



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA

Bogotá, D.C, veinte (20) de agosto de dos mil veinte (2020).

Referencia	1100133310372012-00067-01
Sentencia	SC3-20082431
Acción:	REPARACIÓN DIRECTA
Demandante	MARIBEL GIRALDO Y OTROS
Demandado	NACIÓN- CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES "CAPRECOM" (hoy Fiduciaria la previsora S.A.) Y LA CLÍNICA LA CANDELARIA IPS SAS
Tema	Legitimación de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES PAR CAPRECOM LIQUIDIADO para responder por la condena impuesta por el a quo. Indebida sustentación del recurso de apelación. Revoca condena en costas por aplicación indebida de régimen jurídico.

Procede la Sala a proferir sentencia de segunda instancia dentro del presente proceso de reparación directa instaurado por la señora Maribel Giraldo y otros contra la NACIÓN- CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES "CAPRECOM" (hoy Fiduciaria la previsora S.A) Y LA CLÍNICA LA CANDELARIA IPS SAS.

I. ANTECEDENTES.

1. La Demanda.

En demanda del 16 de marzo de 2012, los señores Maribel Giraldo, José Heraldo Rueda Caicedo y Luz Marina Giraldo, mediante apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa, solicitaron la declaratoria de responsabilidad de la Nación- CAPRECOM EPS y la Clínica la Candelaria IPS, siendo sus pretensiones las siguientes:

PRIMERO: Declárese a la NACIÓN CAPRECOM EPS, y a la CLÍNICA LA CANDELARIA IPS, administrativa y patrimonialmente responsables por los perjuicios materiales y morales causados a los actores MARIBEL GIRALDO, JOSÉ HERALDO RUEDA CAICEDO Y LUZ MARINA GIRALDO, por la prestación de los servicios médicos asistenciales en las referidas instituciones, que condujo a la pérdida del producto de su gestación y a la extirpación de su órgano reproductor.

SEGUNDO: Declárese que los demandados tienen derechos a que se les indemnice conforme a la cobertura de la responsabilidad patrimonial, por negligencia atención médica que restos placentarios ocasionaran una pelvi peritonitis, que terminó con la realización de una histerectomía total y la muerte del producto de su gestación, como consecuencia de la culpa grave surgida a raíz de la atención referida.

TERCERO: Condénese en consecuencia a la Nación- CAPRECOM EPS Y A LA CLÍNICA LA CANDELARIA IPS, a pagar a los accionantes el equivalente en

dineros efectivo a la fecha de ejecutoria del fallo, la cantidad de DOSCIENTOS SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (200 SMLMV) (...) para cada uno de los anteriormente nombrados (...) los perjuicios morales debido al dolor y aflicción, causadas por falla o falta de servicio de la administración que condujo a la pérdida del útero de la señora MARIBEL GIRALDO, con secuelas irreversibles, quien perdió la capacidad de tener hijos biológicos, con ocasión del a cirugía de drenaje e histerectomía practicada el 22 de febrero de 2010 en la Clínica la Candelaria.

CUARTO: condénese en consecuencia a la NACIÓN –CAPRECOM EPS, y a la CLINICA(sic) LA CANDELARIA IPS a pagar a los señores [demandantes] los perjuicios causados por los daños a la vida de relación por el cambio profundo de su ser, su cuerpo, su autoestima, su capacidad de amar y querer a su familia, la afectación de la vida de familia y social de los convocantes debido a las secuelas, las cuales acabaron con su alegría, con los sueños de hacer cosas con su familia, causados por falla o falta de servicio de la administración que condujo a la pérdida del útero de la señora MARIBEL GIRALDO, con secuelas irreversibles quien perdió la capacidad de tener hijos biológicos, con ocasión del a cirugía de drenaje e histerectomía practicada el 22 de febrero de 2010 en la Clínica la Candelaria, para cada uno de ellos el equivalente a DOSCIENTOS SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (200 SMLMV)(...)

QUINTO: condénese a la NACIÓN –CAPRECOM EPS, y a la CLINICA (sic) LA CANDELARIA IPS, al pago a la señora MARIBEL GIRALDO de TRES MILLONES DOSCIENTOS DIEZ MIL PESOS en la categoría de lucro cesante, y SIETE MILLONES DE PESOS por concepto de daño emergente. A los señores JOSÉ HERALDO RUEDA CAICEDO (...) Y LUZ MARINA GIRALDO(...) la suma de SIETE MILLONES DE PESOS para cada uno por concepto de daño emergente (...).”

Como fundamento de las pretensiones se expuso que la señora MARIBEL GIRALDO y el señor JOSÉ HERALDO RUEDA, se encontraban afilados a la EPS CAPRECOM, son compañeros permanentes y hacían vida común desde abril de 2009, y de forma responsable decidieron procrear un hijo.

La gestación se desarrolló sin ninguna complicación hasta que MARIBEL GIRALDO con un embarazo de 38 semanas presenta actividad uterina asociada a sangrado durante tres días, por lo que el 8 de febrero de 2010 ingresa al Hospital del Sur de la ciudad de Bogotá.

El 9 de febrero del mismo año, en la Clínica la Candelaria IPS por prolapso del cordón umbilical y sufrimiento fetal agudo se le practica cesárea, aparentemente sin ninguna complicación.

Los días 14 y 15 de febrero de 2010, por presentar dolor abdominal, consulta al Hospital del SUR, la CLÍNICA LA CANDELARIA donde le practican exámenes que concluyen que aparecen en la cavidad uterina restos placentarios, por lo que el día 18 de febrero de 2010, le practican legrado para retirar los mencionados restos.

