÓN DEL SEÑOR JUAN HIPÓLITO JAIME*”; viii) “*CARENCIA ABSOLUTA DE PRUEBA DE NEXO CAUSAL ENTRE LA OMISIÓN ENDILGADA A NUEVA EPS Y EL DAÑO ALEGADO*” y iv) “*EXCEPCIÓN GENÉRICA*”.

A la par, en razón a que para el momento de los hechos tenía suscrito y en vigencia contrato de prestación de servicios asistenciales del plan obligatorio de salud del régimen contributivo bajo la modalidad de evento con la CLÍNICA SAN JOSÉ DE CÚCUTA S.A., llamó en garantía a ésta última, para que, de ser

condenado, sea la llamada quien reembolse totalmente el pago que deba hacer por virtud de esa relación contractual⁹.

Por su parte, las convocadas a voces del llamamiento en garantía, en uso de su derecho de contradicción y de manera oportuna dieron respuesta así:

La compañía SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., enfiló excepciones frente a la modulación de la responsabilidad de cara a la póliza objeto de llamamiento, consistentes en: i) *“LÍMITE MÁXIMO DE LA INDEMNIZACIÓN DERIVATIVA DE LA NEGOCIACIÓN RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL PARA CLÍNICAS Y HOSPITALES”*; ii) *“OBSERVANCIA CONTRACTUAL DE LOS LLAMADOS DEDUCIBLES DEL 10% de la indemnización [a] que resultare ser condenada la asegurada a pagar con ocasión de la controversia objeto de autos”* y la iii) *“EXCEPCIÓN GENÉRICA” O INNOMINADA*. Igualmente, presentó excepciones respecto a la demanda, que denominó: i) *“AUSENCIA DE VÍNCULO DE CAUSAUDAD entre la conducta asumida por la CLÍNICA SAN JOSÉ DE CÚCUTA S.A., y la ocurrencia del daño alegado por los actores”*; ii) *“EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA por parte de la CLÍNICA SAN JOSÉ DE CÚCUTA S.A.”*; iii) *“CONDUCTA DILIGENTE IDÓNEA Y OPORTUNA EN LA PRESTANCIA DEL SERVICIO MÉDICO POR PARTE DE LA CLÍNICA SAN JOSÉ DE CÚCUTA S.A., AL PACIENTE JUAN HIPÓLITO JAIME”*; iv) *“AUSENCIA DE OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA POR PARTE DE LA CLÍNICA SAN JOSÉ DE CÚCUTA S.A.”*; v) *“NO ESTRUCTURACIÓN LEGAL DE PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD”* y vi) *“GÉNÉRICA O INNOMINADA”*¹⁰.

A su turno, la CLÍNICA SAN JOSÉ DE CÚCUTA S.A.¹¹ se opone a la prosperidad del llamamiento en garantía, para lo cual esgrime las siguientes excepciones: i) *“CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS ASISTENCIALES DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO BAJO LA MODALIDAD DE EVENTO DE LA CLÍNICA SAN JOSÉ DE CÚCUTA S.A.”*; ii) *“LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA CLÍNICA SAN JOSÉ DE CÚCUTA S.A.”*; iii) *“VALOR PROBATORIO DE LA HISTORIA CLÍNICA DEL SEÑOR JUAN HIPOLITO JAIME (Q.E.P.D.)”*; iv)

9 lb, folios 1 al 4, subcarpeta No. *“03CuadernoLlamamientoEnGarantia2”*, actuación No. [“001CuadernoLlamamientoEnGarantia2.pdf”](#)
10 lb, folios 46 al 55, subcarpeta No. *“02CuadernoLlamamientoEnGarantia”*, actuación No. [“001CuadernoLlamamientoEnGarantia.pdf”](#)
11 lb, folios 20 al 30, subcarpeta No. *“03CuadernoLlamamientoEnGarantia2”*, actuación No. [“001CuadernoLlamamientoEnGarantia2.pdf”](#)

“AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD ATRIBUIDA A LA CLÍNICA SAN JOSÉ DE CÚCUTA POR LOS HECHOS Y PRETENSIONES DEMANDADAS Y LOS HECHOS Y PRETENSIONES DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA”; v) “INEFICACIA DE CLAUSULA DE INDEMNIDAD, PACTADA EN EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS” y vi) “LA GENÉRICA”.

1.3 Sentencia de Primera Instancia

La primera instancia concluyó con sentencia escritura proferida el día veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022) por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Cúcuta, despacho que niega las pretensiones de la demanda. Consecuencialmente, se abstiene de estudiar los medios exceptivos formulados por la parte demandada, así como los elevados por los llamados en garantía, dispone la terminación del proceso, y condena en costas en esa instancia a los demandantes¹².

Para arribar a tal decisión, la sentenciadora, tras traer a colación citas jurisprudenciales, normas legales y los medios de convicción incorporados al plenario, consideró que la enfermedad de colitis ulcerativa que padecía el señor Juan Hipólito Jaime Pallares es catalogada como crónica, lo que hace que sea *“tratable pero no es curable”*, amén de que *“es de muy difícil manejo médico”*, lo que explica que aquél recibiera *“tratamiento en diferentes entidades sanitarias y especialistas”* para lograr controlar su afección, pero *“no su desenlace el cual era inevitable por la misma condición de la patología derivada de su cronicidad”*; circunstancia que hizo que la respuesta al tratamiento sea tórpida tal como quedó descrito por los galenos en la Historia Clínica.

En cuanto al dictamen pericial arrimado por lo actores, si bien este colige que: *“1. Hubo retraso en la realización inicial de los métodos diagnósticos; 2.- Control y seguimiento de la enfermedad por parte de médico no especializado en la patología a cargo de su EPS; 3.- Omisión de tratamiento quirúrgico por una patología que no respondía al tratamiento; 4.- No reanimación cardio cerebro pulmonar de paciente críticamente enfermo”*, para la funcionaria no es de recibo comoquiera que el concepto científico deriva de un médico cirujano, y *“para la patología de base que*

12 Cuaderno digitalizado de primera instancia, subcarpeta *“01CuadernoPrincipal”*, actuación No. [“038SentenciaPrimeraInstancia.pdf”](#)

presentaba el paciente y que condujo a su fallecimiento este fue tratado por la especialidad de “GASTROENTEROLOGÍA” entonces si bien y muy respetable su concepto médico, para el tipo de responsabilidad alegada, se requería que un par médico en esta misma especialidad (...) indicara (...) si los procedimientos, tratamientos y respuesta médicas fueron o no la adecuada”. Además, el auxiliar de la justicia “no (...) anexo la experiencia relacionada”, la que sólo informa pero no acredita, “siendo así no se dan los presupuestos de que trata el artículo 226 del C. G. del P. y no es dable considerarlo como soporte para adoptar la decisión de fondo”.