Persistiendo el dolor la accionante decide tomarse ecografía que demuestra una pelviperitonitis por lo que es llevada nuevamente a cirugía en la Clínica la Candelaria el 22 de febrero de 2010, para hacerle drenaje e histerectomía; el día 23 de febrero de 2010, es

remitida al hospital la Victoria donde es dada de alta días después.

2. Actuación procesal en primera instancia.

La demanda fue presentada ante el Juzgado 37 Administrativo del Circuito de Bogotá el 16 de marzo de 2012 (fl.294 Cp1) quien con auto del 25 de abril de 2012, admitió la demanda (fls. 303 a 305 Cp1) Una vez surtido el trámite de notificaciones las entidades demandadas contestaron la demanda. (fls. 316 a 327 y 362 a 370 Cp1)

El 10 de diciembre de 2013 se decretaron las pruebas pedidas por las partes (fls.386 a 388 Cp1)

Finalmente, el 16 de febrero de 2018 se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión. (fl. 548 vltta Cp1)

3. Sentencia de primera instancia.

El 23 de enero de 2019, el Juzgado 65 Administrativo del Circuito de Bogotá D.C profirió sentencia de primera instancia, en la que accedió a las pretensiones de la demanda así:

PRIMERO: Declarar administrativa y extracontractualmente responsable a LA NACIÓN CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM (hoy FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES PAR CAPRECOM LIQUIDIADO) y la CLÍNICA LA CANDELARIA Y IPS S.A.S por los hechos que ocasionaron las lesiones o daños a los señores Maribel Giraldo, José Heraldo Rueda Caicedo y Luz Marina Giraldo

SEGUNDO: Declarar la **improsperidad** de las excepciones de fondo denominadas "incongruencia entre lo solicitado en la conciliación y en la demanda", "insuficiencia de poder", "falta de legitimación en la causa por activa", "responsabilidad de medio y no de resultado" "riesgos previsibles", "ausencia de nexo causal", "ausencia de responsabilidad" "ausencia de responsabilidad por parte de Caprecom" y "ausencia de falla en el servicio y nexo causal" propuestas por las entidades demandadas.

TERCERO: declarar la **prosperidad** de la excepción inexistencia de prueba frente a perjuicios materiales propuestos por la clínica la Candelaria IPS S.A.S

CUARTO: a efectos de la reparación de los perjuicios derivados de Los daños a los demandantes CONDÉNESE a LA NACIÓN CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM (hoy FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES PAR CAPRECOM LIQUIDIADO) y la CLÍNICA LA CANDELARIA Y IPS S.A.S al pago de las siguientes sumas y conceptos:

PERJUICIOS MORALES

MARIBEL GIRALDO (víctima directa) 50 SMLMV

JOSÉ HERALDO RUEDA CAICEDO (compañero permanente) 25 SMLMV

LUZ MARINA GIRALDO (madre) 25 SMLMV

(...) **DAÑO A LA SALUD** 50 SMLMV a favor de Maribel Giraldo.

QUINTO: Niéguese las demás pretensiones de la demanda.

SEXO: una vez en firme está providencia cúmplase lo dispuesto en el artículo 192 del CPACA en concordancia y para los fines indicados en el art 1º del Decreto 768 de 1993 (...)

SÉPTIMO: condénese en costas en esta instancia de la parte demandada LA NACIÓN CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM (hoy FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES PAR CAPRECOM LIQUIDIADO) y la CLÍNICA LA CANDELARIA Y IPS S.A.S por Secretaría liquidasen las costas incluyendo las agencias en derecho fijadas en la parte considerativa del presente fallo.

OCTAVO ejecutoriado la presente fallo por Secretaría remítase los oficios correspondientes de conformidad con el inciso final del artículo 192 por Secretaría comuníquese lo pertinente para lo cual el apoderado deberá llegar las copias correspondientes al fallo. (...)"

El a quo sostiene que en el expediente se probó que por parte de los galenos de la clínica Candelaria IPS SAS, aforó una indebida praxis médica que se le prestó a la señora Maribel Giraldo para los días 9 y 10 de febrero de 2010, al omitirse el suministró de antibiótico profiláctico previo o durante la cesárea, lo que hubiese reducido el 70% del proceso infecciosos puerperal, el cual conllevó a la extracción del útero y una de las trompas uterinas, en la intervención quirúrgica que se adelantó entre los días 14 y 15 de febrero de 2010, pues se evidenció la " retención de fragmentos de la placenta o de las membranas" acto de los facultativos que no se debió presentar al terminar la cesárea.

Concluye, que se probó la falta de diligencia en el actus de los facultativos frente al procedimiento de la cesárea que se le practicó a la señora Maribel Giraldo, lo que condujo a la segunda intervención quirúrgica la extracción de unos órganos reproductores fundamentales, frustrándose la posibilidad de ser madre.

Frente a la responsabilidad de CAPRECOM, parte del concepto de acto médico complejo, sosteniendo que se deben analizar los actos y servicios prestados como una actividad compleja, el cual no se evacua en un solo momento, sino que se involucra, la atención previa, el diagnóstico, el tratamiento a seguir, la atención quirúrgica, pre y post y el seguimiento, todo un servicio integrado de salud, que para el caso corresponde a la IPS que prestó el servicio médico y a la Caja demandada quien es la encargada de recaudar los recursos, luego hace parte del Sistema de Seguridad social. Entonces, concluye que al ser un servicio integrado IPS y EPS que le prestó el servicio médico a la señora Maribel Giraldo, la responsabilidad es solidaria frente a los daños irrogados por la mala praxis, por lo tanto, CAPRECOM se encuentra llamado a responder los perjuicios ocasionados.

Reconoce perjuicios morales y daño a la salud y condena en costas y agencias en derecho a los condenados conforme al artículo 188 del CPACA y 365 del CGP. (fls. 557 a 572 Cp4)

II. RECURSO DE APELACIÓN.

El 14 de febrero de 2019, la apoderada del PAR CAPRECOM LIQUIDADO presentó recurso de apelación contra la decisión proferida por el a quo, donde hace un recuento sobre el proceso de liquidación de CAPRECOM EICE y de la naturaleza del Patrimonio Autónomo de Remanentes CAPRECOM liquidado, para precisar que la denominada CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN terminó su vida jurídica el 27 de enero de 2017, dejando claras unas obligaciones al PARCAPRECOM EICE donde no se encuentran el reconocimiento de los perjuicios derivados de la presente demanda.

Hace referencia a la responsabilidad del estado (art. 90 CP) y los elementos que hacen parte de la misma, concluyendo que "Debe tenerse en cuenta que toda intervención quirúrgica supone una serie de actos de alteración del cuerpo del paciente, como sedación, la ruptura de membrana, entubación, punción, canalización, incisión, la sutura etc. Después de ella, sigue necesariamente una convalecencia en la que se espera un cierto grado de dolor y malestar y en el que por definición, se limita la capacidad del paciente para realizar ciertas actividades y en algunos casos la misma movilidad. En otras palabras, las intervenciones quirúrgicas, por su propia índole, provocan daños o afectaciones a la salud que si no se reputan antijurídicos es precisamente porque i) son necesarios para la evitación de un mal mayor y ii) son conocidos y aceptados por el paciente"

Entonces, refiere que tal como lo manifestó en la contestación de la demanda, el servicio de salud fue prestado por la IPS CLÍNICA CANDELARIA, quien suministró a la paciente toda la atención médica.

Manifiesta que el a quo no puede imputar a PAR CAPRECOM los perjuicios derivados de la intervención quirúrgica a la señora MARIBEL GIRALDO, pues como ya se mencionó, no puede imputarse a esta entidad extinta los presuntos daños causados a la parte demandante.

Con relación a las costas, teniendo en cuenta la actitud asumida por las partes, no se evidencia temeridad ni mala fe de las partes, razón por la cual solicita se revoque la decisión del a quo en ese sentido, de acuerdo con lo establecido en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 que modificó el artículo 171 del CCA. (fls. 575 a 579 Cp4)

El 15 de marzo de 2019, se concedió el recurso de apelación antes referenciado por parte del a quo (fl. 584 Cp4)

1. Actuación procesal en Segunda Instancia.

Recibido el expediente en esta Corporación, 14 de mayo de 2019, el Magistrado Sustanciador admitió el recurso de apelación en mención; y el 2 de julio de 2019 corrió traslado a las partes para alegatos finales, y al Agente del Ministerio Público para rendir concepto (fls. 588 y 590 Cp4)

Ninguna de las partes presentó alegatos de conclusión.

El Agente del Ministerio no allegó concepto.

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pudiera invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el asunto.

III. PROBLEMA JURÍDICO Y TESIS JURÍDICA

Teniendo en cuenta el debate jurídico propuesto por el recurso de apelación en mención la Sala se ocupará de resolver:

- Se encuentra legitimada la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES PAR CAPRECOM LIQUIDIADO para responder por la condena impuesta por el a quo, bajo el entendido que CAPRECOM en liquidación no dejó dentro de sus obligaciones el pago de esta sentencia?
- Teniendo en cuenta que la apoderada de PAR CAPRECOM LIQUIDADO no expuso ningún argumento directo ni manifestó de manera expresa en qué aspecto disintió de la decisión del juez de primera instancia respecto a la responsabilidad de esta entidad, ¿el recurso de apelación se sustentó en debida forma?
- Debe revocarse la condena en costas realizada por el a quo?

Tesis de la sala

- Para la Sala la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES PAR CAPRECOM LIQUIDIADO se encuentra legitimada para responder por la condena impuesta por el a quo ya que revisado el contrato de fiducia mercantil celebrado entre la Caja de Previsión Social de Comunicaciones "CAPRECOM" EICE en Liquidación y la Fiduciaria la Previsora S.A para la constitución del Patrimonio Autónomo de Remanentes de CAPRECOM Liquidado No. 3167672 del 24 de enero de 2017, en el mismo se encuentra, la obligación relacionada con el pago de las condenas que se llegaren a imponerse en los procesos judiciales, postulado dentro del cual se encuentra el caso en sub lite.
- La apoderada del PAR CAPRECOM LIQUIDADO no cumplió con la carga procesal de sustentar el recurso de apelación, conforme al artículo 328 del CGP, pues no señaló cuáles fueron los yerros o desaciertos en los que incurrió el juez de primera instancia al resolver la Litis respecto a la responsabilidad de esta entidad liquidada. Por lo tanto, se abstendrá de pronunciarse de fondo sobre el mismo.
- Es procedente revocar la decisión de primera instancia de condena en costas dado que el a quo erró en la aplicación de la normatividad, pues dio aplicación a lo dispuesto en el CPACA y CGP cuando en el caso en concreto, teniendo en cuenta que el proceso se radicó en vigencia del CCA (16 de marzo de 2012 fl. 294 Cp1) la regulación aplicable es esta norma y no otra en este entendido al no demostrarse temeridad de la parte vencida en el sub lite no hay lugar a condena en costas.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Esta Subsección es competente desde el punto de vista funcional para conocer del presente proceso, por la instancia, la naturaleza del asunto y la cuantía, dado que se trata del recurso de apelación de la sentencia proferida dentro de un proceso de reparación directa por el Juzgado 65 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., y el valor de la pretensión mayor no supera los 500 SMLMV, al tenor de los artículos 133 y 134E del C.C.A, el artículo 198 de la Ley 1450 de 2011 " descongestión por razón de la cuantía en la jurisdicción

contenciosos administrativo” el cual dispone la aplicación del artículo 157 del CPACA en cuanto al razonamiento de la cuantía para procesos radicados antes del 2 de julio de 2012.