Referente a la petición subsidiaria, esto es, la alegada pérdida de oportunidad, estimó que la misma “no se torna ni seria ni real, ya que como bien se demuestra con la Historia Clínica el cuadro del señor JUAN HIPOLITO JAIME (Q.E.P.D.) era en exceso severo y a más de éllo (sic) los galenos tratantes en UCI determinaron que ya no tenía respuesta neurológica, siendo así cualquier maniobra a realizar no ofrecía ningún beneficio para el pronóstico del paciente, en estas condiciones no se estructura tal figura jurídica”.

Con todo, concluyó que “no existe prueba del nexo causal entre la conducta endilgada a los demandados (...) consistente en falta de servicios médicos especializados alegados, exámenes especializados, control y seguimiento adecuado y un correcto tratamiento para la sintomatología del paciente”, menos aún que hubiesen incurrido en omisión de socorro, pues, la génesis de la patología “no puede atribuirse de manera exclusiva a la atención médica brindada por los convocados, toda vez que como se dijo en líneas precedentes (...) la causa de no respuesta a los tratamientos médicos del paciente, su fallecimiento y la pérdida de oportunidad son ajenas a la actuación de las entidades demandadas y de sus agentes”, ya que radica en “la evolución de una enfermedad crónica que” el paciente padecía, quien recibió “todos los servicios médicos requeridos (...) de acuerdo a su diagnóstico para preservar su vida”, sin que obre “en el expediente prueba alguna que indique que los actos médicos que realizaron las convocadas (...) fuer[a]n los generadores del daño sufrido por el mismo en virtud del daño acaecido – fallecimiento del paciente-”.

1.4 Apelación

Notificada la providencia en estrados, fue apelada por la parte demandante¹³, lo que explica la presencia del proceso en esta Corporación, planteando, dentro del término legal previsto en el canon 322 procesal, los siguientes reparos a tal decisión:

“1. Indebida valoración del material probatorio obrante dentro del proceso, en especial falta al deber que le asiste a los operadores judicial de valorar en su conjunto todo el acervo probatorio, de cara a hallar la verdad dentro del proceso (artículo 176 del C.G.P.).

“2. Falta de aplicación de las normas contenidas en la Lex Artis médica, en especial, la ley (sic) 23 de 1981.

“3. Falta de cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 279 y 280 de la Ley 1564 de 2012.

“4. Falta de aplicación de los precedentes (sic) jurisprudenciales que rigen la óptica de la responsabilidad civil médica en Colombia, en especial, la (sic) subreglas que determinan los sistemas de aligeramiento de la carga probatoria en favor de la víctima del daño, parte más débil dentro de la relación médico legal.

“5. Falta de análisis y pronunciamiento sobre la pretensión subsidiaria de “pérdida de oportunidad”.”

Dentro de la oportunidad concedida para sustentar el recurso conforme a lo preceptuado en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, los demandantes reiteraron que la prestación del servicio médico brindado a Juan Hipólito Jaime Pallares fue inoportuno, desacertado, inapropiado, inadecuado, carente de seguimiento de la patología padecida e incluso carente de cumplimiento de los estándares médicos para declarar el deceso de aquél. Por esa línea, con especial énfasis en el dictamen pericial por ellos arrimado, sustentaron una a una las inconformidades blandidas. De cada uno de esos embates, puede extractarse lo siguiente¹⁴:

Indica que dimana de los medios de convicción practicados una *“demora en la atención y seguimiento al paciente por parte de un médico especialista”* y a su vez *“demora y reconsideración del tratamiento formulado, ante la no mejoría del paciente – Falta de aplicación de alternativas terapéuticas ante la ausencia de evolución positiva del enfermo”*. Es más, que la asistencia médica brindada en el *“último segundo de vida del paciente”*, falla *“por omisión, pues según registra la*

13 Ib., actuación No. [“039Recurso de Apelacion.pdf”](#)

14 Expediente híbrido. Cuaderno segunda instancia, actuación No. [“14SUSTENTACION RECURSO.pdf”](#)

historia clínica textualmente, al paciente ya no se le ofrecieron maniobras de reanimación, aun cuando no existía certeza científica que declarara la muerte cerebral comprobada técnicamente – no se aplicó el protocolo médico-”. Luego, “los médicos tratantes (...) no diagnosticaron correcta y peritamente la muerte cerebral del paciente, como también, en base a un juicio errado, le negaron la asistencia y tratamiento en un momento crítico de su vida, con lo cual, ante la omisión y la gravedad del enfermo, el desenlace fue la muerte”.

Pone de presente que se pretermitieron los artículos 10, 13 y 17 de la Ley 23 de 1981, comoquiera que: i) *“ha quedado reflejado en la historia clínica y el dictamen pericial rendido, [que] al paciente le demoraron más de cuatro (04) años para realizarle el diagnóstico a través de los exámenes especializados y así poder tener certeza sobre sus padecimientos, lo que género como es lógico, un diagnóstico tardío, y por ende, un tratamiento tardío”;* ii) *“al paciente se le privó de un método terapéutico ampliamente aceptado y comprobado en la ciencia médica, incluso para lograr la total curación de los enfermos que no mejoran de colitis ulcerativa crónica, el cual consistía en intervención quirúrgica denominada “colectomía o rectocolomía” (sic), según el momento y evolución de la enfermedad, en que se practicara”* y iii) *“se le despojó de asistencia y tratamiento médico, en un punto crítico de su existencia, sin la debida comprobación científica que pudiera descartar cualquier probabilidad de vida”, por manera que “el enfermo padeció la malignidad por alrededor de trece (13) años, en los cuales, lo ideal, lo perito, era ir escalonando el tratamiento, desde los fármacos hasta al alternativa quirúrgica, opción medica que le fue negada”.*

Estiman que el veredicto no analiza apropiadamente cada prueba practicada, las que tampoco fueron apreciadas *“en su conjunto a efectos de hallar la verdad de lo sucedido”,* de ahí que echan de menos *“las reglas de la sana critica”.* Además, disiente del *“desmérito”* otorgado *“al dictamen pericial rendido por el perito médico Eduardo de la Hoz Merlano”,* por cuanto no advierten *“la aplicación de un discernimiento y valoración más profundo, matizado desde diferentes ópticas o dimensiones, a fin de no desechar de un tajo la prueba especializada y de utilidad para hallar la verdad dentro del proceso”.*

Concluyen que la juzgadora de primer nivel *“paso por alto al momento de proferir la decisión, la línea jurisprudencial que nivela la desigualdad procesal en materia de derecho de pruebas, en el ámbito de la presente responsabilidad médica,*

y con ello, quebró principios fundamentales superiores, al igual que principios procesales elementales, lo que generó una afectación a la parte demandante – parte procesal débil-, omisión que debe ser enmendada a fin de aplicar la justicia material en la presente causa judicial.”