2. Caducidad.

Al respecto es de anotar que el término de caducidad de la acción de reparación directa se contabiliza a partir del día siguiente al del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa, de acuerdo con lo establecido en el No. 8 del artículo 136 del CCA.

Así las cosas, la caducidad de la acción de reparación directa en el presente asunto se contabiliza desde el día 15 de marzo de 2010 fecha en la que se describe que se le realizó histerectomía subtotal a la demandante Maribel Giraldo(fl. 43 vta Cp1) Entonces, entre el 16 de marzo de 2010 al 16 de marzo de 2012 corría el término de caducidad. La demanda fue radicada el mismo 16 de marzo de 2012 (fl. 294 Cp1) por lo tanto, sin necesidad de tener en cuenta el término de suspensión de los términos de caducidad con la solicitud de conciliación extrajudicial, se entiende presentada en tiempo la demanda.

3. Legitimación en la causa.

3.1 Por activa.

Los demandantes se encuentran legitimados en la causa por activa, conforme a los elementos materiales probatorios que a continuación se relacionan:

Demandante	Parentesco	Prueba
Maribel Giraldo	Víctima directa	Conforma a la historia clínica obrante en el expediente (fls.10 a 294 Cp1 Cuaderno 1 y 2 de pruebas)
José Herald Rueda Caicedo	Esposo	Escritura pública No. 376 – donde expone los señores Maribel Giraldo y José Herald Rueda Caicedo, que conviven en unión marital de hecho desde el 3 de abril de 2009 (fl. 297 Cp1)
Luz Marina Giraldo	madre	Registro civil de nacimiento (fl. 298 ib.)

3.2 Pasiva.

La clínica la Candelaria IPS SAS está legitimada en la causa por pasiva, en atención a que fue donde se le presentó el servicio médico a la demandante Maribel Giraldo del cual se deriva la falla médica, conforme a la historia clínica obrante en el expediente (fls.10 a 294 Cp1 Cuaderno 1 y 2 de pruebas)

Respecto a CAPRECOM por ser un debate propuesto en el recurso de apelación se resolverá en las consideraciones de esta sentencia.

4.- Argumentación Jurídica.

4.1 El recurso de apelación y los límites a la competencia del juez de segunda instancia.

La apelación es una de las garantías del debido proceso (Art. 29 CP) y una de las herramientas o instrumentos con que cuentan las partes dentro del proceso para reclamar

ante el superior funcional que se revoque, aclare o modifique la sentencia de primera instancia. Además, la apelación es la oportunidad procesal para que la parte presente los desacuerdos con la decisión judicial.

Ahora bien, debido a la naturaleza dialógica, institucionalizada y formalizada del razonamiento judicial, no se admite cualquier tipo de razonamiento sino que las normas establecen condiciones y reglas para darle validez y eficacia a este tipo de discurso. Los diferentes campos del razonamiento (judicial, negocios, científico, estético, ético) si bien comparte que pueden ser conocidos mediante el discurso racional y a todos se les exige que den o expongan razones para su justificación, no todos tienen los mismos cánones o reglas para su validez y eficacia, ya sea en su forma, modo o resolución, pues cada uno de ellos se diferencia en cuanto el grado, el procedimiento o lo que resuelve o aspira en cada campo¹.

En el ámbito del razonamiento judicial y en particular cuando se ejerce la apelación de una decisión judicial, como lo es la sentencia, por lo menos hay dos momentos y en cada uno de ellos exigencias distintas para su viabilidad y resolución. La admisibilidad o viabilidad del recurso y la resolución o estudio de fondo de este. Frente a lo primero, los requisitos de la admisibilidad son: capacidad para interponer el recurso, interés concreto y actual, oportunidad y procedencia legal². El incumplimiento de cualquiera de los anteriores requisitos hace "inviable" el recurso e impide que el juez competente pueda estudiarlo o resolverlo. En tal caso, deberá rechazarlo.

Superado lo anterior, el segundo paso es la resolución o estudio de fondo para determinar si se acoge o no los argumentos y accede a lo pretendido. Las exigencias son estrictamente respecto de la motivación o sustentación: estructura, solidez y fuerza o peso de los argumentos. La consecuencia de la falta de cumplimiento de estas últimas exigencias es que el desacuerdo frente a la decisión judicial atacada no fue probado, justificado o razonable. Por lo tanto, dicha decisión se mantiene incólume.

La apelación como recurso judicial, tiene condiciones o límites en cuanto a su alcance y garantía del derecho de contradicción. El superior funcional o ad quem debe respetar el ejercicio del derecho por parte del apelante único (Art. 328 CGP), puesto que su competencia se restringe, por una parte, a lo planteado por el propio apelante y, por la otra, a la no reformatio in pejus (Art. 31 CP) que le impide hacer más gravosa la situación de éste³.

Así, pues, al "juez de segundo grado le está vedado, en principio y salvo las excepciones hechas por el legislador, revisar temas del fallo de primer grado que son aceptados por el recurrente (bien porque omite reargüirlos en la sustentación del recurso de apelación o bien porque expresamente los elimina de la discusión manifestando su asentimiento en relación con ellos), pues éstos quedan excluidos del debate y, por lo mismo, debe decirse que, frente a dichos aspectos, fenece por completo el litigio o la controversia, estableció que la competencia del juez de la segunda instancia está limitada a los motivos de inconformidad que exprese el recurrente en el escrito de apelación"^{4 5}.

¹ Cfr Toulmin, Stephen; Rieke, Richard y Janik, Alan. Una introducción al razonamiento. Palestra, Lima, 2018, pp. 346 y ss.

² Consejo de Estado Sala. Sección Tercera, Sentencia del 14 de abril de 2010, Radicación número: 52001-23-31-000-1997-09050-01(18115). CP. Mauricio Fajardo Gómez

³ Ver Consejo de Estado Sección Cuarta de 18 de marzo de 2001, Rad. 13683, M.P. Juan Ángel Palacio Hincapié y 25 de septiembre de 2006, Rad. 14968, M.P. María Inés Ortiz Barbosa.

⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS. Bogotá, D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 13001-23-31-000-2003-00154-01(48440)

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia fechada en julio 18 de 2002, Exp. 19.700 y sentencia fechada en agosto 10 de 2000, Exp. 12.648, C. P. Dra. María Elena Giraldo Gómez, entre otras.

Lo anterior tiene implicaciones importantes cuando se trata de apelante único que pretende se revoque la sentencia de primera instancia porque se vulnera el principio de la congruencia ya que se termina condenando con base en una causa petendi distinta a la que se adujo en la demanda y que sirvió de fundamento a las pretensiones. Frente a esta situación, lo primero que debemos señalar es que el principio de iura novit curia no sirve de fundamento al a quo para adoptar una decisión que termina afectando el derecho al debido proceso y defensa, y, segundo, cuando el problema es planteado en apelación, tampoco el ad quem puede acudir a este principio para avalar la decisión de primera instancia sino que queda limitado al debate propuesto por el apelante único, de tal forma que si encuentra correctos los argumentos en el sentido de que se demandó con base en unos hechos o causas y se terminó condenando con base en otro, tendrá que pronunciarse de fondo abordando los argumentos que se proponen y darle los efectos que correspondan al debate jurídico planteado por el apelante, como sería revocar la sentencia cuando ella no se encuentre sustentada en la causa petendi que sirvió de fundamento a la sentencia de primera instancia.

No sobra puntualizar que la no reformatio in pejus⁶ –al igual que ocurre con la casi totalidad de las garantías y de los derechos que el ordenamiento jurídico consagra y tutela– no tiene alcance absoluto o ilimitado, comoquiera que su aplicación encuentra, al menos, dos importantes restricciones de carácter general: a) Cuando la parte apelante (demandantes o demandados), luego, se trata del mismo interés dentro del proceso, “por lo cual materialmente han de tenerse como impugnaciones únicas”; b) Apelante único de fallos inhibitorios, el juez debe proferir una decisión de mérito, “aun cuando fuere desfavorable al apelante”⁷.

4.2. La sustentación a través de argumentos del recurso de apelación.

El derecho desde el enfoque de la argumentación puede contribuir a “una mejor teoría y a una mejor práctica del derecho”⁸, lo cual significa que el proceso judicial sea visto más como una oportunidad de diálogo de buenas y mejores razones entre las partes como del juez para aspirar a los derechos.

La apelación debe estar fundamentada en “argumentos”, como lo señala expresamente el artículo 328 del Código General del Proceso dispone:

ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. (...)

Ahora bien, desde la perspectiva puramente normativa, observa la Sala que tanto en el CPACA como el CGP existen claramente unas disposiciones que regulan los recursos contra autos y sentencias, donde se establecen unos requisitos mínimos para su procedencia como para su efectividad.

El requisito general de la sustentación para la procedencia de los recursos es específico en el artículo 212 de CCA cuando exige que “la apelación deberá interponerse y sustentarse” El

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-583 del 13 de noviembre de 1997.

⁷ Al respecto consultar, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 23 de abril del 2009, Exp. 17160 y del 20 de mayo de ese mismo año, Exp. 16.925.

⁸ Atienza, Manuel. Curso de Argumentación Jurídica. Trotta, Madrid, 2013, pp. 107 y ss.

CGP en el artículo 320 señala que el objeto de la apelación es "que el superior examine la **cuestión decidida**".

El artículo 322 establece que el apelante deberá "sustentar el recurso ante el juez", que el juez resolverá el recurso "así no haya sido sustentado". En cuanto a las exigencias de la sustentación establece que el apelante "deberá **precisar**, de manera **breve**, los reparos **concretos** que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior. Para la sustentación será **suficiente que el recurrente exprese las razones** de su inconformidad con la providencia apelada". Asimismo, exige que para que el recurso no sea declarado desierto debe ser sustentado en "**debida forma** y de manera oportuna" o cuando "no se **precisen los reparos a la sentencia** apelada, en la forma prevista en este numeral".