Finalmente, exponen que media pérdida de oportunidad en la medida en que *“de las circunstancias fácticas reveladas en la historia clínica frente a los padecimientos de salud que presentaba el señor Juan Hipólito, lo adecuado conforme a la literatura médica especializada, teniendo en cuenta la no evolución satisfactoria del paciente frente al diagnóstico de colitis ulcerativa crónica, era una intervención medica (sic) quirúrgica inmediata denominada colectomía, con el objeto de intentar por otro medio médico, igualmente recomendado y eficaz, restaurar la salud del paciente”*. Por lo tanto, la no práctica de la intervención, restó *“probabilidades de sanación o curación al señor Juan Hipólito Jaime, el cual tristemente falleció, a consecuencia de la no curación de la Colitis Ulcerativa, patología que solo fue agravándose y agravándose, cada vez más, durante todo el tratamiento y seguimiento médico aplicado”*. Agregan que también se ubica en esa teoría *“la no aplicación de los protocolos para reanimación cardio cerebro pulmonar del paciente críticamente enfermo sin diagnóstico de muerte cerebral por parte de neuroespecialidad. Omisión ocurrida al final del estado crítico del paciente, día nueve (09) de noviembre del año 2014, fecha en la que ocurrió su deceso estando en la UCI de la clínica San José; Si bien no existe certeza, de qué de haber aplicado la mencionada reanimación, el paciente continuara con vida, dicha omisión sí que le resto probabilidades de sanación y por ende de oportunidades de seguir viviendo.”*

Las convocadas a juicio, en tanto, se opusieron al éxito del recurso de apelación¹⁵.

2. CONSIDERACIONES

2.1 Validez de lo actuado

15 Ibidem, actuaciones Nos. [“17PronunciamientoFrenteASustentacion.pdf”](#); [“19PronunciamientoFrenteASustentacion NUEVA EPS S.A.pdf”](#) y [“21PronunciamientoFrenteASustentacionCLINICA SAN JOSE.pdf”](#)

Realizado el control de legalidad que manda el artículo 132 del Código General del Proceso, no se advirtió vicio ni irregularidad alguna que configuren nulidad. Así mismo, se aprecian reunidos los presupuestos procesales requeridos para proferir una decisión de fondo.

2.2 Problemas Jurídicos

Corresponde entonces a la Sala, atendida la limitante que el inciso primero del artículo 328 impone al funcionario de segunda instancia, determinar si, tal y como lo sostiene la parte impugnante, el deceso del señor Juan Hipólito Jaime Pallares se produjo por haberse incurrido en negligencia en la prestación del servicio médico prestado, específicamente, configurándose pérdida de oportunidad de recuperación conforme con lo preceptuado por nuestra jurisprudencia patria.

2.3 De la responsabilidad médica y del principio de oportunidad en la prestación del servicio de salud.

Para dar respuesta a ese problema jurídico ha de partirse del concepto de responsabilidad médica, que se concibe como el deber inexcusable que le asiste al prestador de los servicios de salud, de resarcir todo daño que ocasione a la vida o a la integridad del paciente en la aplicación u omisión de cualquier procedimiento terapéutico, quirúrgico o de diagnóstico, que deviene del deber del médico, EPS o IPS de procurar su sanidad proporcionándole todos los mecanismos curativos de que disponga para ello conforme a la *lex artis*.

Nuestro sistema constitucional le ha dado al derecho a la salud la importancia que la misma requiere elevándolo a la categoría de fundamental autónomo – reconocido así actualmente en el artículo 2° de la Ley 1751 de 2015, Estatutaria de la Salud– y lo ha enlazado al concepto de dignidad humana, por lo que no puede pasarse por alto que su garantía comprende varios factores o facetas que van desde la prevención, mediante la cual se busca evitar la enfermedad resultando pertinente la prestación de los servicios médico-científicos idóneos¹⁶, hasta la rehabilitación o restablecimiento en la que se procura eliminar la perturbación a la salud mediante

16 Sent. T-118A/13.

la cura de la enfermedad, padecimiento o trauma, o mitigar sus efectos o consecuencias negativas.

En consonancia con esa complejidad, la Ley 100 de 1993, que creó el Sistema de Seguridad Social Integral, contempla en el artículo 2º, como uno de sus principios rectores, el de la integralidad que obliga a la cobertura de todas las contingencias que puedan afectar la salud y, en general, las condiciones de vida de la población, imponiendo a las EPS, como una de sus funciones específicas, la de *“establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las instituciones prestadoras de servicios de salud”*¹⁷, que les exige el deber legal de garantizar la calidad y eficiencia de tales servicios, por cuya inobservancia comprometen su responsabilidad. Por tal razón, la aludida Ley 1751 de 2015, en su artículo 8, consagró de manera expresa el principio de integralidad en la prestación de los servicios y tecnologías de salud.

Por su parte, el artículo 2º del Decreto 1011 de 2006, que estableció el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud, definió la atención en salud como *“el conjunto de servicios que se prestan al usuario en el marco de los procesos propios del aseguramiento, así como de las actividades, procedimientos e intervenciones asistenciales en las fases de promoción y prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se prestan a toda la población”*. Igualmente, consigna esa norma que por calidad de la atención de salud se entiende *“la provisión de servicios de salud a los usuarios individuales y colectivos de manera accesible y equitativa, a través de un nivel profesional óptimo, teniendo en cuenta el balance entre beneficios, riesgos y costos, con el propósito de lograr la adhesión y satisfacción de dichos usuarios”*.

Además, el subsiguiente artículo de dicho estatuto –artículo 3º–, previó que las acciones del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de Atención en Salud han de centrarse en el usuario; y para efectos de evaluar y mejorar dicha calidad de atención en salud, debe cumplirse, entre otras, con la característica de la **“oportunidad”** en la prestación del servicio, que, no es cosa distinta a *“la posibilidad que tiene el usuario de obtener los servicios que requiere, sin que se presenten retrasos que pongan en riesgo su vida o su salud. Esta característica se*

17 Ley 100/93, Art. 178, Num. 6

relaciona con la organización de la oferta de servicios en relación con la demanda y con el nivel de coordinación institucional para gestionar el acceso a los servicios” (subraya la Sala).