El Consejo de Estado en esta materia ha sostenido que las razones o argumentos: a) Son el contenido de la sustentación, por tanto, "si no existen dichas razones o motivos de discrepancia con la sentencia dictada el recurso carece de objeto"⁹; b) Sirven de límite a la competencia de la segunda instancia: "la competencia funcional del juez de segunda instancia está **limitada por las razones** de inconformidad expresadas por el recurrente en el escrito de sustentación del recurso de apelación y no por el mero acto procesal dispositivo de parte, a través del cual manifiesta, de manera abstracta, impugnar la respectiva providencia"¹⁰; c) La sustentación consiste en "confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, con sus propias consideraciones o apreciaciones"¹¹, como también "señalar cuáles fueron los yerros o desaciertos en los que incurrió el juez de primera instancia al resolver la litis presentada"¹².

Desde el anterior marco, esta Sala comprende que la apelación es un verdadero ejercicio argumentativo normatizado y ha adoptado los requisitos de claras, específicas, pertinentes y suficientes de la Corte Constitucional¹³, para dar por cumplido el requisito de sustentación del recurso. De esta manera las exigencias normativas son: precisos, concretos, breves, suficientes y pertinentes.

Claridad. La argumentación no puede convertirse en algo etéreo sino que el argumento debe ser "**concreto**", inteligible y comprensible, que le permita al juez de segunda instancia establecer cuáles son los reparos que tiene el apelante frente a la decisión del a quo. El argumento debe seguir un hilo conductor que permita al juez de segunda instancia comprender el contenido de su recurso y las justificaciones en las que se basa.

Precisos. Los argumentos deben puntuales o con cierto grado de certeza frente a la decisión debatida, es decir, "**precisar...los reparos**", identificar y determinar la parte de la estructura argumentativa de la providencia judicial que es objeto del desacuerdo. En virtud del principio de congruencia, e incluso del derecho de defensa y contradicción de la contraparte, el juez de segunda instancia no puede decidir a partir de argumentos "vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales" frente a la decisión judicial sin identificar o precisar la norma, el hecho, la interpretación, la tesis, en fin, con la que está en desacuerdo.

Pertinencia. La norma establece que el objeto de la apelación es que se "examine la cuestión

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. William Hernández Gómez, Rad. 25000-23-25-000-2011-00376-01 (0529-15).

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del nueve (09) de febrero de dos mil doce (2012). Radicación: 50001233100019970609301 (21060). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

¹¹ ib

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. sentencia del 31 de enero de 2019. Radicación número: 66001-23-31-000-2012-00271(52663). MP. María Adriana Marín.

¹³ Ver, Corte Constitucional ha construido en sentencia C-1052/2011 estos requisitos para las demandas de inexequibilidad.

decidida" o se precisen los "reparos a la sentencia". Es decir, el argumento es pertinente cuando tiene que ver o se refiere a la "cuestión" o "sentencia", es decir, es algo sustantivo toda vez que supone que se conocen y maneja adecuada y eficazmente los recursos fácticos o jurídicos o lógicos que se requieren para controvertir la decisión¹⁴. También quiere decir que el reproche formulado por el apelante supone lo pedido en la demanda, lo expuesto en la contestación o lo probado durante el proceso, según sea el caso, y por supuesto con lo resuelto por el juez de primera instancia. En este orden de ideas, son inaceptables los argumentos que se formulan a partir de consideraciones puramente legales y doctrinarias, o aquellos otros que se limitan a expresar puntos de vista subjetivos en los que el apelante en realidad no está acusando el contenido de la sentencia de primera instancia sino que está utilizando el recurso para insistir en argumentos o asuntos que ya fueron resueltos por el juez de primera instancia.

Suficiencia. La norma se refiere a que para que se entienda sustentado el recurso "será **suficiente** que el recurrente exprese las **razones de inconformidad**", luego el requisito de suficiencia debe ser cumplido. El argumento es suficiente cuanto es apto e idóneo, mínimo y necesario, que le permita al juez entrar o abordar el análisis sobre la inconformidad. La suficiencia del razonamiento apela directamente al alcance persuasivo del recurso, esto es, a la presentación de razones que, aunque no logren prime facie convencer al magistrado de que debe revocarse o modificarse la sentencia de primera instancia, sí despiertan una duda mínima sobre tal asunto¹⁵.

Finalmente, la Sala considera que, si bien la norma procesal y la jurisprudencia han tocado estos requisitos, al juez le corresponde también la carga argumentativa para resolver si efectivamente se incumple alguno de ellos y con base en ello, determinar si se sustentó el recurso. Pero una cosa es falta de sustentación por carecer de alguno de los requisitos expuestos y otra cosa es inexistencia de un argumento. Éste entendido como "un conjunto de enunciado en el cual un subconjunto de dichos enunciados constituye las razones para aceptar otro de los enunciados que lo componen. A los enunciados que constituyen las razones se los denomina premisas, y a los enunciados que se pretende apoyar con éstas se lo llaman conclusiones"¹⁶. Puede que se haya construido un argumento, pero sin ninguna fuerza de persuasión por falta de alguno de las exigencias expuestas o que a pesar de exponerse alguno también carezca de solidez. En uno u otro caso, se debe declarar falta de sustentación o motivación.

V. CASO CONCRETO.

1. Precisiones del caso.

En el presente asunto se persigue declarar la responsabilidad de las entidades demandadas y en consecuencia la correspondiente indemnización por los perjuicios causados a los demandantes como consecuencia de la prestación de los servicios médicos asistenciales en las referidas instituciones, que condujo a la pérdida del producto de su gestación y a la extirpación de su órgano reproductor de la señora Maribel Giraldo.

El juez de primera instancia declaró la responsabilidad del Estado, y condenó a las dos entidades demandadas como quiera que se demostró la falta de diligencia en el actus de

¹⁴ Toulmin pp. 178-179.

¹⁵ Sobre argumentación abiertamente insuficiente en una sentencia judicial, ver Corte Constitucional sentencia T-002.2012

¹⁶ Bonorino, Pablo Raúl y Peña, Jairo Ivan. Argumentación Judicial. Construcción, reconstrucción y evaluación de argumentaciones orales y escriturales. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá, 2008, pp.12. Versión consultada 04-2020. <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/tree/content/pdf/a6/1.pdf>

los facultativos frente al procedimiento de la cesárea que se le practicó a la señora Maribel Giraldo, lo que condujo a la segunda intervención quirúrgica la extracción de unos órganos reproductores fundamentales, frustrándose la posibilidad de ser madre; respecto a CAPRECOM concluye que al ser un servicio integrado IPS y EPS que le prestó el servicio médico a la señora Maribel Giraldo, la responsabilidad es solidaria frente a los daños irrogados por la mala praxis; y condena en costas aplicando la regulación del CPACA.

Frente a la anterior decisión el apoderado de CAPRECOM- PAR CAPRECOM LIQUIDADO presentó recurso de apelación donde i) refiere que el PAR no debe responder dada su naturaleza y como quiera que la denominada CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN terminó su vida jurídica el 27 de enero de 2017, dejando claras unas obligaciones al PAR CAPRECOM EICE donde no se encuentran el reconocimiento de los perjuicios derivados de la presente demanda ii) frente a la responsabilidad hace referencia a las intervenciones quirúrgicas, sus consecuencias, y por qué no se reputan los daños antijurídicos; además de que fue la IPS quien prestó el servicio médico y iii) manifiesta que no se debe condenar en costas conforme a lo contemplado en el CCA.

Así las cosas, la Sala debe estudiar, i) la legitimación del PAR de CAPRECOM para responder por la condena decidida por el a quo ii) de la responsabilidad del daño en el caso en concreto de CAPRECOM y si se sustentó en debida forma el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y iii) la condena en costas.

i) La legitimación del PAR de CAPRECOM para responder por la condena decidida por el a quo.

Para la Sala no es de recibo los argumentos de la apoderada de CAPRECOM- PAR CAPRECOM LIQUIDADO, de que no debe responder por el proceso de la referencia dado que CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN terminó su vida jurídica el 27 de enero de 2017, y no dejó dentro de sus obligaciones el reconocimiento de los perjuicios derivados de la presente demanda, porque revisado el contrato de fiducia mercantil celebrado entre la Caja de Previsión Social de Comunicaciones "CAPRECOM" EICE en Liquidación y la Fiduciaria la Previsora S.A para la constitución del Patrimonio Autónomo de Remanentes de CAPRECOM Liquidado No. 3167672 del 24 de enero de 2017, en el mismo se encuentra, el numeral " 7.2.4 REALIZAR EL PAGO DE OBLIGACIONES CONTINGENTES Y REMANENTES A CARGO DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN" que en su literal a, contempla dentro del pasivo contingente las condenas que se llegaren a imponerse en los procesos judiciales (fls.CD 550 Cp1), no condicionándose a que con anterioridad al proceso liquidatorio sean identificadas por el liquidador, pues éste corresponde es a las obligaciones condicionales y no a las derivadas de procesos judiciales, por lo tanto, no hay lugar a declarar la falta de legitimación por parte de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES PAR CAPRECOM LIQUIDIADO, como lo pretende el apelante, pues es totalmente viable y conforme al contrato citado, que esta Fiduciaria responda por la condena impuesta dentro de este proceso tal como lo ordenó el a quo.

ii) De la responsabilidad del daño en el caso en concreto de CAPRECOM y si se sustentó en debida forma el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

Advierte la Sala que, la apoderada del PAR CAPRECOM LIQUIDADO en el recurso de apelación sobre la responsabilidad del Estado en el caso en concreto hace referencia a las

intervenciones quirúrgicas de forma general, sus consecuencias, y el por qué no se reputan los daños antijurídicos con las mismas; además concluye que fue la IPS quien prestó el servicio médico a la demandante.

De lo anterior, resulta evidente que el escrito presentado por la referida entidad demandada no cumple con los requisitos de la sustentación del recurso de apelación porque:

- a) Falta claridad debido a que los argumentos esgrimidos por la accionada no identifican o cuestionan qué parte o premisa (normativa, fáctica, interpretativa, precedente) de la sentencia de primera instancia es la que controvierte, es decir, es necesario que se especifique y exponga de manera concreta por lo menos un reparo o cargo y su fundamento, puesto que la manera como el juez de segunda instancia entra en el debate es a partir de dicha situación.
- b) Falta especificidad debido a que i) si bien es cierto afirma que " toda intervención quirúrgica supone una serie de actos de alteración del cuerpo del paciente" y que como consecuencia de ella " sigue necesariamente una convalecencia en la que se espera un cierto grado de dolor y malestar" es decir " las intervenciones quirúrgicas, por su propia índole, provocan daños o afectaciones a la salud que si no se reputan antijurídicos es precisamente porque i) son necesarios para la evitación de un mal mayor y ii) son conocidos y aceptados por el paciente", también lo es, que estas precisiones no las adecúa al caso en concreto y, además, no señala de forma puntual frente a qué decisión tomada por el a quo se encuentra inconforme, y ii) si bien afirma que la atención médica fue prestada por la IPS CLÍNICA CANDELARIA, esta afirmación es vaga e indirecta frente a la decisión del a quo respecto a la responsabilidad material de CAPRECOM, pues no ataca la decisión tomada por aquél respecto de su responsabilidad y de la aplicación de la figura del servicio integrado y la solidaridad entre la EPS y la IPS, simplemente parte de una afirmación que no la concretiza con lo decidido por el juez.
- c) No es pertinente, dado que los reproches alegados no están acordes con lo resuelto por el juez de primera instancia. Obsérvese que las pretensiones y argumentos esgrimidos de ninguna manera refutan o controvierten las premisas ni los argumentos expuestos por el *a quo* en la decisión objeto de alzada. En efecto, la parte demandada se limitó a realizar una afirmación de forma general sobre las consecuencias de las intervenciones quirúrgicas. Con todo, era necesario que el recurrente se refiera a la sentencia de manera concreta, precisara las premisas normativas, fácticas, interpretativas o argumentos que contiene la sentencia del *a quo* con las que no está de acuerdo y las razones por las que considera son incorrectas, o los yerros o equivocaciones en que incurrió el juez y que merecen ser corregidos por esta Corporación.
- d) No es suficiente, dado que no se presenta un cargo con su respectivo argumento respecto de la sentencia proferida por el a quo, es decir, no se endilga reproche alguno a esta decisión.