De conformidad con los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, la atención en salud al igual que la seguridad social son servicios públicos de carácter obligatorio y esenciales a cargo del Estado, que pueden prestarse a través de entidades públicas o privadas. Empero, el talante de servicio público *per se*, caracteriza que su prestación sea continua, implicando que en tratándose del derecho de salud, su asistencia sea ininterrumpida, constante y permanente.

Al respecto, la máxima guardiana de la constitución sostiene *“que una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de manera que el mismo no sea suspendido o retardado, antes de la recuperación o estabilización del paciente. Asimismo, este derecho constitucional a acceder de manera eficiente a los servicios de salud, no solamente envuelve la garantía de continuidad o mantenimiento del mismo, también implica que las condiciones de su prestación obedezcan a criterios de calidad y oportunidad.”*¹⁸

De tal manera, el principio de oportunidad en la prestación del servicio se encuentra ligado con el de continuidad; por tanto, **no es de recibo que surjan interrupciones so pretexto del advenimiento de problemas presupuestales o de falta de contratación, ni mucho menos bajo la invención de trámites administrativos innecesarios que constituyan realmente una cortapisa a la satisfacción del derecho a la salud.**

Sin embargo, es razonable que el acceso a los servicios médicos se vea, algunas veces, interrumpido por la superación de ciertos trámites administrativos; empero, **el adelanto de aquellos no puede ser desmedido al punto que la demora excesiva irrumpa en el tratamiento e imponga al usuario cargas que no le corresponde asumir**, por lo que la garantía del derecho de acceso al sistema de salud, ha de ser libre de barreras oficinescas y administrativas, dado que en ello pende la oportunidad y calidad del servicio.

18 Sentencia T-234 de 2013, reiterada mediante sentencia T-121 de 2015.

Además, debe tenerse en cuenta que en ese marco del Sistema Obligatorio de Garantías de Calidad de la Atención de Salud impuesto mediante el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), como lo tiene explicado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, *“la lex artis ad hoc es un concepto concreto, medible, transparente y constatable a la luz de los dictados de la medicina evidencial, que no sólo es bien intencionada sino que además está bien orientada, documentada y experimentada”*. De donde se sigue que ese es el parámetro objetivo de valoración probatoria que devela *“la conducta (activa u omisiva) de los agentes prestadores del servicio de salud, a fin de poder determinar la presencia de los elementos que permiten atribuir responsabilidad civil, o descartarlos si no hay prueba de ellos en el proceso”*¹⁹.

En ese orden de ideas, la responsabilidad surge cuando no se ha observado la diligencia debida en la prestación de los servicios médicos requeridos conforme a la *lex artis* para el caso concreto, juzgada, como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia²⁰, *“según aspectos como los riesgos usuales, el estado del conocimiento, los protocolos aconsejados por la buena práctica”* (resalta la Sala), por cuanto *“la responsabilidad médica no puede estar sujeta a modelos prefigurados de responsabilidad, ni a estándares predeterminados de culpa; pues aquí no se trata de una culpa ordinaria sino de una profesional que debe ser estimada a la luz de la complejidad de la ciencia, y a su estado para el momento en que se aplicó”*.

Y la prueba de la diligencia corresponde a quien ha debido emplearla, por cuanto, como lo ha reiterado también la jurisprudencia, *“en materia de responsabilidad médica, ab initio, no puede ser desestimada la posibilidad de aplicar la presunción de la culpa médica. Y así ha de ser, por cuanto si al paciente se le ofrece por opinión docta una prestación de salud para su cura o alivio, y de ello se le deriva el agravamiento del mal o el padecimiento de otros nuevos, o en ocasiones la muerte, razonable es inferir que hubo error médico y culpa de quien realizó la práctica médica, la misma que se ha de desvirtuar con explicaciones que, por regla, sólo las puede dar un especialista, y el primer llamado a hacerlo es quien las recomendó o realizó, bastando para que ellas sean justificativas que se acredite un modo de comportamiento diligente, oportuno, adecuado; una diligencia conforme a los protocolos regulares que aconsejan la buena práctica; o que los efectos eran imprevisibles, o que según los riesgos asumidos no eran controlables, sin ser*

19 SC9193-2017, M.P. Ariel Salazar Ramírez, 28 de junio de 2017.

20 Sala Cas. Lab. Sent. 22/enero/08, MP Eduardo López Villegas, exp. 30621

necesario para exculparse, llegar hasta determinar cuál fue la causa o causas ciertas del resultado adverso²¹ (destaca la Sala).

Ahora bien. La herramienta probatoria fundamental, para la determinación del hecho dañoso o falla médica, indiscutiblemente la constituye la historia clínica, la que, como lo expone nuestro Máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria “... *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. 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, que 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*”²² (Resalta la Sala).

No obstante, el incumplimiento de ese deber profesional, o incluso de aporte incompleto de la historia clínica, si bien es un indicio en contra de los profesionales de la salud, como lo puntualiza la Sala de Casación Civil, no es “*la acreditación de la causación del daño por el solo efecto de la omisión en el cumplimiento de este deber profesional*”²³, toda vez que no traduce que “*esté ante una prueba tasada, específicamente establecida en la ley, para la acreditación de un hecho. Porque una cosa es la pertinencia de la prueba, es decir, su relación con el hecho a probar, que en la historia clínica es indiscutible frente a la reconstrucción histórica que se persigue conocer, y otra muy distinta su poder de convicción, su mérito persuasivo, su mayor o menor prolijidad*”²⁴.

2.4 Del caso concreto

21 Sent. Citada Sala Cas. Lab.

22 Sent. Cas. Civ. del 17 de noviembre de 2011, M.P. Willian Narmén Vargas

23 SC5641-2018, M.P. Margarita Cabello Blanco, 14 de diciembre de 2018.

24 Eiusdem.

En esta oportunidad, teniendo en cuenta el soporte de la demanda así como la censura que se hace a la sentencia de primer nivel, puede decirse que el apelante atribuye el desenlace fatal del señor Juan Hipólito Jaime Pallares a una falla médica porque, en su sentir, se encuentra acreditado en el expediente que el diagnóstico de colitis ulcerativa crónica izquierda fue tardío e indebidamente tratado.

Puestas así las cosas, imperioso resulta entonces para la Sala determinar si en la prestación del servicio médico brindado a Juan Hipólito Jaime Pallares de cara a su patología –colitis ulcerativa crónica izquierda–, contó con el tratamiento médico apropiado que su cuadro clínico exigió conforme el cumplimiento de los cánones de la *lex artis*. Ello, a efectos de determinar si, en realidad, se halla probado que su deceso devino exclusivamente de la omisión de realizar la cirugía de colectomía para que lograra “*la total curación*” de la enfermedad que lo aquejaba.

Para el efecto, pertinente resulta para la Sala apoyarse en literatura médica, no solo en lo que respecta a la definición de la enfermedad y su etiología, sino que también la que dé cuenta de su práctica clínica.

Al respecto, la Revista Colombiana de Gastroenterología, ilustra, en su Guía Para el Manejo de Colitis Ulcerativa (CU) en Población Adulta²⁵, que “*es una enfermedad crónica multifactorial de etiología desconocida, **incurable**, caracterizada por la presencia de inflamación difusa en la mucosa colónica en ausencia de granulomas*”, la cual “*afecta al recto y se extiende en sentido proximal con forma variable, simétrica y circunferencial a lo largo del colón. (...) Su **curso clínico es intermitente, caracterizado por períodos de remisión y recaídas, y sus síntomas característicos son diarrea sanguinolenta asociada frecuentemente a urgencia y tenesmo rectal; cuando la enfermedad es extensa, se presentan síntomas sistémicos***” (resalta y subraya la Sala). Esta patología tiene un patrón bimodal, bien puede aparecer entre los 15 y los 30 años o entre los 50 y 70 años. Y tiene un factor de riesgo independiente muy importante como lo es el antecedente familiar.

Todos los estudios relacionados con esta enfermedad no dudan en indicar que “*impacta negativamente la calidad de vida de los pacientes que la padecen, afectando seriamente el desempeño laboral y las condiciones de salud. Gran parte*

25 Fuente: [Revista Colombiana de Gastroenterología](#)

de los pacientes que la presentan son diagnosticados tardíamente y hasta en la mitad de los casos el diagnóstico se realiza después de 1 año del inicio de los síntomas.”

Para diagnosticar la enfermedad debe tenerse en cuenta *“la historia clínica, los hallazgos al examen físico, las alteraciones endoscópicas o radiológicas, los exámenes de laboratorio y las alteraciones histopatológicas características”*. Y se confirma la presencia de la patología mediante biopsia.

Estudios han demostrado que el 40% de los pacientes a los que les ha sido diagnosticada por primera vez solo presentan proctitis (inflamación en el recto), un 30% a 40% tiene compromiso limitado al colon izquierdo, y entre el 20% y 30% presentan pancolitis, los cuales tienen peor pronóstico.

También indica que *“el tratamiento se hace con intervenciones farmacológicas y, en casos específicos, con cirugía. Sin embargo, y pese a la existencia de múltiples estudios aleatorizados”, destaca la revista que “algunas de las situaciones clínicas relacionadas con la entidad continúan siendo respondidas mediante el juicio clínico y la opinión de expertos, lo que se ha visto reflejado en las diferencias conceptuales para el tratamiento de estos pacientes”* (subraya la Sala). Luego, es el cuadro clínico del paciente lo que determina el tratamiento a seguir.

En similar sentido, la *“Guía de práctica clínica (GPC) para la detección temprana, diagnóstico, tratamiento, seguimiento y rehabilitación de pacientes con diagnóstico de cáncer de colon y recto”*, año 2013, vigente para la época en que se practicó la colectomía al señor Juan Hipólito Jaime Pallares (Q.E.P.D.), pero que valga poner de presente tiene en consideración para sus conclusiones estudios realizados en nuestro país que datan del año 2002, es decir, de la época en que se detectó al precitado la enfermedad de colitis ulcerativa, enseña que *“los pacientes con enfermedad inflamatoria intestinal (EII) la cual comprende la enfermedad de Crohn y la colitis ulcerativa”,* y que su etiología es desconocida, pueden llegar a desarrollar cáncer colorrectal (colon y recto).

Con miras, pues, a verificar si hace presencia la responsabilidad galénica objeto de reclamación, y como quiera que ésta es enarbolada enfáticamente por la parte actora con fundamento en las conclusiones a las que arribó el Médico y Cirujano Eduardo José de la Hoz Merlano, quien, conforme obra en el expediente,

por petición expresa de los demandantes emitió concepto respecto a la patología sufrida por Juan Hipólito Jaime Pallares (folios 192 al 214 Cdo. Digitalizado 1ª instancia), el que fue objeto de contradicción, adviene apropiado determinar si la labor realizada alcanza a superar el umbral de opinión para escalonar a ser un dictamen pericial llevado a cabo por un par en la materia frente a los actos médicos objeto de reproche.

Como es sabido la prueba pericial contribuye para verificar hechos que le importan al proceso y exige especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. Lo que dota de fiabilidad un dictamen, es su claridad, precisión, exhaustividad y detalle, y a ella se arriba, no solo de las explicaciones que de cara al tema se emiten, sino, además, con las credenciales que demuestran la idoneidad y experiencia del perito, las cuales, por mandato del artículo 226 C.G. del Proceso, son de obligatorio anexo.

En la valoración de esa prueba, el juzgador *“está en la libertad de apreciarla (...) tomando en cuenta factores tales como la idoneidad científica de profesional, la objetividad del dictamen, la seriedad de sus fundamentos, la claridad y precisión en los términos del dictamen, así como también la real lógica entre los presupuestos del dictamen y su conclusión; lo que sin duda determinará el reflejo en el dictamen de la realidad histórica de la evaluación”*²⁶.

Es de tal entidad esta prueba, *“que no cualquier opinión, así sea de un experto, sirve de prueba pericial, los es, en tanto reúna los requisitos”*²⁷ a que se viene haciendo referencia. De ahí que de incumplirse los mismo, hace que lo conceptuado sea *“una opinión del perito, pero no es un dictamen pericial, y así lo debe de considerar el juez, que no se debe contentar con cualquier apreciación del experto carente de todo sustento y precisión”*²⁸. Por eso es que se ***“debe valorar lo referente a la idoneidad del perito, pues se es tal, cuando el que emite el dictamen tiene el suficiente conocimiento y experiencia en el área de que se trata”***²⁹ (se subraya y resalta).