En síntesis, para que el juez de segunda instancia pueda ejercer la facultad jurisdiccional que la ley le ha conferido se hace necesario confrontar el fallo impugnado con los fundamentos o los motivos de inconformidad de la apelación incoada en su contra, pues, de lo contrario, se vulneraría el principio de congruencia que debe gobernar todas las providencias judiciales. Es requisito indispensable de la apelación que el apelante, en

cumplimiento de la exigencia de sustentar el recurso, precise o concrete cuáles son los desacuerdos con la sentencia que merecen ser analizados por el *ad quem* y porqué sus argumentaciones son la razón y la evidencia que permite corregir o variar la decisión adoptada; de lo contrario, la segunda instancia se queda sin herramientas o elementos de juicio que le permitan saber con certeza en qué consiste la inconformidad del apelante con la providencia apelada y revisar lo correcto o no de ella y, por lo mismo, se le deja sin la orientación que requiere para revisar y decidir si tal providencia merece ser modificada o, incluso, revocada.

Ante la omisión de sustentación del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de CAPRECOM- PAR CAPRECOM LIQUIDADO, se impone para la Sala, confirmar la sentencia de primera instancia en lo relacionado con la declaratoria de su responsabilidad.

De acuerdo con lo anterior, la Sala no estudiará la responsabilidad del Estado, en atención a que la entidad demandada no cumplió con la carga procesal que le impone la norma consistente en sustentar el recurso de apelación, pues el apelante no cumplió con los requisitos esenciales de claridad, especificidad, pertinencia y suficiencia ya que la demandada no señaló cuáles fueron los yerros o desaciertos en los que incurrió el juez de primera instancia al resolver la Litis, esto en lo que tiene que ver con el fondo del asunto.

iii) De la condena en costas en primera instancia.

Cabe señalar que es pertinente entrar a estudiar la condena en costas realizada por el a quo, en vista de que el apelante sustentó este cargo de forma clara, específica, pertinente y suficiente, manifestando que la actitud asumida por las partes, no se evidencia temeridad ni mala fe de las partes, razón por la cual solicita se revoque la decisión del a quo en ese sentido, de acuerdo con lo establecido en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 que modificó el artículo 171 del CCA.

Verificada la decisión del a quo, encuentra esta Sala que la misma erró en la aplicación de la normatividad relacionada con la condena en costas y agencias en derecho en el sub lite, pues dio aplicación a lo dispuesto en el CPACA y CGP cuando en el caso en concreto, teniendo en cuenta que el proceso se radicó en vigencia del CCA (16 de marzo de 2012 fl. 294 Cp1) la regulación aplicable es esta norma y no otra, pues el proceso inició y se encuentra en curso con la misma (art. 308 CPACA) la cual regula la condena en costas en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa(art. 171 CCA modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998)

En este orden de ideas, teniendo en cuenta que dentro del proceso de la referencia no existir temeridad manifiesta de la parte vencida, esta Sala se abstiene de condenar en costas en esta instancia, de conformidad con lo señalado en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, e igualmente, se revocará el numeral séptimo de la sentencia del 23 de enero de 2019, del Juzgado 65 Administrativo del Circuito de Bogotá D.C, respecto a la condena en costas y agencias en derecho decidida por el a quo.

En mérito de lo expuesto, la Subsección "C" del de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

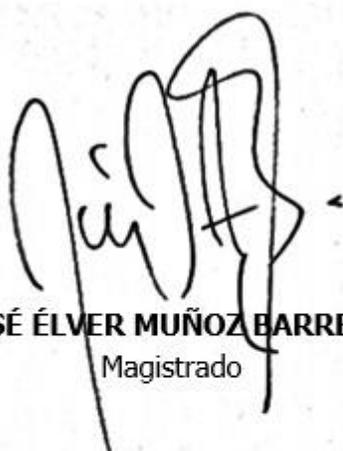
PRIMERO: REVOCAR el numeral séptimo de la de la sentencia del 23 de enero de 2019, del Juzgado 65 Administrativo del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia proferida el 23 de enero de 2019, del Juzgado 65 Administrativo del Circuito de Bogotá D.C, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Sin condena en costas, en segunda instancia.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia y cumplido lo anterior, por Secretaría devolver el expediente al Juzgado de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE



JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA
Magistrado



MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO
Magistrada



FERNANDO IREGUI CAMELO
Magistrado