En punto del dictamen pericial frente a juicios de responsabilidad médica, el perito *“simplemente debe limitarse a indicarle al juez, la lex artis ad hoc, lo que*

26 Daniel Suárez Hernández, obra *“De la peritación o la prueba por peritos”*, Págs. 169 y 170, citado por Luis Guillermo Serrano Escobar, *“Tratado de Responsabilidad Médica”*, Ediciones Doctrina y Ley, 2020.

27 Luis Guillermo Serrano Escobar, *“Tratado de Responsabilidad Médica”*, Ediciones Doctrina y Ley, 2020, página 657.

28 Ejusdem.

29 Ej.

recomienda la ciencia médica frente a una determinada patología, el tratamiento que se le dio al paciente, los signos y síntomas que presentaba, la enfermedad que tenía, etc.”³⁰; empero, si incurre el perito en la vaguedad de que se viene hablando, su concepto no ata al fallador “a acatar el peritaje, pues bien puede apartarse de éste cuando verifique que no cumple con los requisitos legales y cuando no tenga el suficiente poder de convicción, por ausencia de firmeza, claridad, precisión y, por la insuficiencia de los estudios que lo sustentan.”³¹

Con fundamento en lo expuesto, y contrario a lo sostenido por la parte recurrente, de cara a los actos galénicos objeto de recriminación por los demandantes, lo conceptuado por parte del Médico y Cirujano Eduardo José de la Hoz Merlano, tan solo es una opinión.

En efecto, nótese cómo únicamente se encuentra acreditada su calidad profesional desde el 15 de julio de 2005 (folio 217 Cdno. Digitalizado 1ª instancia), calenda en que se graduó como médico y cirujano de la Universidad Metropolitana de Barranquilla - Colombia, actividades que el antes Ministerio de Protección Social, hoy Ministerio de Salud y Protección Social, le permite ejercer a partir del 8 de mayo de 2006 (folio 222 Ibidem), estando certificado que culminó unos estudios de arritmias cardíacas en 2011, como también que asistió a un congreso y/o taller sobre cuidado intensivo. Sin embargo, referente al efectivo ejercicio de su profesión, puntualmente, en lo relacionado con los 11 años como médico en unidad de cuidados intensivos – 2007 a 2018– que adujo tener, no acredita esa circunstancia. Es más, tampoco demostró la calidad de docente que invocó al momento de dar cuenta sobre su idoneidad en la audiencia de instrucción y juzgamiento³² celebrada el 31 de enero de 2020, en la que manifestó, incluso, que ésta es su primera experticia pues “*no h[a] rendido dictámenes periciales con anterioridad*”. Todo ello resta confianza a sus conclusiones e impone no atenderlas, debiendo quedar claro que ningún estudio en la especialidad de gastroenterología ha adelantado.

Pero para ahondar en razones, porque es justamente en ese concepto en el que los demandantes insisten en la indebida prestación del servicio médico brindado al señor Juan Hipólito Jaime Pallares, agréguese que el profesional, en el acápite de “*CORRELACIÓN CLÍNICA Y MÉDICO LEGAL*” de la opinión emitida, asegura,

30 Ej. Pág. 654.

31 Ej.

32 Expediente digitalizado, cuaderno primera instancia, subcarpeta, “025-Folio397Audiencia31deEnerode2020DVD”, actuación No. “[CP_0131094647420.wmv](#)”

sin que ello se encuentre acreditado, que el paciente asistió *“en múltiples oportunidades a control por parte de medicina general para cuidados de su patología de base”*, cuando solamente obra en el dossier un único control por médico general visto a folio 88 del expediente digitalizado, de calenda 6 de agosto de 2008, después del traslado de su traslado a la Nueva EPS, y en el mismo se da curso a interconsulta con la especialidad de gastroenterología, la que, además, se observa que registra seguimiento a la enfermedad que le aquejaba. Es más, lo conceptuado cae en imprecisión al determinar, de un lado, que existe *“negligencia médica por parte de los tratantes del paciente, al verse demostrado el cuadro crónico (13 años) que evoluciona entre moderado y severo sin mejoría del paciente”*, pues, como quedare anotado, al perito le está vedado hacer apreciaciones de este tipo, toda vez que simplemente debe ajustar su experticia a indicar la *lex artis ad hoc*, lo que recomiendan la ciencia médica frente a la enfermedad, el tratamiento dado al paciente, los signos y síntomas padecidos, etc. Pero de otro lado, y esto no es menos importante, pese a que la literatura médica no vacila en enseñar que la patología que aquejaba al paciente es incurable, señal indicativa de su mortalidad, el perito, al momento de la contradicción del dictamen, ante pregunta del apoderado de los actores, sostiene todo lo contrario.

Entonces, si la negligencia médica demandada se apalanca en la opinión de médico general para cuestionar actuaciones de las especialidades de gastroenterología y medicina interna, especialidades totalmente ajenas al profesional, dígame, a riesgo de fatigar, que lo conceptuado no resulta atendible en razón de que, conforme lo sostiene el Tribunal de Casación, *“más allá de lo estudiado en el pénsun pregradual de su carrera”*, la conclusión *“echa de menos el criterio de “calificación por experto”³³*.

Si ello es así como en efecto lo es, insístase, lo dicho por el profesional de la salud tan solo es una opinión que no reviste el carácter de dictamen pericial. Luego, forzoso resulta para esta Superioridad, tal y como lo hizo la juzgadora de conocimiento, apartarse de lo allí indicado.

Los demandantes también critican el tratamiento conservador ofrecido al señor Juan Hipólito Jaime Pallares en la medida en que consideran, ante la patología por él padecida, que ha debido ofrecérsele intervención quirúrgica. No

33 SC5186-2020, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, 18 de diciembre de 2020.

obstante, en la historia clínica los médicos tratantes en ningún momento estimaron esa posibilidad, la cual, como se vio, si bien está dentro del abanico de procedimientos para quienes padecen colitis ulcerativa crónica, varias son las variables que el especialista debe tener en cuenta para optar por su realización, lo que conlleva a colegir que no todos los pacientes califican para ser intervenidos quirúrgicamente pues es altamente probable que peor sea el desenlace posterior a su intervención. Entonces, el criterio de los demandantes, sin sustento científico alguno, no se antepone al manejo conservador que los gastroenterólogos Javier Alfonso de la Rosa Pareja y José Luis Parada Montes brindaron a esa enfermedad que aquejaba al señor Hipólito Jaime, pues ellos la trataron farmacológicamente desde el mismo instante de confirmación de la patología, que lo hizo el primero de los citados el día 30 de septiembre de 2005 (folio 80 Cdo. digitalizado de primera instancia), llamando poderosamente la atención que, solo transcurridos más de 8 años de tratamiento bajo medicamentos de esa enfermedad crónica e incurable, puntualmente el 9 de diciembre de 2013, es que el cuadro clínico del paciente ameritó hospitalización.

Luego, y diferente a lo que enrostran los demandantes, las reglas de la experiencia de alguna manera ponen de presente que la forma paliativa de tipo conservador como se trató al paciente Juan Hipólito Jaime Pallares para el cuadro clínico presentado, puede catalogarse adecuada, satisfactoria de cara a los síntomas físicos que exteriorizó, pues de no ser así, lo lógico es que la recaída y el agravamiento acaecieran más temprano. Antes bien, como lo instruye la literatura médica, dicho tratamiento le permitió mejorar su calidad de vida durante las etapas propias de la enfermedad crónica incurable detectada, máxime que no media prueba idónea, concepto de especialista, ni dictamen pericial, que desvirtúe tales aseveraciones e imprima certeza de lo contrario; es decir, no media elemento de convicción que reafirme la tesis traída al plenario por los actores.

Es que, incluso, esa hospitalización que se cumplió con manejo conservador, permitió que el señor Juan Hipólito Jaime Pallares egresara de la clínica el día 27 de diciembre de 2013 al considerarse apropiada su salida. Además, en esa instancia le fue detectada neumonía multilobar, la cual recibió tratamiento antibiótico adecuado puesto que en la historia clínica se advierte que se encuentra en estadio de resolución, lo que traduce en que fue contrarrestada, pero era lenta su

recuperación, dado que, como lo enseña la literatura médica³⁴, la mayoría de los síntomas se alivian en días o semanas, pero la sensación de cansancio puede durar un mes o más. Y aunque ameritó una segunda hospitalización por esa causa en enero de 2014 y una tercera en octubre de esa misma anualidad, cuando acaeció el deceso, esa última afección advertida fue objeto de seguimiento, pues, como lo precisan los actores en la demanda, *“fue cambiado posteriormente”* el tratamiento. Es más, y distinto a lo sostenido por los demandantes, sí se realizó un nuevo concepto por la especialidad de neumología que se sugirió en el egreso, toda vez que en el reingreso de enero de 2014, puntualmente el día 18, el gastroenterólogo tratante, doctor José Luis Parada Montes, dejó constancia de haberse descartado *“sacroidosis pulmonar”* según *“refiere Dr Contreras”* (folio 116 Cdno. Ppal.).

La gravedad de las consecuencias que trae consigo padecer la enfermedad de colitis ulcerativa crónica, no son imputables a la EPS accionada ni tampoco a los galenos tratantes de la IPS convocada a juicio, como quiera que las atenciones brindadas y los tratamientos y procedimientos aplicados, como se dijera, y pese a la incertidumbre que rodea ese cuadro clínico, muestran que cumplieron su estándar paliativo, razón por la cual las aseveraciones de la parte actora, que tildan de incompleta e inoportuna la prestación del servicio, se muestran huérfanas de respaldo probatorio, dado que le competía acreditar, lo cual no hizo, que la conducta seguida tanto por la EPS como por la IPS demandadas desatendió las características de accesibilidad, seguridad, pertinencia, y, por sobre todo, de oportunidad y continuidad con que se debe desarrollar el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de Atención en Salud del SGSSS, que impone el artículo 3 del Decreto 1011 de 2006, pues solo *“la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuna, lesiva de la calidad exigible y de la lex artis, compromete la responsabilidad civil de las Entidades Prestadoras de Salud”*, como lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación civil del 17 de noviembre de 2011, con ponencia del Magistrado William Namén Vargas, radicado 11001-3103-018-1999-0533-01.

Ciertamente, para que legalmente surja en la EPS responsabilidad civil médica por prestación inoportuna del servicio, menester es la demostración plena de los tres elementos integrantes de esa clase de responsabilidad: daño, la culpa y el nexo de causalidad, cuya carga demostrativa ha sido flexibilizada por el principio

³⁴ [Neumonía - Diagnóstico y tratamiento - Mayo Clinic](#)

de carga dinámica de la prueba, desarrollado por la jurisprudencia patria y actualmente contenido en el inciso 2° del artículo 167 del Código General del Proceso.

Sobre el tema, el Tribunal de Casación en SC12449-2014 subrayó que, *“el régimen que gobierna la eventual responsabilidad está marcado por el de culpa probada; empero e igualmente, su disciplina probativa no debe responder a la rigidez de antaño, sino que, ya el médico ora el paciente, debe asumir ese compromiso demostrativo, atendiendo la real posibilidad de hacerlo; aquél que se encuentre en mejores condiciones para acreditar los supuestos de hecho configurantes del tema a establecer, deberá asumir esa carga.”*

En esta oportunidad, no hay prueba fehaciente de que el tratamiento y los procedimientos aplicados a Hipólito Jaime (q.e.p.d) por la EPS desatendieran los protocolos médicamente previstos para la gravedad de la enfermedad de colitis ulcerativa crónica, ni que los servicios médicos brindados por la IPS no fueran los adecuados, como tampoco se demostró que la recaída sobreviniente propia de la enfermedad, obedecieran a fallas en la atención médica. Por el contrario, lo palpable es que el señor Juan Hipólito Jaime Pallares, por más de 8 años, tuvo contralada su enfermedad, lo que conlleva a colegir que fue adecuado el tratamiento conservador que le fuera previsto por los facultativos para el restablecimiento de su salud, sin que las posibles secuelas propias de la enfermedad sean imputables al proceder de la prestadora de salud, de quien no se observan obstáculos para autorizar los procedimientos y tratamientos que el cuadro clínico exigió.

Y es que, aun cuando el gastroenterólogo Javier de la Rosa, en fecha 13 de marzo de 2008 prescribió colonoscopia total, y esta se practicó el 4 de agosto de la misma anualidad, es decir, 5 meses después, y tal vez pudo haberse llevado antes, lo verídico es que en esa oportunidad el especialista no consideró el ofrecimiento quirúrgico de colostomía que reclaman los demandantes, sin que medie en el expediente, itérese, concepto científico que ponga de presente su realización necesaria o que la tardanza del examen, que seguro ha de obedecer a preparación previa e interés del paciente que para entonces no cursaba hospitalización, hubiese agravado el cuadro clínico que aquejaba a Hipólito Jaime.

Ahora. Para el fatídico 9 de noviembre de 2014, cuando sí fue considerado por el especialista Edgar Salgar Villamizar -gastroenterólogo, experto en endoscopia

digestiva, cirujano general, cirujano por laparoscopia- el procedimiento quirúrgico de colostomía total, muestra la historia clínica que la letalidad de la enfermedad no permitió un desenlace distinto, y no lo fue, porque para entonces la respuesta al tratamiento por parte del paciente era tórpida, sin que por ello pueda sostenerse, cual lo hacen los actores, que fue errada la decisión del cuerpo médico de la unidad de cuidados intensivos de no continuar con las maniobras de compresión torácica y, por esa senda, pueda abrirse paso la insistente pérdida de oportunidad, pues debe tenerse muy en cuenta que el paciente para entonces *“presentaba bradicardia extrema que evoluciona inmediatamente a asistolia”*, que implica una frecuencia cardíaca baja que avanzó a una extraordinaria debilidad de la sístole cardíaca, lo que hizo que los médicos tratantes consideraran *“que ante la severidad del cuadro (sic) y la nula respuesta a la reanimación instaurada”*, continuar con las misma *“no ofrecía ningún beneficio al pronóstico del paciente por lo que no se realizan y se considera esa hora (10:45:49 P.M.) como la hora de muerte”*, evento que pone de presente, a diferencia de lo estimado por los recurrentes, que la probabilidad de sobrevivida de Hipólito Jaime no era real y concreta dado lo calamitoso de la enfermedad que lo afectaba.

De tal manera, no avizora la Sala fallas ni negligencia de una envergadura tal que permita concluir que incidieron en los tratamientos ofrecidos a Juan Hipólito Jaime Pallares, siendo palmario que la oportunidad de recuperación plena que tenía no era real y concreta sino una leve expectativa ante lo irreversible de la patología detectada, en la medida en que tan solo podían aminorarse las consecuencias, pero no curarse totalmente la enfermedad y, menos aún, dotarle de sobrevivida.

Y es que ni siquiera teniendo en cuenta los interrogatorios de parte de los actores, quienes aseveraron, pero no acreditaron, haber presentado acciones constitucionales para acceder a los servicios médicos prescritos a Juan Hipólito Jaime Pallares, puede arribarse a la hipótesis por estos ofrecida, toda vez que no se observa interrupción en la prestación médica, sino, al contrario, lo que aparece registrado son las consecuencias propias y nefastas de la enfermedad que lo aquejó.

Entonces, la debilidad probatoria de la presente contienda judicial, impide tener certeza de que la EPS sometió al señor Juan Hipólito Jaime Pallares a demoras excesivas en la prestación del servicio médico y, por ende, imposibilita tildar de inoportuna la asistencia, al punto de poner en riesgo su salud y su vida

digna en el decurso de los estadios de la enfermedad padecida. Luego, al no existir elementos de convicción que cataloguen el tratamiento ofrecido de inadecuado, inoportuno, ineficiente y falto de calidad, mal puede hacerse descansar en el proceder de la EPS, e incluso de la IPS, la producción del desenlace fatal del esposo, padre y abuelo de los demandantes, para endilgarle por tal motivo el deber de indemnizarlos, por lo que, lejos de lo sostenido por los recurrentes, luce atinada la conclusión de la juzgadora de instancia. Es decir, la demostración fehaciente del nexo causal entre el proceder de la EPS e IPS accionada y el daño que se busca sea reparado, no hace presencia.

En este orden de ideas, la falta de solidez fáctica, legal y probatoria que rodea los argumentos esgrimidos para sustentar la alzada se ponen de manifiesto, razones suficientes para desestimarlos en su totalidad.

Por ende, refulge entonces que la decisión confutada se muestra acertada y coherente con el haz probatorio, cuyo análisis luce cuidadoso y detallado, por lo que habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia proferida el veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022) por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Cúcuta, debiéndose condenar en costas a la parte recurrente, pero las agencias en derecho se fijarán posteriormente por la Magistrada Sustanciadora como lo manda el numeral 3 del artículo 366 del Código General del Proceso y serán liquidadas en el juzgado de primera instancia.

3. DECISIÓN

Por lo expuesto, **el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, Sala de Decisión Civil - Familia**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida el veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022) por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Cúcuta dentro del proceso Verbal de Responsabilidad Civil Médica, promovido por BLANCA MARLENE CONTRERAS ESPINEL, HAROLD YOHANIS JAIME CONTRERAS, MAYRA FERNANDA PINTO JAIME, y BLANCA BELEN JAIME CONTRERAS,

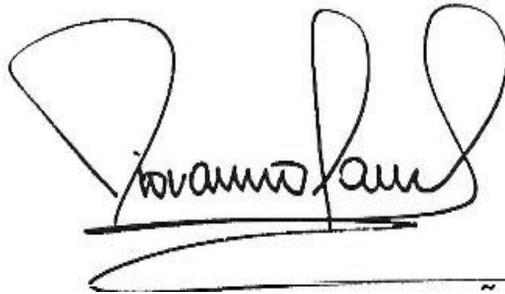
quien actúa en nombre propio y como representante legal de KARLA PAOLA PINTO JAIME y ANDRÉS EDUARDO PINTO JAIME, en contra de la NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. – “NUEVA EPS S.A.” y la CLÍNICA SAN JOSÉ DE CÚCUTA S.A.

SEGUNDO: Condénese en costas a la parte recurrente. Las agencias en derecho en esta instancia se fijarán posteriormente por la Magistrada Sustanciadora como lo manda el numeral 3 del artículo 366 del Código General del Proceso y serán liquidadas en el juzgado de primera instancia.

TERCERO: Por Secretaría, **compártase** con el juzgado de conocimiento el expediente híbrido para efectos de que cuente con las actuaciones surtidas dentro del proceso en sede de segunda instancia. Déjese constancia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

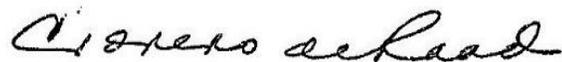
Los Magistrados,



ÁNGELA GIOVANNA CARREÑO NAVAS



MANUEL FLECHAS RODRÍGUEZ



CONSTANZA FORERO NEIRA

(El presente documento se suscribe de conformidad con lo previsto en el artículo 11 del Decreto Legislativo 491 de 28 de marzo de 2020, por cuya virtud se autoriza la “*firma autógrafa mecánica, digitalizada o escaneada*”, en virtud de la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional).