

PROCESO: VERBAL DE PERTENENCIA
RADICACIÓN: 18 001-31-03-002-2015-00442-01
DEMANDANTE: PEDRO QUIROZ TOLEDO Y OTROS
DEMANDADO: LIBIA RÍOS DE DIAZ Y OTROS
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA



Tribunal Superior del Distrito Judicial

Florencia - Caquetá

**SALA CIVIL-FAMILIA-LABORAL
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN**

**Magistrada Ponente
MARÍA CLAUDIA ISAZA RIVERA**

Veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO: VERBAL DE PERTENENCIA
RADICACIÓN: 18-001-31-03-002-2015-00442-01
DEMANDANTE: PEDRO QUIROZ TOLEDO Y OTRO
DEMANDADO: LIBIA RÍOS DE DIAZ Y OTROS
PROYECTO DISCUSIDO Y APROBADO EN ACTA SCFL 088-2023
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Corresponde a esta Sala de Decisión, resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia de primera instancia, proferida el 05 de marzo de 2019, por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Florencia – Caquetá, en la que se decidió acceder a las pretensiones de la demanda, previos los siguientes,

II. ANTECEDENTES

1. Supuestos Fácticos

Se sostiene en la demanda, que los señores PEDRO QUIROZ TOLEDO y EDGAR QUIROZ TOLEDO, han venido ejerciendo desde hace más de 20 años, posesión real y material, de forma pública, ininterrumpida, sin violencia, sin clandestinidad y sin reconocer el dominio ajeno, sobre el predio rural, ubicado en el municipio de Florencia, vereda TUNAMARE, denominado "EL ROSAL", con folio de matrícula inmobiliaria N° 420-54847, con código catastral N° 18001000200030199000, con una extensión superficiaria de 10 hectáreas, identificado por los linderos y características señaladas en el libelo introductorio.

PROCESO: VERBAL DE PERTENENCIA
RADICACIÓN: 18 001-31-03-002-2015-00442-01
DEMANDANTE: PEDRO QUIROZ TOLEDO Y OTROS
DEMANDADO: LIBIA RÍOS DE DIAZ Y OTROS
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

Se añadió que en el predio han construido una casa de habitación, en la cual vive el señor PEDRO QUIROZ TOLEDO, los cuales son reconocidos por los vecinos, dado que constantemente realizan explotación económica sobre el mencionado predio, principalmente de cultivos.

Que el día 27 de marzo del 2008, el señor EDGAR QUIROZ TOLEDO, presentó ante el Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural - INCODER, -solicitud de adjudicación del predio en mención, que creía era baldío, la cual fue aceptada y tramitada en debida forma.

2. Pretensiones

Pretenden los demandantes que se declare que adquirieron, por el modo de la prescripción extraordinaria, el derecho de dominio del predio rural, ubicado en la vereda TUNAMARE de Florencia-Caquetá, denominado "EL ROSAL", con folio de matrícula inmobiliaria N° 420-54847, con una extensión superficiaria de 10 hectáreas.

3. Contestación de la demanda

El día 19 de diciembre de 2017, el apoderado de la demandada, señora LIBIA RIOS DE DIAZ y de los señores GERALDINE ROJAS ACEVEDO y LUIS GONZALO TORO GONZÁLEZ, presentaron contestación de la demanda, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones y proponiendo las excepciones de mérito que denominaron, (i) excepción de ausencia del derecho de los demandantes para reclamar por prescripción adquisitiva de dominio el inmueble objeto de demanda, (ii) excepción de interrupción natural y civil de la acción de prescripción y (iii) ausencia de tiempo necesario a favor de la parte demandante para usucapir.

El curador Ad-Litem de las personas indeterminadas, presenta escrito de contestación de demanda, el día 09 de abril de 2018, la cual, indicó que se atiene a lo que resulte probado en el proceso, sin proponer ninguna clase de excepciones.

4. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Florencia, Caquetá, en audiencia pública realizada el 05 de marzo del 2019, emitió sentencia accediendo a las pretensiones de los demandantes, señalando que conforme a los elementos de prueba y el interrogatorio de parte, queda claro que los demandantes son poseedores materiales del predio por el tiempo que exige la ley, que no se presenta la interrupción de la posesión, toda vez, que solo se les despoja de manera efectiva hasta el día 28 de marzo de 2017, producto del procedimiento policial de alzamiento por ocupación, por lo que hasta la radicación de la presente demanda, cuentan con más de 10 años de posesión efectiva.

PROCESO: VERBAL DE PERTENENCIA
RADICACIÓN: 18 001-31-03-002-2015-00442-01
DEMANDANTE: PEDRO QUIROZ TOLEDO Y OTROS
DEMANDADO: LIBIA RÍOS DE DÍAZ Y OTROS
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

Que dentro del proceso no se encuentra prueba que determine que la posesión fue con violencia, que la misma fue pública, conforme a los testimonios rendidos en este proceso, en lo ateniente a la continuidad de la posesión; Que la posesión no se interrumpe por el inicio del proceso políctico, sino, hasta que efectivamente se pierde la detención del bien, por lo que la interrupción civil no se presenta en este proceso y en consecuencia los actores cumplen con los requisitos de ley.

5. El recurso de apelación

El apoderado de la parte demandada, interpuso recurso de apelación contra el fallo proferido, expresando que no se tuvo en cuenta el testimonio del señor Juan David Salazar, puesto que éste se desvirtúa la posesión en el año de 1999 y posteriormente en los años 2001 y 2003.

Que tampoco se valoró el dictamen pericial, donde se indica que no existen actos de señor y dueño, ni se analizan las pruebas documentales aportadas al proceso; Que si se presenta la interrupción civil y natural de la posesión, toda vez que las mismas fueron expuestas en los alegatos de conclusión, por lo que solicita se revoque la decisión y falle a favor de la demandada.

III. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Considera la Sala de Decisión que se encuentran reunidos los presupuestos procesales como demanda en forma, competencia, capacidad para ser parte y capacidad procesal, sin que se advierta causal de nulidad alguna que invalide la actuación surtida y tampoco se advierte reproche alguno en cuanto a la legitimación en la causa por activa como por pasiva.

2. Competencia

Es competente esta Sala del Distrito Judicial de Florencia Caquetá, para conocer del recurso de apelación contra la sentencia del 05 de marzo de 2019, emitida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Florencia Caquetá, por ser superior funcional de esa autoridad judicial.

3. Problema Jurídico

El problema jurídico consiste en resolver si de conformidad con las pruebas allegadas se cumplen los presupuestos fácticos y jurídicos para la procedencia de la acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio reclamada por los demandantes.

PROCESO: VERBAL DE PERTENENCIA
RADICACIÓN: 18 001-31-03-002-2015-00442-01
DEMANDANTE: PEDRO QUIROZ TOLEDO Y OTROS
DEMANDADO: LIBIA RÍOS DE DIAZ Y OTROS
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

4. De la prescripción adquisitiva de dominio:

Sabido es, que nuestra codificación Civil dispone como modos de adquirir el dominio la ocupación, la tradición, la accesión, sucesión por causa de muerte y la prescripción adquisitiva de dominio; la prescripción al tenor del artículo 2512 ibídem “*es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir la acciones o derechos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, concurriendo los demás requisitos legales*”, de lo que se infiere que existen dos tipos de prescripción, una adquisitiva y una extintiva.

La prescripción adquisitiva de dominio que es la que interesa al caso, está regida por el artículo 2518 del Código Civil, que establece que se adquiere de esta manera el dominio de los bienes raíces o muebles que están en el comercio humano y que se han poseído en las condiciones legales.

Así pues, la prescripción adquisitiva tiene como propósito convertir al poseedor de un bien en su propietario, no obstante, por tratarse de una figura que procura conquistar legítimamente el derecho de dominio, exige comprobar, contundentemente, la concurrencia de sus componentes axiológicos a saber: (i) posesión material actual en el prescribiente; (ii) que el bien haya sido poseído durante el tiempo exigido por la ley, en forma pública, pacífica e ininterrumpida; (iii) identidad de la cosa a usucapir; (iv) y que ésta sea susceptible de adquirirse por pertenencia.

Resulta entonces claro que se impone al Juzgador la obligación de analizar cada uno de los elementos axiológicos referidos, para determinar la procedencia de la usucapión, pues, es claro que de faltar la estructuración de uno de ellos, inevitablemente la decisión deberá ser desestimatoria de las pretensiones, ya que como lo ha dispuesto la máxima corporación de la justicia ordinaria, toda vacilación o incertidumbre en los medios de convicción para demostrar los elementos citados, torna desquiciada la usucapión, sin duda porque:

“(...) para adquirir por prescripción (...) es (...) suficiente la posesión exclusiva y no interrumpida por el lapso exigido (...) sin efectivo reconocimiento de derecho ajeno y sin violencia o clandestinidad’ (LXVII, 466), posesión que debe ser demostrada sin hesitación de ninguna especie, y por ello ‘desde este punto de vista la exclusividad que a toda posesión caracteriza sube de punto (...); así, debe comportar, sin ningún género de duda, signos evidentes de tal trascendencia que no quede resquicio alguno por donde pueda colarse la ambigüedad o la equivocidad’ (cas. civ. 2 de mayo de 1990 sin publicar, reiterada en cas. civ. 29 de octubre de 2001, Exp. 5800)”¹

Por su parte, el artículo 762 del Código Civil define la posesión como:

¹ CSJ. Civil. Sentencia 273 de 4 de noviembre de 2005, rad. 7665.

PROCESO: VERBAL DE PERTENENCIA
RADICACIÓN: 18 001-31-03-002-2015-00442-01
DEMANDANTE: PEDRO QUIROZ TOLEDO Y OTROS
DEMANDADO: LIBIA RÍOS DE DIAZ Y OTROS
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

“La tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él”.

De la norma transcrita se distinguen dos elementos: el *ánimus* y el *corpus*. Entendidos, el primero, como elemento interno, psicológico, esto es, la intención de ser dueño; y el segundo, el componente externo, la detentación física o material de la cosa; la posesión debe cumplirse de manera pública, pacífica e ininterrumpida, derivada de hechos ostensibles y visibles ante los demás sujetos de derecho. Se trata de la aprehensión física directa o mediata que ostente la demandante ejerciendo actos públicos de explotación económica, de uso, transformación acorde con la naturaleza del bien en forma continua por el tiempo exigido por la ley.

5. El Caso Concreto

Corresponde a la Sala determinar si en el presente caso se cumplen los presupuestos fácticos y jurídicos para la procedencia de la acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio alegada por el señor PEDRO QUIROZ o si por el contrario erró el *a quo* en la valoración de las pruebas aportadas, lo que conllevaría desvirtuar la posesión alegada y con ello la revocatoria del fallo apelado, que son los fundamentos señalados en el recurso de apelación presentado por la parte demandada.

En el presente caso, no es objeto de discusión que: i) el bien raíz sobre el que se desplegó y ejerció posesión por parte de los demandantes, es el mismo que se busca usucapir y que este no es uno de aquellos prohibido para obtener por ese modo; ii) existe legitimación en la causa en los extremos en contienda, ya que los actores son las personas que predicen haber poseído el bien materialmente determinado y, que la parte demandada está integrado por todos y cada uno de los sujetos que tienen derechos reales principales sobre el mismo.

Lo que sí es objeto de debate, según lo deprecado por el apelante, es que los actores no han ejercido actos de señor y dueño por un lapso igual o superior a los 10 años, término sobre el cual consideran los actores han poseído el inmueble en controversia, además que se presentó la interrupción de la posesión.

A fin de desatar el problema jurídico planteado tenemos que el artículo 41 de la Ley 153 de 1887, señala: *«La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir».*, en el caso de autos los actores escogieron la anterior, esto es la disposición anterior del artículo 2532 de Código Civil, según la cual: *“El lapso de tiempo necesario para*

PROCESO: VERBAL DE PERTENENCIA
RADICACIÓN: 18 001-31-03-002-2015-00442-01
DEMANDANTE: PEDRO QUIROZ TOLEDO Y OTROS
DEMANDADO: LIBIA RÍOS DE DIAZ Y OTROS
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

adquirir por esta especie de prescripción, es de 20 años contra toda persona, y no se suspende a favor de las enumeradas en el artículo [2530](#)”*

Por lo que abrigo de las pruebas obrantes en el proceso se deberá determinar en primera medida si dicho lapso se satisfizo, del material recaudado se tiene:

Interrogatorio de **LIBIA RIOS DE DIAZ**,

- **Pregunta** ¿sabe usted desde que fecha están los señores demandantes en ese predio?
- **Contestó:** pues nosotros íbamos, pero cuando se enferma mi esposo, dice el médico en mayo que el tiene cáncer, entonces yo viajo con el para Neiva a las quimios, mi hija va como en septiembre y ve a los señores Don Edgar y Pedro Quiroz, fue cuando nosotros decidimos poner la querella.
- ¿Cuánto tiempo hacia que no iban por la finca entonces?
Contesta: Lo que duró mi esposo enfermo.
- ¿Qué fue cuánto tiempo?
Principio de año fuimos y ya en mayo, mi esposo se enferma, mi hija sube y se da cuenta que los señores Quiroz estaban allá talando, esto se pone en conocimiento de la policía ambiental.
(..)
- ¿usted como propietaria siempre ha pagado impuestos?
Contesta: si, siempre he pagado impuestos, si señora.

Preguntas apoderado demandante:

- Pregunta: ¿indíquele al despacho desde el año 2000 hasta el año 2010 cuales fueron las actividades que ustedes desarrollaron como propietarios de ese bien y si los vecinos los reconocían a ustedes como los propietarios del bien?
- Contestó: no, porque el que hacia todo eso era mi esposo, era el que más lo conocían, porque era el que más iba allá, a él era el que más lo conocían allá y la gente de por ahí sabía que esa propiedad era de mi esposo Rodrigo Diaz.
- ¿puede indicarle al despacho en que año murió su esposo?
Contesta: el 13 de septiembre de 2010 murió
(...)
- Pregunta: ¿recuerda usted en que lugar estaba sembrada la Yuca y la piña?
Contesta: no, en este momento no me acuerdo, y ahí alrededor de la finca, si mire ahí.

LUIS GONZALO TORO LOPEZ, quien asegura le compró el bien objeto de debate a la señora Libia Diaz de Ríos, en el 2016.

- “Pregunta: ¿por favor infórmeme a este despacho en que estado encontró el bien inmueble?

PROCESO: VERBAL DE PERTENENCIA
RADICACIÓN: 18 001-31-03-002-2015-00442-01
DEMANDANTE: PEDRO QUIROZ TOLEDO Y OTROS
DEMANDADO: LIBIA RÍOS DE DÍAZ Y OTROS
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

Contesta: el estaba harto abandonado, enmontado, no tenía ningún tipo de cultivos como tal, o sea que dijera uno que tenía una capacidad para subsistencia, en rastreado totalmente, y estaba el inmueble en el momento que hago la compra, estaba ocupado, cuando yo lo compré tenía una ocupación.

(...)

Pregunta: ¿había alguna siembra de yuca, de piña?

Contesta: había unos palos de yuca, pero eso era como cuando ya usted los ha cultivado y están allí, como los que renacen los hijitos, pero cultivo como tal no, estaba ahí cerca."

MARIA HERIBERTA CALDERON: Señala que conoció al señor Pedro Quiroz, porque vivían cerca a la parcela donde ella vivió, asegurando haber sido la vecina, quien al preguntársele hacia cuánto tiempo lo conocía señaló que cerca de 20 años, porque una hija de ella la sacó de la parcela hace tiempo y eso hacía que él ya estaba ahí.

- Pregunta: ¿usted sabe, recuerda que hacían ellos en esa finca, en esa parcela?

Contesta: pues ellos en esa parcela yo me daba cuenta que eso llegaban ahí todos locos a trabajar en esa parcela, a rozar hasta un lote de pasto dejaron ahí sembrado y ahí sembraban comida, sembraban también, ellos iban a trabajar y sembrar pasto, comida, no me acuerdo de más.

- ¿alguna vez vio vacas ahí, ganado?

Contesta: vea mamita, a yo le parece haber visto una vaca, iban a ordeñarla a la parcela donde yo estaba cerquita.

Pregunta: ¿y allá había casa?

Contesta: ay poderoso Dios, me parece que no había casa, yo no sé si era un rachío que había, no era una casa bonita, era como para favorecerse del agua.

MARIA ELENA CHAGUALA, expone ser la secretaria de la junta de acción comunal desde julio de 2016, y conoce a los demandantes desde abril de ese mismo año, al preguntarse si cuando llegó a ocupar el cargo mencionado los señores Edgar y Pedro Quiroz ya se encontraban afiliados, indicó que sí, y que del registro encontrado hay actualización de la afiliación que data del 2013, pero que, de la misma se desprende que la afiliación fue con anterioridad, ya que las actualizaciones son con el fin de actualizar datos como el número de teléfono, número de personas que habitan en el predio entre otras.

HUGO MOLINA JIMENEZ, manifiesta conocer a los demandantes desde el 2006, es abogado de profesión, asegura tener una parcela en la vereda

PROCESO: VERBAL DE PERTENENCIA
RADICACIÓN: 18 001-31-03-002-2015-00442-01
DEMANDANTE: PEDRO QUIROZ TOLEDO Y OTROS
DEMANDADO: LIBIA RÍOS DE DIAZ Y OTROS
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

Bajo Brasil, que los conoce en razón a que es el vicepresidente de la junta de acción comunal, que hace parte de la junta hacia cerca de 4 años.

- Pregunta: ¿y vive por ese sector hace cuánto tiempo?
Contesta: yo, en el sector como tal, vinculado al sector y viviendo desde el 2006.
- Pregunta: ¿Qué cercanía en distancia, que tan cerca en su lugar de vivienda del lugar del predio del señor Pedro?
Contesta: de la escuela al predio donde yo estoy ubicado hay 1800 metros, yo creo que de ahí a donde el señor Pedro, en mi concepto empíricamente, por carretera 1300 metros por elevación mucho menos.
- Pregunta: ¿Qué actos de señor y dueño observó usted que tuvieran los señores Pedro y Edgar frente a ese predio?
Contesta: los actos de señor y dueño que yo conocí de estos dos señores tener sobre este predio fue la ocupación que ellos tuvieron hasta este momento y mas reflejado en las reuniones que teníamos y en las actas que reposan en las entidades como el SENA y en los propios listados de socios de la junta de acción comunal.
- Pregunta: ¿señor Hugo usted puede manifestarle al despacho si una vez llega usted en el año 2006, es la fecha o el año en el que usted distingue al señor Pedro Quiroz y a señor Edgar Quiroz?
Contesta: si, yo los distingo desde esa época porque yo vivo hacia la parte de arriba y pues la verdad no es por desconfianza, pero uno le pone mucho cuidado a la persona que pasa por la carretera, por el tema de seguridad, para espantar los perros, en fin, los distingo desde ese momento, también veo que tienen trabajadero, por allá pasan mucho entre semana 3 veces por ahí por la carretera (...)
- Pregunta: ¿indique con precisión señor Hugo al despacho, si la comunidad a parte de usted y que usted tenga conocimiento claro está, los ha reconocido a ellos como los propietarios o dueños de las mejoras que se han construido en el predio denominado el rosal en la vereda bajo Brasil?
Contesta: si, toda la comunidad y la junta de acción comunal los ha reconocido como poseedores con ánimo de señor y dueño, en términos generales, como propietarios.
- Pregunta: ¿indíqueme al Despacho señor Hugo, si usted en el tiempo que lleva habitando o residiendo en esa vereda ha tenido conocimiento de que ese predio sea de propiedad de una persona distinta a los señores Pedro y Edgar Quiroz?
Contesta: yo siempre he tenido conocimiento que ese predio es de propiedad de los 2 señores Edgar y Pedro Quiroz y no de otra persona.

PROCESO: VERBAL DE PERTENENCIA
RADICACIÓN: 18 001-31-03-002-2015-00442-01
DEMANDANTE: PEDRO QUIROZ TOLEDO Y OTROS
DEMANDADO: LIBIA RÍOS DE DIAZ Y OTROS
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

LUZ MAYERLY OSORIO GOMEZ, relató conocer a los demandantes desde el 2009, porque era la presidenta de la junta y con ocasión a esta tuvo que visitar a todas las familias de la zona, fue ahí donde los distinguió.

- Pregunta: ¿señora Luz Mayerly por favor infórmeme a este despacho entonces, si usted manifiesta que fue a la casa, al lugar de vivienda de ellos, explíqueme al despacho como era esa casa?
Contesta: era una casa humilde, de tabla, como una casa habitacional de muchas familias humildes, que viven en el sector, precisamente no iba a confrontar la casa, pero si tuve y era una casa humilde, en madera.
- Pregunta: ¿a aparte de la casa que está refiriendo había algo más en ese predio?
Contesta: potreros, cultivos pequeños dentro de lo normal que se puede tener dentro de una parcela y una finca.
- Pregunta: ¿indíqueme al despacho señora Marleny si los señores fueron reconocidos por todas las personas que habitan en la vereda el bajo Brasil por todas las personas que habitan en la vereda el bajo Brasil, como los propietarios que se presentaban como dueños del predio denominado El Rosal?
Contesta: Siempre supe que ellos eran los dueños.

JUAN DAVID SALAZAR SALAZAR, expresa que en 1999 fue al predio, para ese entonces el dueño era el señor Rodrigo Díaz, que fue a la parcela porque iban a hacer una vía de acceso a la casa, pero que no fue posible por motivos económicos, que fue en varias ocasiones, en 2001 y en 2003 y que siempre era don Rodrigo quien realizaba las cotizaciones.

MARIELA CABRERA ORDOÑEZ, señala vivir en la vereda alto Brasil, y conocer a los demandantes desde el 2001, y que hace un año o dos los desplazaron, los conoció como vecinos.

- Pregunta: ¿usted como sabe que el predio era de propiedad de pedro y Edgar?
Contesta: pues yo los conocí ahí a ellos
- Pregunta: ¿sabe si ellos tenían casa ahí?
Contesta: ellos tenían una casita de madera
- Pregunta: ¿sabe si hacían algún tipo de siembra, tenían algún tipo de cultivo?
Contesta: si señora, tenían agricultura, árboles de yuca, arboles de guanábana tenían.
- Pregunta: ¿sabe de alguna otra persona que haya llegado a decir que ese predio era de su propiedad?
Contesta: no señora

PROCESO: VERBAL DE PERTENENCIA
RADICACIÓN: 18 001-31-03-002-2015-00442-01
DEMANDANTE: PEDRO QUIROZ TOLEDO Y OTROS
DEMANDADO: LIBIA RÍOS DE DÍAZ Y OTROS
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

- Pregunta: ¿puede indicarle al despacho de manera clara, a quienes conoció usted viviendo en la parcela donde estaban asentados los señores Quiroz?
Contesta: al señor Pedro Quiroz y Edgar Quiroz
- Pregunta: ¿indíquele al despacho si ellos eran quienes realizaban las mejoras constantes del terreno y quienes cuidaban de ese terreno?
Contesta: si señor, don Edgar y don Pedro Quiroz.

Aunado a ello aseguró conocer a las esposas de los demandantes y a la madre de estos, doña Lourdes Toledo, ya que se la encontraba en el camino hacia la finca, desconoce si la señora Lourdes tenía un predio ahí en la vereda bajo Brasil, señaló vivir a una parcela del predio objeto del litigio.

ABELARDO BARRERA ANTURY, expone que cuando llegó en 1994, entró a vivir a la vereda y encontró a don Pedro Quiroz, a Gerardo Méndez, a Luis Castañeda, y Octavio Quiroz, asegura que fue fundador de la vereda y de la junta de acción comunal.

- Pregunta: ¿con que personas fundó usted la junta?
Contesta: (...) Blanca Guevara fue mi secretaria todo el tiempo que yo estuve, de fiscal tuve varios fiscales, porque tuve a don Gonzalo Ayerbe, tuve a don Ancizar también después, de tesorero también tuve varios cambios.
- Pregunta: ¿los hermanos Quiroz hacían parte de la junta?
Contesta: si
- Pregunta: ¿Cuándo?
Contesta: ellos empezaron cuando yo entré allá empecé con el comité, ellos empezaron a ir allá, entonces empezamos a trabajar, a trabajar, y fue más gente allá y entonces pue se montó la junta y quedaron dentro de la junta.
- Pregunta: ¿en sus respuestas anteriores usted manifestó que, en 1994, entró y encontró a Pedro y a otras personas, a los hermanos Quiroz entre otras personas allá, me puede manifestar si los encontró allá viviendo o trabajando o en qué condiciones?
Contesta: viviendo, tenían, cada uno tenía su posesión, tanto los señores Quiroz como Gerardo Méndez, como Octavio, como Luis Castañeda, que todavía está la finquita, todavía la tienen los hijos, don Gerardo pues el vendió, tenía una cría de pollos ahí, los señores Quiroz tenían su finquita ahí que tenían platanito, tenían yuquita, palos frutales, su casita de madera, tenían la cocina aparte y un galponcito de pollos.

ANA IRENE PEÑA SERRANO, manifestó que vive en la vereda bajo Brasil y que conoce a los demandantes desde el 2006, cuando compraron

PROCESO: VERBAL DE PERTENENCIA
RADICACIÓN: 18 001-31-03-002-2015-00442-01
DEMANDANTE: PEDRO QUIROZ TOLEDO Y OTROS
DEMANDADO: LIBIA RÍOS DE DIAZ Y OTROS
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

la posesión que tienen en la vereda bajo Brasil, que con anterioridad a esa fecha no los conocía, que la propiedad queda enseguida del predio de los señores Edgar y Pedro, cuando llegó tenían una casa, un galpón y arboles frutales y que ya no viven esa propiedad, debido a que los desalojaron, que desde que llegó siempre los vio a ellos y no a otras personas en el predio.

GLORIA INES CUELLAR VILLOTA, expresa que por información dada por el fundador de la junta de acción comunal sabe que los señores Quiroz llevan mas de 20 años en la vereda, que los conoce desde el 2011 fecha en la cual llegó a la vereda, que los demandantes tenían arboles frutales, que la mayoría de los terrenos no tienen escritura, que la mayoría le pertenecían a los Lara.

MIRVIAN SANCHEZ CALDERON, expone vivir en la vereda bajo Brasil, que lo conoce desde 1999, época en la cual el señor Pedro Quiroz ya vivía en el bajo Brasil, que tenía una casa de madera, piso de tierra, techo de zinc y un cerco de alambre, que tenía potreros y arboles frutales y que volvió en el 2013, época en la cual eran más amplios los potreros y la casa también había cambiado, que en dicha casa vivía junto con el señor Edgar y su familia.

Si las cosas, es claro que no es posible sostener, sin equívocos, que de los testimonios referidos se acreditara la posesión continua e ininterrumpida de los demandantes -Pedro y Edgar Quiroz- que les permitiera asirse a la propiedad por la prescripción extraordinaria de dominio, como erradamente lo concluyó el a quo, pues ninguno de los testimonios aportados da cuenta de los actos inequívocos de posesión ejercidos por los demandantes por el tiempo requerido por la norma escogida a fin de usucapir el bien objeto del presente proceso, esto es, por el término de 10 años.

En casos como el de autos la Corte Suprema de reiterado que:

"(...) A propósito de los señalados elementos, dijo esta Corte que "(...) para el éxito de la pretensión de pertenencia por prescripción extraordinaria, se deben comprobar cuatro requisitos: 1) Posesión material en el usucapiente. 2) Que esa posesión haya durado el término previsto en la ley. 3) Que se haya cumplido de manera pública e ininterrumpida. 4) Que la cosa o derecho sobre el que se ejerce la acción sea [identificable y] susceptible de ser adquirido por usucapión (...)" (CSJ SC sentencia de 14 de junio de 1988, G. J. Tomo CXCII, pág. 278. Reiterada en sentencias 007 de 1 de febrero de 2000, rad. C-5135 y SC 8751 de 20 de junio de 2017, rad. 2002-01092-01).

PROCESO: VERBAL DE PERTENENCIA
RADICACIÓN: 18 001-31-03-002-2015-00442-01
DEMANDANTE: PEDRO QUIROZ TOLEDO Y OTROS
DEMANDADO: LIBIA RÍOS DE DIAZ Y OTROS
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

De ahí, toda fluctuación o equivocidad, toda incertidumbre o vacilación en los medios de convicción para demostrar la prescripción, torna deleznable su declaración. Por esto, con prudencia inalterable, la doctrina de esta corporación en forma uniforme ha postulado que "(...) [n]o en vano, en esta materia la prueba debe ser categórica y no dejar la más mínima duda, pues si ella se asoma no puede triunfar la respectiva pretensión. De allí la importancia capital que ella reviste en este tipo de causas judiciales, **más aún cuando militan razones o circunstancias que tornen equívoca o ambigua la posesión, la que debe ser inmaculada, diáfana y exclusiva, rectamente entendida, de lo que se desprende que no debe arrojar la más mínima hesitación.** En caso contrario, no podrá erigirse en percursor de derechos. Esta Corte, sobre el particular bien ha señalado que 'del detenido análisis del art. 2531 del C.C. se llega a la categórica conclusión de que para adquirir por prescripción extraordinaria es (...) suficiente la posesión exclusiva y no interrumpida por el lapso exigido sin efectivo reconocimiento de derecho ajeno y sin violencia o clandestinidad' (LXVII, 466), posesión que debe ser demostrada sin hesitación de ninguna especie, y por ello desde este punto de vista la exclusividad que a toda posesión caracteriza sube de punto (...); así, **debe comportar, sin ningún género de duda, signos evidentes de tal trascendencia que no quede resquicio alguno por donde pueda colarse la ambigüedad o la equivocidad"** (cas. civ. 2 de mayo de 1990 sin publicar, reiterada en cas. civ. 29 de octubre de 2001, Exp. 5800)». (negrilla para ilustrar)

En este evento, si bien los actores fueron enfáticos en señalar que desde 1985 poseen el bien objeto de la litis, ello no fue demostrado de manera inequívoca, pues los testimonios que fueron aportados no dan claridad de la fecha desde la cual los señores Quiroz han ocupado el bien, pues la señora María Heriberta Calderón, indica que los conocía por cerca de 20 años, sin que esto per se indique que por ese tiempo ejercieran la posesión, la señora María Elena Chaguala, asevera que los conoce desde el 2016 cuando llegó a la junta de acción comunal, el señor Hugo Molina indica que los conoce desde el 2006, Luz Mayerly Osorio, desde el 2009, Mariela Cabrera desde el 2001, Abelardo Barrera desde 1994, Irene Peña desde 2006, tiempos en los cuales les consta que los actores ejercieron posesión.

Así las cosas, de los testimonios recepcionados, no se puede establecer claramente el término de posesión en forma ininterrumpida que exige la ley para adquirir el dominio el predio pretendido, aunado a que de las pruebas obrantes en el expediente no dotan del convencimiento suficiente, los actos posesorios por el término requerido para usucapir el bien pretendido, pues como se reprodujo ut supra, la posesión que debe ser demostrada sin hesitación de ninguna especie, situación que brilla por su ausencia en el caso de autos, donde no hay más que incertidumbre

PROCESO: VERBAL DE PERTENENCIA
RADICACIÓN: 18 001-31-03-002-2015-00442-01
DEMANDANTE: PEDRO QUIROZ TOLEDO Y OTROS
DEMANDADO: LIBIA RÍOS DE DIAZ Y OTROS
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

sobre el lapso en que los actores ejercieron la posesión y sobre los actos posesorios que se requiere en este tipo de casos, pues no obra prueba alguna de actos como pago de impuestos, mejoras, ni el tiempo en que fueron realizadas.

Sobre la posesión, el artículo 762 del Código Civil, ha establecido que: "*La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él. El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo.*", mismo que no reconoce dominio ajeno, explota, domina la cosa como si fuera suya, ostenta dos elementos centrales, tales como la tenencia física (*corpus*) y la exteriorización del señorío (*animus*).

En el caso de marras los deponentes, no demostraron sin ambages ni coincidentemente, que la posesión viene siendo ejercida por los actores desde el año 1986 en forma ininterrumpida y publicitada, pues, no emergen con la absoluta claridad de los testimonios cuestionados, que permitan establecer el tiempo, ni los actos posesorios, se reitera:

"Si la posesión material, por tanto, es equívoca o ambigua, no puede fundar una declaración de pertenencia, por las consecuencias que semejante decisión comporta, pues de aceptarse la ambigüedad llevaría a admitir que el ordenamiento permite alterar el derecho de dominio, así respecto de la relación posesoria medie la duda o dosis de incertidumbre. Por esto, para hablar de desposesión del dueño y privación de su derecho, el contacto material de la cosa con quien pretende serlo, aduciendo real o presuntamente "animus domini rem sibi habendi"², requiere que sea cierto y claro, sin resquicio para la zozobra; que la posesión sea pública, pacífica e ininterrumpida."³

Por lo que, contrario a lo decidido por el a quo, se revocará la sentencia apelada, por encontrarse ante el incumplimiento de los presupuestos para predicar verdaderos actos posesorios con ánimo de señor y dueño, desde la fecha que se indica en la demanda, esto es, desde 1986, pues como quedo decantado líneas atrás, no se demostró la fecha de iniciación de los actos posesorios hasta la fecha de la presentación de la demanda, ni los actos posesorios durante el lapso que exige la ley, por lo que no es posible establecer que se cumpla con los requisitos exigidos la Ley para adquirir por prescripción un bien inmueble.

Como consecuencia de lo anterior se ordenará, el levantamiento de las medidas cautelares decretadas al interior de proceso y se condenará en costas en ambas instancias a la parte actora conforme lo establece el 365 del Código General del Proceso.

² Ánimo de quedarse con la cosa.
³ CSJ SC19903/2017

PROCESO: VERBAL DE PERTENENCIA
RADICACIÓN: 18 001-31-03-002-2015-00442-01
DEMANDANTE: PEDRO QUIROZ TOLEDO Y OTROS
DEMANDADO: LIBIA RÍOS DE DÍAZ Y OTROS
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

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

IV. RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la providencia de fecha cinco (05) de mayo de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Florencia - Caquetá, para en su lugar **NEGAR LAS PRETENSIONES**, de la demanda, por los motivos expuestos en esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR el levantamiento de las medidas cautelares decretadas al interior del proceso. Líbrense los oficios correspondientes por el Juez de primera instancia.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS, en ambas instancias a la parte actora, de conformidad a lo expuesto en el numeral 4 del artículo 365 del Código General del Proceso, las cuales serán liquidadas por el Juzgado de primera instancia. Las agencias en derecho en segunda instancia se fijarán por la magistrada sustanciadora.

CUARTO: Ejecutoriada la presente decisión por secretaría, DEVUÉLVANSE las diligencias al juzgado de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA CLAUDIA ISAZA RIVERA
Magistrada Ponente

DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO
Magistrada

GILBERTO GALVIS AVE
Magistrado

Nota: La presente sentencia se firma de forma electrónica en el aplicativo de la Rama Judicial, dentro del término contemplado en el inciso 3º del Artículo 10 del Acuerdo PCSJA17-10715.

Firmado Por:

Maria Claudia Isaza Rivera

Magistrada
Despacho 002 Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Florencia - Caqueta

Dielia Hortencia Luz Mari Ortega Castro
Magistrada
Sala 001 Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Florencia - Caqueta

Gilberto Galvis Ave
Magistrado
Despacho 003 Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Florencia - Caqueta

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **04a1429f5ea45780349fdb89f5c2693d9e76e567d3c8120c4a31630221f0e1aa**
Documento generado en 23/09/2023 07:58:57 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Proceso: *Responsabilidad Civil Médica.*
Demandante: *Juan Pablo Soto Olarte*
Demandado: *CONSALUD I.P.S. S.A. y COOMEVA E.P.S. S.A.,*
Radicado: *18001-31-03-001-2007-00182-01*
Aprobado según Acta No 068.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
FLORENCIA SALA CIVIL-FAMILIA-LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE:
GILBERTO GALVIS AVE**

Florencia -Caquetá-, veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el fallo proferido por el Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de Florencia, Caquetá el 29 de julio de 2014 dentro de la referencia promovido por Juan Pablo Soto Olarte contra Consalud IPS y Coomeva EPS SA.

I. ANTECEDENTES

Que el 14 de abril de 2003, experimentó un dolor testicular al lado derecho súbito y muy intenso, por lo cual acudió a la Unidad Básica de Atención de CONSALUD I.P.S. de Florencia, donde fue tratado en el servicio de urgencias y luego de hacer anamnesis y el examen clínico, le fue diagnosticada una epididimitis derecha, recibiendo tratamiento con antibióticos, analgésicos, cuidados generales que hicieron desaparecer el dolor y mostrar una aparente mejoría, autorizándose su egreso del centro hospitalario el 15 de abril 2003.

Que el proceder galénico estuvo precedido de una serie de irregularidades en la prestación del servicio de salud, pues de acuerdo a su cuadro clínico y resultado de exámenes que le fueron practicados, se estaba en presencia de una urgencia de escroto agudo que implicaba comunicarle sobre la pertinencia de una exploración quirúrgica inmediata y de esta manera descartar una torsión testicular, la cual omitió pese a que en la historia clínica se consignó lo contrario, es decir, que le fue sugerida por el galeno.

Que con posterioridad le apareció el dolor, lo que llevó a que regresara el 16 de abril de esa calenda, a la UBA de CONSALUD y luego del examen físico, en la hoja de evolución se registró "*Orquialgia izquierda súbita de dos días de evolución (...) tratado en las primeras 24 horas con analgésico y antibiótico con mejoría en el dolor y leve disminución en el edema (...) aumento del tamaño de la bolsa escrotal derecha a expensas de contenido líquido. Testículo duro, irregular, doloroso. A la transiluminación una imagen oscura (...) Testículo contra lateral normal*". Se concluyó con un nuevo diagnóstico de escroto agudo, torsión testicular derecha y se ordenó exploración testicular, la que culminó con la extirpación de su testículo derecho que estaba necrosado y fijación del testículo contra lateral.

Que en la labor asistencial fue negligente y desencadenó ese hecho catastrófico en su humanidad, sumado a que tampoco se emplearon ayudas diagnósticas, exámenes de patología o ecografía, interconsulta o junta médica para obtener un diagnóstico confiable, ausencia de consentimiento informado, pese a que vehementemente expresó a sus colegas tratantes que la causa de su padecimiento podría ser una torsión testicular, máxime tratándose de una urgencia de escroto

agudo, cuya evolución en necrosis en un lapso de 6 a 12 horas, la única solución inmediata era la exploración quirúrgica.

Que tampoco se solicitó su consentimiento informado, siendo el propio enfermo quien llamó la atención sobre la posibilidad de que fuera una torsión testicular, ya que por su formación como profesional de la medicina podía identificar la patología y era conocedor de que la exploración quirúrgica era la solución más indicada, aunque ante una urgencia como esta, lo primordial es restablecer el estado de salud del paciente para salvar su vida o su integridad, ello significaba que se debía actuar porque no siempre se necesita consentimiento del paciente.

Que como consecuencia del mal diagnóstico sufrió daños en su salud psicofísica y corporal, menoscabo de su aparato genital y urinario, quedando comprometidas las funciones endocrinas y exocrinas, así como la actividad espermatogénica, pues redujo la producción de espermatozoides, y como tenía antecedente de varicocele en el otro testículo, está condenado a quedar estéril con el transcurso del tiempo, en consecuencia, deprecó la indemnización por perjuicios materiales, morales y daño a la vida de relación y condena en costas a la parte demandada.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

Se admitió a trámite la demanda -ver folio 59 cdno uno ppal-, y notificados en debida forma las entidades demandadas, Consalud S.A. procedió a contestar el libelo negando la mayortia de los hechos con excepción de 4, 5, 12,, 13, 16, 17, 23, 24 y 26, se opuso a las

pretensiones y formuló las excepciones que denominó “ausencia de responsabilidad, ausencia de nexo causal, ausencia de falla en la prestación del servicio, caso fortuito, culpa exclusiva y determinante de la víctima y cualquiera otra que resulte probada y que la ley permita su declaratoria de oficio.”(fls. 102 a 118 del Cuaderno Principal No. 1).

Por su parte Coomeva negó como cierto los hechos 7 al 11, 14, 19 al 21, los demás fueron aceptados o dijo no constarle, se opuso a la totalidad de las pretensiones y formuló como excepciones las que denominó “ausencia de responsabilidad, ausencia de nexo causal, ausencia de falla en la prestación del servicio, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe manifiesta, falta de legitimación en la causa, caso fortuito, culpa determinante de la víctima, y cualquiera otra que resulte probada y que la ley permita su declaratoria de oficio”(fls. 102 a 118 del Cuaderno Principal No. 1).

Luego de aclararse la competencia entre los Juzgados Primero Civil del Circuito, y Primero Laboral del Circuito, de esta ciudad, esta Corporación, mediante proveído del 24 de noviembre de 2011, negó la manifestación de incompetencia del juzgado laboral y remitió el expediente a ese despacho para que continuara conociendo del proceso (fls. 145 a 146 del C. Principal No. 1).

El 10 de febrero de 2009, el Juzgado Primero Laboral de Florencia, inadmitió la demanda y una vez subsanada, se admitió el 19 de febrero de 2009 (fls. 151 a 159 del Cuaderno Principal No. 1). Las demandadas contestaron el libelo genitor en los mismos términos en

que lo hicieron inicialmente (fls. 170 a 185 y 192 a 206 del Cuaderno Principal No. 1).

Sin embargo, el 25 de octubre de 2013, el Juzgado Primero Laboral declaró la falta de competencia y ordenó la remisión del proceso al Juzgado Primero Civil del Circuito, ordenando su envío por competencia al Juzgado Civil del Circuito de Descongestión, en virtud que, a partir de 1 de abril de 2012, su conocimiento era solo de asuntos en oralidad, por virtud del Acuerdo No. 514 de marzo de 2012 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (fls. 704 al 709 del Cuaderno Principal No. 2).

Mediante auto del 13 de junio de 2014, el Juzgado Civil del Circuito de Descongestión dio por concluida la etapa probatoria y corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, profiriéndose sentencia el 29 de julio de 2014 (fls. 768; 909 a 934 del Cuaderno Principal No. 3).

III. DE LA DECISIÓN DEL JUZGADO

El juzgador de instancia, luego de realizar el recuento procesal, emprendió el examen de los medios persuasivos militantes en el expediente, aduciendo que si bien era cierto que el actor sufrió una lesión traducida en la pérdida de su testículo derecho y atribuye culpa médica por diagnóstico equivocado, partiendo de la base de no haberse tenido en cuenta sus signos y síntomas iniciales, la realidad probatoria -prueba pericial, historia clínica, entre otros-, puso en evidencia varios hechos indicadores que le permitieron colegir que el procedimiento médico estuvo acorde a la *lex artis*, que se siguieron los protocolos,

incluso, algunos de los testimonios responsabilizaron al demandante con su actuar.

En tal virtud, declaró probada la excepción de mérito denominada “AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD”, por lo que, negó la totalidad de las pretensiones de la demanda.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

La inconformidad con la sentencia se concretó en diferentes tópicos, partiendo inicialmente por elucubrar como eje principal que **la responsabilidad de las demandadas tiene su génesis en el criterio jurisprudencial del Consejo de Estado conocido como falla presunta**, pues si bien el litigio puede ser de naturaleza contractual, por tratarse del derecho fundamental a la salud, entendido además como un servicio público bajo la dirección, coordinación y control del Estado(Art. 48 y 49 C.N.), la seguridad social en salud regulada en la Ley 100 de 1993 (Arts. 152, 178-6 y 185), adquiere una elevada relevancia y encierra una obligación de las EPS e IPS de propender por la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad. De ahí que el método para fijar el grado de responsabilidad en la actuación de las codemandadas es demostrar si éstas cumplieron con los deberes de oportunidad, eficiencia y calidad en el **diagnóstico y procedimiento** que le dieron al demandante.

Con base en estos principios se detiene en el comportamiento de los galenos frente al manejo de la historia clínica regulada por el Ministerio de Salud en la Resolución 1995 de 1999, para cuestionarla por cuanto: **(i) no hubo consentimiento informado acerca de la**

exploración quirúrgica, que hace consistir en la ausencia de dicha constancia en el sentido de “contra opinión médica”, dada la supuesta oposición al procedimiento por parte del paciente; **(ii) que el paciente no se encontraba en capacidad de tomar una elección libre y comprensiva**, porque la torsión testicular lo sometió a dolores intensos cuando ingresó en ambas oportunidades al centro clínico, según se desprende de la literatura médica, frente a lo cual la ley de ética médica autorizaba al galeno que lo atendió inicialmente a obviar el consentimiento informado porque se trataba de una urgencia y el enfermo no podía discernir (Arts. 14 y 70 Ley 23 de 1981), de ahí que considere errónea la conclusión del juzgado al señalar que la omisión equivale a una respuesta afirmativa, por cuanto la impresión diagnóstica advierte que existía la duda entre una urolitiasis, la epididimitis y la torsión testicular; **(iii) asume que se materializó un error de diagnóstico**, por cuanto el doctor Eliás Rojas afirma que era epididimitis de etiología infecciosa y no era necesaria la exploración quirúrgica que se practica para corregir la posición del testículo, cuando la realidad fáctica indica que no hay una sola prueba de laboratorio ni resultados en la HC que demuestren **la epididimitis porque el paciente no tenía ningún cuadro infeccioso**; **(iv) la torsión testicular está probada por la exploración escrotal y la biopsia**, pues cuando el paciente ingresó por urgencias el 14 de abril estaba aquejado por una torsión testicular, no por otra causa, como se acredita con la exploración escrotal y la biopsia, esta última de fecha 6 de mayo de 2003, al señalar torsión testicular de 48 horas, cómputo que se cuenta desde el 14 de abril hasta el 16 del mismo mes, porque cuando se tomó la muestra del testículo en la cirugía en este último día se depositó en formol que tiene la propiedad de conservar el tejido.

V. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Llegadas las diligencias a esta Corporación, con auto de fecha 7 de octubre de 2014 el recurso de apelación fue admitido, el 26 de enero de 2015, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión conforme a lo prescrito en el artículo 360 del C.P.C., término dentro del cual las partes hicieron uso de dicha prerrogativa presentando las alegaciones pertinentes -fls 7 a 27 del cuaderno de segunda instancia.-

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Competencia.

Agotada como está el trámite procesal de segunda instancia, sin que se avizore circunstancia alguna que invalide lo actuado y ante la ausencia de peticiones de nulidad formuladas por las partes sobre estos aspectos, se procede a tomar la decisión de segunda instancia que ponga fin al presente litigio en virtud de la competencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, por tratarse de un recurso de apelación contra la sentencia de un Juzgado Civil del Circuito (Art. 26 numeral 1º literal a) del Decreto 1400 de 1970 y/o C.P.C.)

Para decidir si hay lugar a confirmar, modificar o revocar la sentencia de primera instancia, la Sala debe considerar los reparos y la sustentación del apelante único, los cuales enmarcan el estudio del recurso frente a lo considerado en el fallo del Juzgado de primera instancia de conformidad con los artículos 350 y 357 ibídem, los demás

puntos escapan a la competencia de esta Corporación en ese orden, comoquiera que la disconformidad de la apelación apunta a responder el derecho sustancial reclamado por el recurrente.

6.2. Planteamiento del problema jurídico.

Conforme al recurso de apelación sustentado por la parte actora, el objeto que concita a esta Sala a determinar si debe revocarse el fallo de primer grado que hizo nugatorias las pretensiones de la demanda, con ocasión del daño causado en la humanidad de JUAN PABLO SOTO OLARTE, consistente en la pérdida de su testículo derecho en el desarrollo de la atención médica que recibió por parte de las demandadas CONSALUD I.P.S. S.A. y COOMEVA E.P.S. S.A., que a juicio del *A quo* estuvo ajustada a *lex artis*, pero a la vista del recurrente se vislumbran diferentes inconsistencias de orden conceptual y fáctico en cuanto a la valoración de los medios de convicción en lo que respecta al juzgador de instancia, y por otro lado, la mala praxis médica en el proceder de los galenos en el diagnóstico, tratamiento e intervención de lo que fue para él desde el inicio de la sintomatología y cuadro clínico una torsión testicular.

Puntualmente, los argumentos de la censura van aparejados con una dialéctica encaminada a persuadir a esta colegiatura referentes a: **i)** que el ejercicio de imputación jurídica y/o responsabilidad que debe aplicarse a las accionadas en el caso concreto es dentro del marco jurisprudencial del Consejo de Estado conocido como falla presunta, en virtud que la salud es un servicio público esencial y derecho fundamental bajo la dirección, coordinación y control del Estado; **(ii)** que existen inconsistencias en la historia clínica por ausencia de la

rúbrica en formato de consentimiento informado por el paciente, acerca de la exploración quirúrgica en el sentido de la “contra opinión médica” dada la supuesta oposición al procedimiento, instando la discusión de si a la luz de la ley y la jurisprudencia, dicho consentimiento se materializa o es suficiente cuando el profesional de la salud consigna unilateralmente ese consenso verbal en la historia clínica, entendida como un documento reservado únicamente al profesional médico o personal de enfermería, sin dejar de lado, los casos donde el facultativo tiene la carga obligacional de actuar o llevar procedimientos sin la anuencia del paciente que se encuentra sin capacidad de discernimiento ante dolores intensos como aduce la parte actora acaeció en el *sublite*, esgrimiendo entonces, que fue desatinada la conclusión a la que llegó el juzgado cuando da por sentado que la omisión del diligenciamiento del consentimiento informado equivale a una respuesta afirmativa y que para demostrar lo contrario, no le quedaba otro camino que acreditar la falsedad ideológica de la historia clínica. Finalmente, (iii) que operó un error de diagnóstico, bajo tres vertientes. La primera, con el diagnóstico de doctor Elías Rojas, quien atendió al señor Soto Olarte en su primer ingreso el 14 de abril de 2003, al determinar que la patología padecida por el usuario era una epididimitis de etiología infecciosa y no hacía necesaria la exploración quirúrgica, cuando no obra en el expediente prueba de laboratorio o resultados en la historia clínica que demuestren un cuadro infeccioso propio de esa afección, como lo afirmó el doctor Julián Meneses en declaración del 13 de abril de 2013. La segunda, que soportó su criterio solo en el examen clínico, no buscó certeza con otros estudios y exámenes, inclusive, ordenó una ecografía que no fue practicada. La tercera y última, data del resultado de la exploración escrotal y la biopsia, que confirmaron torsión

testicular con una evolución de 48 horas, es decir, en sincronía cronológica entre el primer y segundo ingreso del paciente al centro de atención hospitalaria (14 a 16 de abril de 2003), de manera que la aflicción desde un principio fue la torsión y no como lo indica la patóloga deponente Marvel Barón al expresar que tenía 10 horas de evolución.

6.2.1. Elementos de la responsabilidad civil médica contractual.

Una vez cercado el marco jurídico de estudio a desarrollar por esta Colegiatura en la resolución de la impugnación en la presente contienda judicial, que con diáfana claridad permite entrever que su manejo gira alrededor de la órbita de la responsabilidad civil médica contractual, no solo por así haberlo determinado el operador judicial de primer grado, y que por cierto no fue objeto de discusión en la alzada, sino porque así lo avalan los preceptos legales¹ y la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, esta última que se ha inclinado hacia la tesis contractualista en la prestación del servicio de salud cuando de afiliados al sistema de seguridad social se trata, es decir, que este tipo de responsabilidad tiene naturaleza contractual tanto con el médico como con las instituciones promotoras y prestadoras de salud a quienes se les ha confiado ese trascendental servicio, que en el caso de marras tiene como partes, al demandante, que al momento de los hechos era afiliado al régimen contributivo de la Empresa Promotora de Salud COOMEVA E.P.S. S.A. (fl. 247 a 258 C. 1), e igual vínculo respecto de CONSALUD S.A. como responsable de la prestación del servicio médico (fl. 326 a 338), por consiguiente,

¹ Arts. 1494, 1495, 1603 y 1604 del Código Civil.

sobre este particular no se ahondará en los renglones subsiguientes, por estar dada la legitimación e interés en la causa por activa y pasiva.

Entrando en materia, la responsabilidad civil es la obligación del responsable de la conducta activa u omisiva de reparar el daño a quien lo ha sufrido, los elementos esenciales de su configuración son: comportamiento activo u omisivo del agente, daño y nexo causal entre el primero y segundo elemento.

En el marco de la responsabilidad civil contractual² es indispensable que se cumplan los siguientes requisitos: 1) que haya un contrato válido, 2) que se presente un daño por la inejecución, ejecución tardía o cumplimiento defectuoso del contrato y 3) que el daño se produzca por la tardía o defectuosa actuación u omisión de las obligaciones contratadas.

Ahora bien, traducidos dichos presupuestos en el plano de la responsabilidad civil médica, se tiene que la relación jurídica entre demandante (paciente) y demandados (médico e instituciones de salud), se mueve en el campo convencional y por ello es obligada la observancia de la Ley 23 de 1981 “*Por la cual se dictan normas en materia de ética médica*”, la que ineludiblemente enlaza ese vínculo obligacional del que se habla, al definir en su artículo 5º como se llega a prestar un servicio médico así:

“*La relación médica – paciente se cumple en los siguientes casos:*

2 Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Civil, Sentencia del 30 de enero de 2001. Exp No. 5507 M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

"1.- Por decisión voluntaria y espontánea de ambas partes. 2.- Por acción unilateral del médico, en caso de emergencia. 3.- Por solicitud de terceras personas. 4.- Por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad privada o pública".

La Honorable Corte Suprema de Justicia en sinnúmero de pronunciamientos ha establecido la delimitación y alcance de esta específica tipología de responsabilidad civil, en cuanto a sus elementos configurativos, régimen probatorio y los diferentes factores o circunstancias a tener en cuenta al momento de realizar su ponderación en la resolución de casos concretos.

Dentro de ese estudio y devenir judicial, su postura preponderante es la de una responsabilidad que se deduce mediando la demostración de la culpa, independientemente de que la pretensión indemnizatoria tenga una causa contractual o extracontractual. Dicho criterio que por vía de principio general actualmente sostiene la Corte data del 5 de marzo de 1940³, en el que adicionalmente ha indicado que en este tipo de casos no sólo debe exigirse la demostración de la culpa del médico sino también su gravedad, postura reafirmada en 1985⁴, 1986⁵ y 1998 hasta el presente, que implica que el médico tan solo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar el enfermo, de suerte que en caso de reclamación, éste deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación, con excepción, en el campo de la responsabilidad

3 Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil - Sentencia 5 de marzo de 1940 G.J.t. XLIX, Pág. 116 y s.s.

4 Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Civil – Sentencia del 12 de septiembre de 1985 G.J. No. 2419, págs. 407 y s.s.)

5 Corte Suprema de Justicia – Sala Casación Civil – Sentencia 26 de noviembre de 1986 G.J. No. 2423, págs. 359 s.s.

contractual, del caso en que en el contrato se hubiere asegurado un determinado resultado, pues si no lo obtiene, según dice la Corte, el médico será culpable y tendrá que indemnizar a la víctima, a no ser que logre demostrar alguna causa de exoneración, es decir, fuerza mayor, caso fortuito o culpa de la persona perjudicada.

Ventilada la presente postura de la Corte, no está demás hacer referencia a ciertos pronunciamientos de interés que han forjado el derrotero decisional frente a la responsabilidad médica, entre ellos, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, tenemos la sentencia dictada el 14 de octubre de 1959⁶, en la que sostuvo que el principio general de la responsabilidad médica giraba alrededor de lo estipulado en el artículo 2356 del Código Civil por tratarse de actividades peligrosas, es decir, una responsabilidad objetiva en la cual el paciente solo tiene la carga probatoria de la demostración del daño y perjuicios que sean conexos con el servicio médico que le fue prestado, para que de esta forma se declare la responsabilidad médica, salvo que se acredite alguna de las causales de exoneración de responsabilidad aludidas anteriormente.

Por esta vía, también se manejó el criterio de la presunción de culpa⁷ a la que hace referencia el apelante se aplique en el *sub judice*, figura jurídica también derivada de la responsabilidad civil extracontractual bajo el amparo del artículo 2356 del Código Civil, en la que se predica de entrada a la controversia judicial la culpa del galeno una vez se acredite por el accionante el daño y su conexión con el servicio

6 Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil – Sentencia del 14 de octubre de 1959 G.J. No. 2217, pág. 759 y ss.

7 Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil – Sentencia 3 de noviembre de 1977 G.J. No. 2398 Pág. 332.

médico, de manera que se invierte la carga de la prueba, al radicarse en cabeza del profesional de la salud el deber de demostrar que actuó de forma diligente conforme a los cánones que regulan el ejercicio de la medicina, para de esta manera desvirtuar esa presunción de culpa y salir avante en el litigio. Este criterio, se aplicó en aquellos casos de error de diagnóstico sobre patologías suficientemente estudiadas y conocidas donde se asume que un facultativo competente y diligente no puede ignorar, es decir, casos que no permanecen dentro del campo de la controversia científica.

Por otro lado, como ya se indicó precedentemente, la presunción de culpa en la responsabilidad médica contractual⁸, opera en el evento en que se ha asegurado por parte del médico un determinado resultado y no lo obtiene, que por regla general tiene lugar en lo concerniente a procedimientos e intervenciones de tipo estético, criterio que se mantiene en el presente por el órgano de cierre de la jurisdicción civil.

Se reitera entonces, que la Corte en el tema de la responsabilidad médica aplica la doctrina de la culpa probada, en donde no tiene cabida el señalamiento de dicha disciplina como una empresa de riesgo, pues si bien el acto médico y quirúrgico muchas veces comporta contingencias, de todas formas no se enmarca con la mayoría de las conductas que la jurisprudencia ha asignado como actividades peligrosas, por cuanto el ejercicio de la medicina, como especialmente lo consagra el artículo 1º parágrafo 1º de la Ley 23 de 1981, tiene fundamentos éticos, científicos y de solidaridad para el

⁸ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil – Sentencia del 26 de noviembre de 1986 G.J. No. 2423, Pág. 359 y s.s.

bienestar del paciente (art. 95 CN), y particularmente, implicaciones humanísticas que le son inherentes.

En resumidas cuentas, el ejercicio de ponderación frente a la carga de la prueba en el caso de la responsabilidad civil médica contractual, la Corte se expresó en los siguientes términos:

“Aunque para la Corte es claro que los presupuestos de la responsabilidad civil del médico no son extraños al régimen general de la responsabilidad (un comportamiento activo o pasivo, violación del deber de asistencia y cuidado propios de la profesión, que el obrar de dolo o culpa, el daño patrimonial o extrapatrimonial y la relación de causalidad adecuada entre el daño sufrido y el comportamiento médico primeramente señalado), y que entorno a ese panorama axiológico debe operar el principio de la carga de la prueba (artículo 177 del Código de Procedimiento Civil), visto con un sentido dinámico, socializante y moralizador, esto es, distribuyéndola entre las partes para demandar de cada una la prueba de los hechos que están en posibilidad de demostrar y constituyen fundamento de sus alegaciones, pues este es el principio implícito en la norma cuando exonera de prueba las afirmaciones o negaciones indefinidas, precisamente por la dificultad de concretarlas en el tiempo o en el espacio, y por ende de probarlas, resulta pertinente hacer ver que el meollo del problema antes que de la demostración de la culpa, esta es en la relación de causalidad entre el comportamiento del médico y el daño sufrido por el paciente, porque desde 1940 lo afirmó la Corte en la sentencia de 5 de marzo, que es ciertamente importante, “el médico no será responsable de la culpa o falta que se le imputan, sino cuando éstas hayan sido determinantes del perjuicio causado”. En conclusión y para ser coherentes en el estudio del tema, se pudiera afirmar que en este tipo de responsabilidad como en cualquiera otra, deben concurrir todos los elementos o presupuestos

materiales para el éxito de la pretensión, empezando por supuesto con la prueba del contrato, que es carga del paciente, puesto que es esta relación jurídica que lo hace acreedor de la prestación del servicio médico, de la atención y el cuidado. Igualmente, corresponde al paciente, probar el daño padecido (lesión física o psíquica) y consecuentemente el perjuicio patrimonial o moral cuyo resarcimiento pretende. Ahora, probado este último elemento, sin duda, como antes explicó, que lo nuclear del problema está en la relación de causalidad adecuada entre el comportamiento activo o pasivo del deudor y el daño padecido por el acreedor, pues es aquí donde entran en juego los deberes jurídicos de atención y cuidado que en el caso concreto hubo que asumir el médico y el fenómeno de la imputabilidad, es decir, la atribución subjetiva, a título de dolo o culpa. Pero es precisamente en este sector del comportamiento en relación con las prestaciones debidas, donde no es posible sentar reglas probatorias absolutas con independencia del caso concreto, pues los habrá donde el onus probandi permanezca inmodificable, o donde sea dable hacer actuar presunciones judiciales, como aquellas que en ocasiones referenciadas ha tenido en cuenta la Corte, pero también aquellos donde cobre vigencia ese carácter dinámico de la carga de la prueba, para exigir de cada una de las partes dentro de un marco de lealtad y colaboración, y dadas las circunstancia de hecho, la prueba de los supuestos configurantes del tema de decisión. Todo, se reitera, teniendo en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica, complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como el tiempo y el lugar del ejercicio, pues no de otra manera, con justicia y equidad, se pudiera determinar la corrección del acto médico (lex artix)."

Se puede dilucidar entonces, que por regla general, la carga probatoria para acreditar los elementos de la responsabilidad civil

médica, descansan bajo los hombros del paciente que incoa la demanda persiguiendo la reparación de daños o perjuicios producto de la praxis médica, pues como lo afirma la Corte, es su deber acreditar en el haber probatorio que aporta al proceso, de forma exclusiva o en estricto sentido, el contrato que demuestra la relación jurídica que lo hace acreedor del servicio médico eficiente; de igual modo, la entidad del daño (lesión física o psíquica), y por último, el perjuicio patrimonial o moral causado que busca sea indemnizado. Lo anterior, encuentra asidero en los postulados de la carga de la prueba contenidos en el artículo 177 del C.P.C. al señalar que: "*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*", pues tratándose de una justicia rogada como acaece con la jurisdicción civil, es apenas natural que recaiga dicha responsabilidad en quién activa el aparato judicial para reclamar un derecho o indemnización por considerarse amparado en la Constitución o la ley para hacerse acreedor.

Sin embargo, esa titularidad de la carga de probar no es absoluta cuando se sucede el ejercicio dialéctico de establecer el nexo de causalidad adecuada, esto es, demostrar que el galeno (deudor), en el marco de sus deberes jurídicos de atención y cuidado propios de esa profesión, falta a uno de ellos por acción u omisión antijurídica, y esa conducta, se convierte en la causa eficiente del daño ocasionado al usuario que recibió el servicio de salud (acreedor), de lo que se sigue el juicio de culpabilidad (imputación jurídica a título de dolo o culpa).

(i) Ahora bien, tenemos entonces que el primer punto de la alzada que la parte demandante somete a consideración de esta colegiatura se basa en superponer el análisis del caso concreto con los postulados del

régimen de la falla presunta dentro del marco jurisprudencial del Consejo de Estado, pedimento que no tiene vocación de prosperidad a la luz de la exposición del precedente judicial de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en su condición de máximo órgano de cierre de la jurisdicción civil, en el que se enmarcan las reglas que rigen en el presente la responsabilidad civil médica, de la que se extrae sin temor a equívocos, que la figura de la presunción de culpa se aplicó, sin ser la postura actual, en la responsabilidad civil médica extracontractual, mientras que en el plano convencional o contractual como el presente, solo tiene cabida en el evento en que en el contrato se haya asegurado por parte del médico un determinado resultado (por regla general procedimientos estéticos), circunstancia que no se asemeja a la que nos ocupa, pues se parte de la tesis contractualista por tratarse de un afiliado al sistema de seguridad social en salud, en consecuencia, el *onus probandi* permanece inmodificable, es decir, se aplica el régimen de culpa probada y la carga de acreditación recae en el demandante.

6.2.2. De la historia clínica y el consentimiento informado.

Para comenzar con la temática de la naturaleza jurídica y principios que regulan el debido tratamiento a la historia clínica por parte de los médicos e instituciones sanitarias⁹, y dentro de este contexto, la relevancia constitucional y legal del consentimiento informado en esa relación primordial entre galeno y paciente al momento de adoptar algún tipo de procedimiento o diagnóstico, tenemos que dentro la

⁹ Resolución No. 1995 de 1999, artículo 2º: AMBITO DE APLICACIÓN. Las disposiciones de la presente resolución serán de obligatorio cumplimiento para todos los prestadores de servicios de salud y demás personas naturales o jurídicas que se relacionen con la atención en salud.

órbita normativa vinculante se encuentra la Resolución 1995 del 8 de julio 1999 “*Por la cual se establecen normas para el manejo de la Historia Clínica*”, que para desentrañar el objeto materia de discusión hace su aporte al contener en su artículo 1º la definición de dicho instrumento, entendido como un documento privado obligatorio donde se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención. Con respecto al consentimiento informado, el mentado estatuto en su artículo 11 califica esta autorización como un documento que debe ir anexo a la historia clínica, pues constituye un elemento que brinda soporte o justificación legal y científica al proceder sanitario del facultativo hacia su paciente. Esta disposición es del siguiente tenor literal:

“ARTÍCULO 11.- ANEXOS. Son todos aquellos documentos que sirven como sustento legal, técnico, científico y/o administrativo de las acciones realizadas al usuario en los procesos de atención, tales como: autorizaciones para intervenciones quirúrgicas (consentimiento informado), procedimientos, autorización para necropsia, declaración de retiro voluntario y demás documentos que las instituciones prestadoras consideren pertinentes. (...)” (Subrayado fuera de texto).

A su turno, la Ley 23 del 18 de febrero 1981 “*Por la cual se dictan normas en materia de ética médica*”, dentro de sus principios trae consigo de forma taxativa los casos donde se configura la relación médico-paciente, consagrando en el numeral 2º del artículo 5º y artículo 14, la única situación en la cual el galeno puede actuar de forma unilateral sin consentimiento del usuario de la salud, esto es, en caso de emergencia, circunstancia excepcional a la regla general que contiene

su artículo 15, que prohíbe al profesional de la salud exponer al paciente a riesgos injustificados, de modo que exige su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables que puedan afectarlo física o síquicamente.

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C-182 del 13 de abril de 2016, delimitó el alcance de la institución jurídica del consentimiento informado, concretado en el derecho a recibir información y del derecho a la autonomía reconocidos en los artículos 16 y 20 de la Carta, materializando otros principios como el de dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, libertad individual, derecho a la salud e integridad personal. Dijo entonces lo siguiente:

“El consentimiento informado hace parte del derecho a recibir información y del derecho a la autonomía que se encuentran reconocidos por la Constitución en los artículos 16 y 20. A su vez, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado que éste tiene un carácter de principio autónomo y que además materializa otros principios constitucionales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad individual (mandato pro libertate), el pluralismo y constituye un elemento determinante para la protección de los derechos a la salud y a la integridad de la persona humana.

“Aunque se manifiesta en distintos escenarios, ha tenido un extenso desarrollo jurisprudencial en el ámbito del acto médico. Así, la facultad del paciente de asumir o declinar un tratamiento de la salud constituye una expresión del derecho fundamental a la autonomía personal, pues es aquel el

llamado a valorar en qué consiste la bondad o los riesgos de una intervención clínica y a determinar si quiere someterse a ella o no.

"34. En el mismo sentido, hace parte del derecho a la información como componente del derecho a la salud, pues su contenido implica para el paciente la posibilidad de "obtener información oportuna, clara, detallada, completa e integral sobre los procedimientos y alternativas en relación con la atención de la enfermedad que se padece" para considerar los riesgos que se presentan sobre su propia salud y, a partir de ello, aceptar o declinar la intervención.

"35. Además, el derecho al consentimiento informado en el ámbito de las intervenciones sanitarias es indispensable para la protección de la integridad personal dado que el cuerpo del sujeto es inviolable y no puede ser intervenido ni manipulado sin su permiso. Por ende, una actuación que impide al individuo decidir sobre su propio cuerpo constituye, en principio, una instrumentalización contraria a la dignidad humana.

"En consecuencia, el consentimiento previo e informado del paciente se requiere para "todo tratamiento, aún el más elemental". Sin embargo, no cualquier autorización del paciente es suficiente para legitimar una intervención médica.

"36. Así, la jurisprudencia constitucional ha determinado que el consentimiento informado debe satisfacer, cuando menos, dos características: (i) debe ser libre, en la medida que el sujeto debe decidir sobre la intervención sanitaria sin coacciones ni engaños; además, (ii) debe ser informado, pues debe fundarse en un conocimiento adecuado y suficiente para que el paciente pueda comprender las implicaciones de la intervención terapéutica. Así, deben proporcionarse al individuo los datos relevantes para valorar las

posibilidades de las principales alternativas, las cuales deben incluir la ausencia de cualquier tipo de tratamiento.” (Subrayado fuera de texto).

Sin duda alguna, el propósito del consentimiento informado, no es otro que el paciente obtenga un nivel total de comprensión de su situación de salud y los riesgos que acarrea determinada intervención, y sobre esa base, poder discernir libremente las contingencias de un particular tratamiento o procedimiento, evaluar sus riesgos y otros factores propios de su autonomía, para luego tomar una determinación al respecto sobre su sometimiento.

Al igual de lo consagrado en la ley de ética médica, la Corte Constitucional avala como una de las excepciones de la exigencia del consentimiento informado los casos de emergencia, en general de ahí que haya remarcado las siguientes circunstancias o situaciones:

“De este modo, las situaciones excepcionales en las que la exigencia de consentimiento informado en el ámbito de la salud es menos estricta o se prescinde de ella totalmente son: (i) cuando se presenta una emergencia, y en especial si el paciente se encuentra inconsciente o particularmente alterado o se encuentra en grave riesgo de muerte; (ii) cuando el rechazo de una intervención médica puede tener efectos negativos no sólo sobre el paciente sino también frente a terceros; (iii) cuando el paciente es menor de edad, caso en el cual el consentimiento sustituto de los padres tiene ciertos límites; (iv) cuando el paciente se encuentra en alguna situación de discapacidad mental que descarta que tenga la autonomía necesaria para consentir el tratamiento, aspecto en el que se ahondará más adelante.” (Subrayado fuera de texto).

A todo esto, la emergencia que omita el consentimiento informado al paciente debe ser de tal entidad que lo ponga en riesgo de muerte, con una alteración que no le permita autodeterminarse o esté en estado de inconsciencia, luego, dependerá de la gravedad de cada patología en particular, para sopesar si realmente puede obviarse esa autorización sin ver involucrados sus derechos fundamentales. En otras palabras, será la proporcionalidad traducida en porcentaje de riesgo y urgencia estimada, la que auspicie la pretermisión del consentimiento.

Ahora, en cuanto a su formalidad o presentación, como ya se anotó, es considerado un anexo a la historia clínica, lo que a priori significaría que debe ser a través de medio escrito, no obstante, la jurisprudencia del órgano supremo de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción civil, entienden que el deber ser del consentimiento informado es que el sujeto objeto de tratamiento sanitario, reciba la información en el más alto nivel de compresión para poder decidir de forma libre su sometimiento, o no, a determinado procedimiento, esa es su finalidad, por lo tanto, dentro ese paradigma opera una flexibilización respecto de su acreditación de acuerdo a la naturaleza o nivel de intensidad de la intervención médica, la cual se puede demostrar con cualquier medio probatorio conducente, empero, en ciertos casos se requiere de un consentimiento informado cualificado, en el cual la manifestación de la voluntad debe constar por escrito. Así lo ha resaltado al indicar lo siguiente:

"39. Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, de acuerdo con la naturaleza o la intensidad de la intervención en la salud, en ciertos casos se requiere de un consentimiento informado cualificado.

“En efecto, entre mayor sea el carácter extraordinario, invasivo, agobiante o riesgoso, del tratamiento médico, “más cualificado debe ser el consentimiento prestado por el enfermo y mayor la información que le debe ser suministrada”.

“Además de este criterio central, la Corte Constitucional ha precisado una serie de variables que deben ponderarse conjuntamente para determinar el nivel de información que es necesario suministrar al paciente para autorizar un procedimiento clínico, pues dado su carácter de principio, el consentimiento informado no siempre resulta exigible en un mismo grado.

“En consecuencia, el nivel de información necesario para una intervención sanitaria dependerá de: (i) el carácter más o menos invasivo del tratamiento, (ii) el grado de aceptación u homologación clínica del mismo o su carácter experimental, (iii) la dificultad en su realización y las probabilidades de éxito, (iv) la urgencia, (v) el grado de afectación de derechos e intereses personales del sujeto, (vi) la afectación de derechos de terceros de no realizarse la intervención médica, (vii) la existencia de otras alternativas que produzcan resultados iguales o comparables, y las características de éstos y, (viii) la capacidad de comprensión del sujeto acerca de los efectos directos y colaterales del tratamiento sobre su persona.

“Cabe destacar que la jurisprudencia ha reconocido una relación entre el grado de cualificación del consentimiento informado y el alcance de la autonomía del paciente frente al mismo. En otras palabras, entre más cualificado deba ser el consentimiento informado, “la competencia del paciente para decidir debe ser mayor y aparecer más clara”. Ello evidencia que el ejercicio de la autonomía del paciente, lejos de ser un concepto absoluto, “depende de la naturaleza misma de la intervención sanitaria”.

"Por último, el consentimiento informado cualificado se halla revestido de formalidades en ciertos casos. Una primera formalidad consiste en que la manifestación de voluntad **conste por escrito**, con el fin de constatar la autenticidad del consentimiento del paciente a través de este procedimiento. Además, en algunos casos puede exigirse que el consentimiento informado sea **persistente**, pues puede imponerse la "obligación de reiterar el asentimiento después de que haya transcurrido un período razonable de reflexión" o en algunos casos en los que el tratamiento se debe extender por períodos extendidos de tiempo." (Subrayado fuera de texto).

En punto a la responsabilidad del médico frente a daños materializados por ausencia del consentimiento informado, la Corte Suprema de Justicia¹¹ ha sido enfática en referir que esta tiene lugar de forma automática cuando no se comunica al paciente los riesgos de determinada intervención que se lleva a cabo y se materializa un daño, sin que sirva de defensa probar que su proceder fue diligente y prudente, pues la responsabilidad nace en la omisión de información del riesgo previsible que se produce. Sobre el particular refirió:

"Siguiendo lo expuesto, la asunción del probable riesgo, como consecuencia de un procedimiento médico, solo es posible cuando el paciente es enterado «de manera oportuna, objetiva, completa, clara, razonable, equilibrada, precisa y leal, la opción terapéutica elegida, las alternativas posibles, los beneficios buscados»¹³ y de los peligros que probablemente pueden suceder, tras la intervención quirúrgica, ya que, con esa información, el afectado puede consentir o expresar su voluntad.

"Al carecer de consentimiento, se compromete la responsabilidad del profesional de la salud, cuando uno de los riesgos que debieron comunicarse se

materializa y se produce el daño, no siendo válido alegar, para exculparse, que la actuación fue diligente y prudente¹⁴, pues lo censurado, es la infracción a la conducta exigible al médico, quien, conforme al artículo 15 de la Ley 23 de 1981, no debe exponer a sus pacientes a riesgos injustificados, siendo su carga, pedir el consentimiento, enterando a éste de sus consecuencias.

(...)

"La ausencia de consentimiento informado, pues, solo resulta trascendente cuando acaece, sin culpa del galeno, un riesgo previsible¹⁶, no informado ni asumido por el paciente, ya que, bajo ese supuesto, sí es posible asignar, total o parcialmente, el gravamen de reparación de las secuelas del resultado adverso al profesional médico. Así lo adoctrinó, recientemente, la Sala de Casación Civil:

"Esta obligación [la de obtener el consentimiento informado del paciente, se aclara], en sí misma considerada, es de resultado, en tanto la ausencia de consentimiento comprometerá la responsabilidad galénica, siempre que uno de los riesgos de aquellos que debieron ser objeto de comunicación se materialice y, como consecuencia, se produzca un daño; en otras palabras, el personal tratante asumirá las consecuencias de la omisión en el proceso de información, sin que puedan excusar su deber indemnizatorio en un actuar diligente, prudente o perito.

"Claro está, "[p]ara que la infracción a deberes de información dé lugar a responsabilidad civil se requiere que el daño sufrido por la víctima pueda ser atribuido causalmente a la omisión"¹⁷.

"Es un punto pacífico en la jurisprudencia de esta Sala que: "[L]a omisión de la obligación de informar y obtener el consentimiento informado, hace responsable al médico, y por consiguiente, a las instituciones prestadoras del servicio de salud, obligadas legalmente a verificar su estricta observancia, no sólo del quebranto a los derechos fundamentales del libre desarrollo de la personalidad, dignidad y libertad, *sino de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales causados a la persona en su vida, salud e integridad sicofísica a consecuencia del tratamiento o intervención no autorizado ni consentido* dentro de los parámetros legales según los cuales, con o sin información y consentimiento informado, '[l]a responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto' (artículo 16, Ley 23 de 1981), salvo si expone al 'paciente a riesgos injustificados' (artículo 15, *ibidem*), o actúa contra su voluntad o decisión negativa o, trata de tratamientos o procedimientos experimentales no consentidos *expressis verbis*, *pues en tal caso, el médico asume los riesgos, vulnera la relación jurídica y existe relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño.* (SC, 17 nov. 2011, rad. n.º 1999-00533-01)» (SC4786-2020, 7 dic.)." (Subrayado fuera de texto).

Definida la naturaleza jurídica, características y alcance de la historia clínica y el consentimiento informado, procede la Sala a desatar el segundo punto de censura del fallo confutado, que como primer argumento pone de relieve la presencia de inconsistencias en la historia clínica respecto de la atención recibida por Juan Pablo Soto Olarte el 14 de abril de 2003, en su primer ingreso por urgencias a la Institución Prestadora de Salud CONSALUD S.A. a cargo del urólogo Elías Rojas, al no reposar anexo documento de consentimiento informado o sobre su negativa u oposición a la exploración

quirúrgica, que denomina “contra opinión médica” y así haber descartado la torsión testicular, que a la postre, fue la causante de la necrosis hemorrágica testicular. De tal detacción, una vez decantada la temática de la mentada institución jurídica, la Sala puede argüir que el impugnante parte de un error conceptual al querer evidenciar una omisión descalificadora del médico tratante que no tiene asidero legal ni jurisprudencial, ciertamente, el consentimiento informado bajo los parámetros estudiados y anteriormente expuestos, resulta vinculante para el galeno cuando este ejecuta una intervención sobre la humanidad del usuario con quebranto de salud, en otras palabras, su responsabilidad se aviene cuando desplegada dicha actividad especializada, olvida comunicar al paciente sobre su proceder como de los eventuales riesgos previsibles, que en ultimas, se materializan causando un daño.

Se reitera, se exige asentimiento del paciente por procedimientos que le sean realizados, así se desprende de la literalidad del artículo 11 de la Resolución No. 1995 cuando prescribe que el consentimiento informado es uno de los anexos a la historia clínica, entendido como uno de los documentos en los que reposan “*...las acciones realizadas al usuario en los procesos de atención..*”, por consiguiente, este primer aspecto fáctico con el que estructura este argumento de cargo, no se encuadra ni involucra la responsabilidad de las demandadas, pues una oposición o negativa a una determinada intervención por el enfermo, no exige del galeno la obligación de sustraerle autorización.

Sin perjuicio de lo anterior, en gracia de discusión de que tuviese lugar ante esta situación el consentimiento informado, no debe olvidarse que existe un margen de libertad probatoria para acreditarlo, pues su

teleología es brindar información adecuada y suficiente a los ojos del maledicente sobre su situación de salud y los riesgos que pueden preaversarse con determinada intervención, de modo que la prueba reina de esa circunstancia no es solo el documento escrito, también puede demostrarse con otros medios suarios, que para el caso en cuestión como aspecto a valorar dirigiendo la vista al acervo probatorio que milita en el expediente, se tiene principalmente la historia clínica y su aparte en su hoja de evolución¹⁰ junto con el resumen de la misma realizado en el Informe Técnico Relación Médico Legal del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses - Dirección Regional Sur Sede Neiva¹¹, de donde se puede extraer lo consignado por el urólogo Elías Rojas sobre las 12:50 horas del 14 abril de 2003, así:

*“**14/abril/2003 12:50 hora nota de urología “...se acude a llamado telefónico, paciente masculino de 26 años quien acude x orquialgia derecha irradiada a región lumbar derecha irradia a región lumbar derecha, súbito el cual ha presentado (ilegible) espontáneamente “me pasa una vez por año +/- no fiebre, tolerando VO, TA 110/70 T36.5°C EF abdomen blando , rebote (-), dolor en FID trayecto inguinal derecho normal no eritema ni edema, se sigue el trayecto del epidídimos derecho y se encuentra engrosado y tortuoso doloroso, se sigue el cordón hasta su llegada al (ilegible) y esta normal, sg Phren (-) se iniciara tratamiento para epididimitis derecha. Pte ansioso, se le comenta si desea que se explore quirúrgicamente x ser un colega y él refiere que no, el escroto derecho levemente aumentado de calor.” (subrayado fuera de texto).*

10 Al respaldo del folio 274 del C. Principal No. 1

11 Obrante a Folio 408 a 409 del Cuaderno Principal No. 2

En efecto, la hoja de evolución de la historia clínica da cuenta de forma meridiana sobre la específica consignación galénica, indicativa de la comunicación que se realizó a Soto Olarte de la posibilidad de someterlo, ante su diagnóstico, a la exploración quirúrgica, pero afirma que la respuesta de su colega y paciente fue negativa. Esta versión fue ampliada por el doctor Elías Rojas¹², en testimonio que rindió en este proceso, refiriéndose en los siguientes términos:

“...Yo valoré al doctor Juan Pablo soto como paciente el día 14 de abril de 2003 a las 12:50 del día por un dolor en el testículo derecho, irradiado a la región lumbar, súbito, el cual había presentado en varias ocasiones previas y que habían cedido espontáneamente (se deja constancia de que el testigo leyó la historia clínica). Revisé al paciente y a la exploración física encontré el testículo a la altura normal del escroto con el epidídimo engrosado tumefacto y doloroso a la palpación. Con estos datos concluí un diagnóstico de epididimitis derecha aguda, conversé (con el doctor Soto por el lapso de cerca de 40 minutos y acordamos hospitalizarlo e iniciar tratamiento endovenoso para su padecimiento, por lo cual quedó hospitalizado, lo revisé en esa misma noche y lo dí de alta al día siguiente a cerca del mediodía, con una mejoría notoria en su clínica con indicaciones estrictas y con formula médica y cita por consulta.” (subrayado fuera de texto)

Como se puede ver, el urólogo expresa haber tenido una conversación por un lapso de 40 minutos con el paciente, y en dicho interregno, señaló hubo una concertación sobre el camino a seguir que se concretó con tratamiento farmacológico y hospitalización.

Por eso, lo cierto es que los aludidos medios de convicción son los únicos que pudieron ser objeto de estimación por el juzgador de instancia para desentrañar las circunstancias que giraron alrededor de esa específica atención hospitalaria, contrario sensu, la parte actora desde el libelo introductorio, en el devenir del proceso y en la sustentación del presente recurso, siempre ha puesto de presente otros supuestos fácticos que se leen en los hechos 9º y 21 numeral 6º de la demanda¹³ cuando refiere que:

"9.- Al paciente no se le hizo saber la pertinencia de la exploración quirúrgica inmediata. La afirmación que aparece en la historia clínica en sentido contrario, no es cierta.

(...)

"21.- El daño sufrido por el Dr. Soto tiene su causa en la falta de cuidado y diligencia de la entidad a la cual estaba afiliado el paciente para el servicio de salud. Esta falta de cuidado y diligencia son palpables en los siguientes aspectos:

(...)

"6.) No hubo solicitud de consentimiento informado. El propio enfermo llamó la atención sobre la posibilidad de que fuera una torsión testicular, ya que por su formación como profesional de la medicina podía identificar la patología y era conocedor de que la exploración quirúrgica era la solución más indicada.
Hacemos la precisión de que en la urgencia lo primordial es restablecer el estado de salud del paciente para salvar su vida o su integridad, ello significa que no siempre se necesita consentimiento del paciente. Finalmente, al enfermo se le prescribieron medicamentos que no obraban en la torsión testicular sino en la epididimitis, como consecuencia del error en el

13 Folios 2, 4 y 6 del Cuaderno Principal No.1

diagnóstico. Esto nos autoriza para señalar como una tergiversación de los hechos la constancia registrada en la historia clínica según la cual el Dr. Soto se opuso a la intervención quirúrgica."

En resumidas cuentas, la postura del recurrente es que al paciente no se le explicó la pertinencia de la exploración quirúrgica inmediata, que es falsa la sugerencia realizada al demandante por el doctor Elías Rojas sobre la exploración quirúrgica y su negativa. También, que no hubo consentimiento informado sobre contra opinión médica, pese a que como profesional en salud Soto Olarte advirtió la posibilidad de una torsión testicular. Indiscutiblemente, tales aserciones no pueden considerarse como parte de una realidad fáctica para analizar y valorar, pues no existe prueba siquiera sumaria que permita colegir alguna de aquellas circunstancias, es un planteamiento con ausencia de medios de convicción que lo respalden, por tanto, caen en un plano de especulación y meras suposiciones, que no encuentran ni el más mínimo resquicio en el ineludible régimen de responsabilidad de culpa probada que se predica en la jurisdicción ordinaria en los litigios contra el servicio de salud, lo que a todas luces hace predecible el incumplimiento de la carga de probar por el lado de la parte accionante, en virtud del artículo 177 del C.P.C.

Conviene subrayar, que la historia clínica es un documento privado que solo se encuentra a disposición y discrecionalidad del personal médico como en efecto lo afirma el apelante y lo dispone el artículo 1º de la Resolución 1995, en ella se consigan no solo el diagnóstico y procedimiento, también los pormenores de cada situación relevante que se presentada en el desarrollo de la atención brindada, todo en pro de acreditar la pertinencia y oportunidad eficiente de cada acto

sanitario dentro de los lineamientos acordes a la *lex artis*. Aunado a lo anterior, constituye un medio probatorio conducente o permitido por la ley, dado que se encuadra dentro de la definición de documento que trae consigo el estatuto procesal civil en sus artículos 175 y 251, gozando al mismo tiempo de presunción de autenticidad, en la medida que se tiene certeza de su elaboración por parte de CONSALUD S.A. y fue incorporado al proceso en copia por previa orden del juez, mediante Oficio No. AUJ-032-2009 del 11 de septiembre del año 2009¹⁴, es decir, en armonía con lo prescrito en los artículos 252 y 254 ibídem, de tal suerte, que superadas dichas formalidades de rigor, puede ser apreciada y valorada por el operador judicial.

Llegado a este punto, es por esto que de la anotación en la historia clínica se infiere con grado de certeza como lo sostuvo el *ad quo*, que en efecto, el doctor Elías Rojas sostuvo una charla entre profesionales de la medicina con Soto Olarte sobre la conclusión diagnóstica de este último y su negativa a la exploración quirúrgica, pues dicha aseveración, se encuentra consignada en un documento privado con presunción de autenticidad que no ha sido infirmado mediante otros medios de convicción, por lo contrario, fue ratificado con el testimonio del doctor Rojas, de ahí que no es de recibo la calificación de ese registro como falso por el recurrente sino tiene respaldo probatorio, más aún, si los actos del galeno en este panorama están a la salvaguarda del principio de buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución Nacional, los cuales se presumen de las autoridades públicas y particulares, que por cierto, tampoco se logró desvirtuar.

14 Folio 247 a 302 del Cuaderno Principal No. 1 y 303 a 317 del Cuaderno Principal No. 2.

Habría que decir también, que está demostrada la capacidad y aptitudes del demandante a un punto de total comprensión y discernimiento, que impide pensar cosa distinta al entendimiento que tuvo de su padecimiento de salud, y sobre todo, intelegrir la ilustración que le brindó el urólogo en el diagnóstico de epididimitis a la luz del examen clínico en el que finalmente como colegas estuvieron de acuerdo, pues para la época de los hechos, el demandante era profesional en medicina y trabajaba como médico general en el Hospital Comunal las Malvinas E.S.E., más exactamente desde el 1 de agosto de 2002¹⁵, una razón más para concluir la inviabilidad de enervar la providencia cuestionada, por una supuesta ausencia de consentimiento informado.

En lo que toca al argumento subsidiario del apelante, en el cual expresa que el médico debió obviar el consentimiento informado y proceder a la exploración quirúrgica de forma inmediata, ya que califica ambos ingresos al centro hospitalario como urgencias manifiestas, donde su prohijado se encontraba sometido a dolores intensos que no le permitían decidir libremente y la impresión diagnóstica indicaba duda entre una urolitiasis, la epididimitis y la torsión testicular; esta Corporación frente a este tópico como primera medida y por conveniencia práctica, considera necesario examinar

15 A folio 15 del Cuaderno Principal No. 1 obra Resolución No. 00447 del 30 de mayo de 2007, mediante la cual se autoriza a Juan Pablo Soto Olarte para ejercer la profesión de médico cirujano. A folio 259 a 260 del Cuaderno Principal No. 1, obran Certificaciones Laborales del Hospital Comunal Las Malvinas E.S.E. en las que se ha constar que Juan Pablo Soto Olarte desde el 1 de agosto de 2002 al 31 de enero de 2003, realizó el tiempo requerido como médico rural; dentro del periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2003 al 31 julio de 2003, mediante órdenes de prestación de servicios prestó sus servicios como médico general; y del 1 de agosto de 2003 al 12 de marzo de 2007, se desempeñó por tiempo completo como médico general vinculado a término indefinido mediante Resolución No. 137 de julio de 2003.

por separado cada ingreso a urgencias del demandante, pues individualmente considerados giraron alrededor de un contexto y connotación disímil. Por el momento, recordemos que en renglones atrás se indicó la postura de la Corte Constitucional sobre las situaciones excepcionales en las que se puede prescindir del consentimiento informado, entre ellas se encuentra la que alude el apelante que se encamina a la presencia de una emergencia de tal entidad e incidencia directa en el paciente, que a la postre lo tenga inconsciente, particularmente alterado o en grave riesgo de muerte.

Innegablemente, el primer ingreso del paciente al centro hospitalario el 14 abril de 2003, no puede ponderarse dentro de algún ámbito de emergencia señalados, pues si bien es cierto su estado de salud constituyó una urgencia ante su cuadro clínico que indicaba orquialgia derecha, que traduce dolor escrotal crónico intenso que lo llevó a un estado ansioso, como se afirma en las anotaciones de las 10:40 y 12:50 horas en la historia clínica, dichas dolencias no trascendieron a un grado de afectar su estado psíquico y sensorial que le impidiera autodeterminarse, véase como desde el primer momento de recibir atención sanitaria, hizo manifestaciones como que ese aquejamiento le pasaba una vez por año, estuvo dispuesto y recibió el examen clínico, tuvo una conversación entre colegas con el urólogo para establecer el diagnóstico definitivo y tratamiento farmacológico, que al final le ayudó a presentar mejoría y su alta médica el día 15 de abril de 2003 conforme anotaciones de urología y enfermería. Desde este punto vista, no se encuentra justificada la emergencia señalada por el impugnante, por carecer del talante exigido para que el profesional de la salud se hubiese visto obligado a dejar de lado el estándar regular de atención y procediera de forma excepcional a la

exploración quirúrgica, pues los hechos indicadores pintan un escenario contrario al que postula el impugnante, y desde luego, hace nugatoria la posibilidad de éxito de este razonamiento de censura a la decisión de primer grado.

En lo que respecta al segundo ingreso a urgencias del 16 de abril de 2003, a juzgar por el deber del médico de omitir el consentimiento informado y proceder a la exploración quirúrgica, realmente resulta inoficioso cualquier tipo de consideración, ya que en dicha oportunidad, si se materializó la exploración quirúrgica con el urólogo Emiro Guzmán¹⁶, más aún, el demandante suscribió formato de consentimiento informado con huella dactilar¹⁷ previo a la intervención quirúrgica, por lo cual este argumento de cargo corre la misma suerte que el inmediatamente anterior.

6.2.3. De la responsabilidad médica por error de diagnóstico, pronóstico y tratamiento.

El diagnóstico, pronóstico, tratamiento e intervención quirúrgica que recae sobre la humanidad para conjurar las enfermedades, constituyen el conjunto de actos, métodos y herramientas de las que se vale el profesional de la salud para emplear su habilidad y sapiencia en la consecución de su cometido primordial que es la curación de su paciente o aquejado, no obstante, en la ejecución o desarrollo de cualquiera de ellos, se exige de parte de él un despliegue

16 Al respaldo del Folio 315 del Cuaderno Principal No. 2, registra anotación en la historia clínica, que da cuenta que el procedimiento quirúrgico se le realizó al paciente el 16 de abril a las 4:25 pm; Folio 408 a 409 del Informe Técnico Relación Médico Legal del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses - Dirección Regional Sur Sede Neiva.

17 Al respaldo del folio 277 del Cuaderno Principal No. 1, se encuentra formato de consentimiento informado, firmado con huella dactilar por JUAN PABLO SOTTO OLARTE, con fecha del 16 de abril de 2003.

diligente dentro de un estándar de calidad y acierto, que armonice con los postulados de una buena praxis o *lex artis ad hoc*.

Como la objeción en esta oportunidad va dirigida a soslayar el diagnóstico que emitió el urólogo Elías Rojas frente al cuadro de escroto agudo presentado en la humanidad del señor SOTO OLARTE, es pertinente considerar lo que se ha decantado a nivel jurisprudencial¹⁸ sobre el accionar médico en estos casos, para de esta manera, delinejar el derrotero que guie el juicio de esta Colegiatura, que por supuesto, como criterio auxiliar ha sido fuente inobjetable de conocimiento para la interpretación y resolución de supuestos análogos. En relación al diagnóstico ha indicado lo siguiente:

"2.2.1. El diagnóstico está constituido por el conjunto de actos enderezados a determinar la naturaleza y trascendencia de la enfermedad padecida por el paciente, con el fin de diseñar el plan de tratamiento correspondiente, de cuya ejecución dependerá la recuperación de la salud, según las particulares condiciones de aquél. Esta fase de la intervención del profesional suele comprender la exploración y la auscultación del enfermo y, en general la labor de elaborar cuidadosamente la "anamnesia", vale decir, la recopilación de datos clínicos del paciente que sean relevantes."

"Trátase, ciertamente, de una tarea compleja, en la que el médico debe afrontar distintas dificultades, como las derivadas de la diversidad o similitud de síntomas y patologías, la atipicidad e inespecificidad de las manifestaciones sintomáticas, la prohibición de someter al paciente a riesgos innecesarios, sin olvidar las políticas de gasto adoptadas por los órganos administradores del servicio. Así por ejemplo, la variedad de procesos patológicos y de síntomas

18 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 26 de noviembre de 2010; Rad: 11001-31-03-013-1999-08667-01; M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

(análogos, comunes o insólitos), difíciles de interpretar, pueden comportar varias impresiones diagnósticas que se presentan como posibles, circunstancias que, sin duda, complican la labor del médico, motivo por el cual para efectos de establecer su culpabilidad se impone evaluar, en cada caso concreto, si aquél agotó los procedimientos que la lex artis ad hoc recomienda para acertar en él.

"En todo caso, sobre el punto, la Corte debe asentar una reflexión cardinal consistente en que será el **error culposo** en el que aquél incurra en el diagnóstico el que comprometerá su responsabilidad; vale decir, que como la ciencia médica ni quienes la ejercen son infalibles, ni cosa tal puede exigírseles, sólo los yerros derivados de la imprudencia, impericia, ligereza o del descuido de los galenos darán lugar a imponerles la obligación de reparar los daños que con un equivocada diagnosis ocasionen. Así ocurrirá, y esto se dice a manera simplemente ejemplificativa, cuando su parecer u opinión errada obedeció a defectos de actualización respecto del estado del arte de la profesión o la especialización, o porque no auscultaron correctamente al paciente, o porque se abstuvieron de ordenar los exámenes o monitoreos recomendables, teniendo en consideración las circunstancias del caso, entre otras hipótesis. En fin, comprometen su responsabilidad cuando, por ejemplo, emitan una impresión diagnóstica que otro profesional de su misma especialidad no habría acogido, o cuando no se apoyaron, estando en la posibilidad de hacerlo, en los exámenes que ordinariamente deben practicarse para auscultar la causa del cuadro clínico, o si tratándose de un caso que demanda el conocimiento de otros especialistas omiten interconsultarlo, o cuando, sin justificación valedera, dejan de acudir al uso de todos los recursos brindados por la ciencia.

"Por el contrario, aquellos errores inculpables que se originan en la equivocidad o ambigüedad de la situación del paciente, o las derivadas de las

reacciones imprevisibles de su organismo, o en la manifestación tardía o incierta de los síntomas, entre muchas otras, que pueden calificarse como aleas de la medicina no comprometen su responsabilidad.

"Por supuesto que esto coloca al juez ante un singular apremio, consistente en diferenciar el error culposo del que no lo es, pero tal problema es superable acudiendo a la apreciación de los medios utilizados para obtener el diagnóstico, a la determinación de la negligencia en la que hubiese incurrido en la valoración de los síntomas; en la equivocación que cometa en aquellos casos, no pocos, ciertamente, en los que, dadas las características de la sintomatología, era exigible exactitud en el diagnóstico, o cuando la ayuda diagnóstica arrojaba la suficiente certeza. De manera, pues, que el meollo del asunto es determinar cuáles recursos habría empleado un médico prudente y diligente para dar una certera diagnosis, y si ellos fueron o no aprovechados, y en este último caso porque no lo fueron.

"En todo caso, y esto hay que subrayarlo, ese error debe juzgarse ex ante, es decir, atendiendo las circunstancias que en su momento afrontó el médico, pues es lógico que superadas las dificultades y miradas las cosas retrospectivamente en función de un resultado ya conocido, parezca fácil haber emitido un acertado diagnóstico.

"2.2.2. El tratamiento consiste, en un sentido amplio, en la actividad del médico enderezada a curar, atemperar o mitigar la enfermedad padecida por el paciente (tratamiento terapéutico), o a preservar directa o indirectamente su salud (cuando asume un carácter preventivo o profiláctico), o a mejorar su aspecto estético.

"En el primero de esos aspectos, que es el que interesa al caso, el tratamiento asume un fin eminentemente curativo, entendido este no solo en el sentido de

sanar al paciente, sino, también, dependiendo de las circunstancias del caso, el de impedir el agravamiento del mal, o el de hacerlo más llevadero, o mejorar sus condiciones de vida e, incluso, en el caso de enfermos terminales, mitigar sus padecimientos. Así las cosas, el facultativo se encuentra ante una ponderación de intereses en la que, atendiendo las reglas de la ciencia, debe prevalecer aquella consideración que le brinde la mayor probabilidad de alcanzar la finalidad propuesta. Por lo demás, no puede olvidarse que aquel goza de cierta discreción para elegir, dentro de las diversas posibilidades que la medicina le ofrece, por aquella que considere la más oportuna, todo esto, por supuesto, sin soslayar el poder de autodeterminación del paciente.

"Por último, el tratamiento debe comenzar a la brevedad que las circunstancias lo reclamen, tanto más en cuanto su eficacia dependa de la prontitud con la que actúe sobre la persona." (Subrayado fuera de texto).

Del anterior extracto jurisprudencial, emerge como principal aforismo vinculante para el galeno al momento de erigir un diagnóstico con alto grado de acierto sobre la identificación de una enfermedad o patología, la llamada anamnesis, entendida como el proceso de exploración clínica que se ejecuta mediante el interrogatorio para identificar personalmente al individuo, conocer sus dolencias actuales, obtener una retrospectiva de él y determinar los elementos familiares, ambientales y personales relevantes. Ese deber de auscultación sobre el enfermo, es la carta de navegación para el pronóstico y adopción del tratamiento o acción a seguir y obtener la salubridad del paciente, empero, en ese intrincado menester coyuntural, puede presentarse incertidumbre y penumbra ante la incidencia de un sinnúmero de factores que instan al cotejo de varias impresiones diagnósticas posibles, que en ciertos casos nublan y

hacen escabrosa la labor médica, uno de ellos, es sin duda, la variedad de procesos patológicos y de síntomas análogos, comunes o insólitos que son difíciles de interpretar y que son sinónimo de imprecisión.

Dentro de este contexto, siendo la profesión de la medicina de medio y no de resultado, la equivocada diagnosis y consiguiente responsabilidad médica, solo tiene lugar por la imprudencia, impericia, ligereza o descuido que sea determinante en la acusación de daños en la salud del usuario, cuyo parámetro de medición como lo expone la Corte Suprema de Justicia, se supedita al resultado del juicio de ponderación que resulte de determinar cuáles recursos habría empleado un médico prudente y diligente para dar una certera diagnosis, si ellos fueron o no aprovechados y en este último caso por qué no lo fueron.

Así pues, un mal diagnóstico en razón a lo expuesto en la providencia transcrita, puede obedecer entre otras circunstancias a **(i)** defectos de actualización respecto del estado del arte de la profesión o la especialización; **(ii)** auscultación incorrecta al paciente; **(iii)** no se ordenan los exámenes o monitoreos recomendables; **(iv)** no apoyarse, estando en la posibilidad de hacerlo, en los exámenes que ordinariamente deben practicarse para auscultar la causa del cuadro clínico; **(v)** negligencia en la valoración de los síntomas; **(vi)** cuando dadas las características de la sintomatología, se exige exactitud en el diagnóstico, o **(vii)** cuando la ayuda diagnóstica arrojaba la suficiente certeza.

Volviendo los ojos al caso puesto a consideración de la Sala, el síndrome de escroto agudo conforme a la literatura médica contenida

en el Manual del Grupo de Atención y Desastres del Ministerio de Protección Social¹⁹, se define como un cuadro de aparición súbita de dolor en el escroto, con frecuencia asociada a rubor, edema y calor. Sin profundizar en datos específicos que son de resorte de los profesionales en esa área, lo importante a destacar, es que dentro de la generalidad de las causas asociadas a escroto agudo se encuentran la torsión testicular y la epididimitis.

Al realizar un paralelo entre estas dos patologías, puede señalarse por un lado, que la torsión tiende a presentarse con mayor frecuencia en adolescentes y su causa aún permanece desconocida, mientras que la epididimitis, es más propensa en adolescentes o adultos menores de 35 años, y su etiología puede ser bacteriana, viral, tuberculosa, vascular, traumática e inespecífica, también llamada estéril, que corresponde a la mayoría de los casos, lo que indica que no necesariamente aparece ante un cuadro infeccioso, aunque su causa principal son las enfermedades de transmisión sexual.

Habrá que decir también, que sus manifestaciones clínicas tienen un alto grado de similitud y pueden llegar a confundirse entre una y otra, y como dato no menor, el examen clínico de acuerdo a este documento, es el medio de auscultación principal para establecer el diagnóstico, como lo expone las siguientes conclusiones:

“PUNTOS A RECORDAR

19 Folios 45 a 49 del Cuaderno Principal No. 1; Folios 452 a 459 del Cuaderno Principal No. 2.

“1. todo escroto agudo es una a torsión testicular mientras no se demuestra lo contrario.

“2. El diagnóstico es clínico y las ayudas diagnósticas son solo herramientas adicionales, por lo que no se debe condicionar a ellas el diagnóstico y, menos aún, la conducta.

“3. Ante la sospecha de torsión testicular, la conducta debe ser la exploración inmediata por vía escrotal y fijación del testículo contralateral.

“4. La ecografía Doppler y la gammagrafía de perfusión son útiles para descartar o confirmar el compromiso isquémico de la gónada.” (Subrayado fuera de texto).

Como se ve, se parte de la presunción inicial de que todo síndrome de escroto agudo es una torsión testicular hasta que se descarte, la exploración quirúrgica es el tratamiento a desplegar ante una torsión, y las ayudas diagnósticas, entre las que se encuentran la ecografía Doppler y la gammagrafía, son herramientas complementarias para establecer el compromiso isquémico, es decir, el nivel de reducción de flujo sanguíneo al testículo producto de la torsión, más no suplen el examen clínico, que es el principal medio para establecer el diagnóstico.

A estas mismas conclusiones arribaron los médicos tratantes Elías Rojas²⁰, Julián Andrés Meneses Rivera²¹, Emiro Abel Guzmán²²,

20 Folios 357 a 364 del Cuaderno Principal No. 2.

21 Folios 376 a 380 del Cuaderno Principal No. 2

22 Folio 385 a 389 del Cuaderno Principal No. 2

Marvel Varón²³, como el Coordinador de Unidad de Urología de la Universidad Nacional de Colombia, Doctor Carlos Guzmán Bastidas, designado por el Instituto Nacional de Medicina Legal, quien absolvio un cuestionario y rindió dictamen pericial²⁴ con base a la historia clínica, donde puntualmente, pone en evidencia una vez más, la complejidad para concluir torsión testicular o epididimitis dada su semejanza en su sintomatología, de ahí que la exploración escrotal es la conducta médica pertinente y diligente en caso de duda, que como se sabe, fue sugerida por el galeno pero el paciente se negó, por lo demás a resaltar, expresó que el tratamiento farmacológico que se suministró para conjurar la epididimitis diagnosticada en su momento fue el adecuado. Sobre error diagnóstico dijo el médico legista:

"Este cuadro clínico siempre es de difícil diagnóstico entre epididimitis y torsión testicular porque:

"a. El cuadro de torsión testicular es raro en pacientes mayores de 20 años esto se corrobora estadísticamente.

"b. Clínicamente al examen físico los hallazgos son muy parecidos por lo cual la impresión diagnóstica es el de Síndrome escrotal agudo.

"c. Se requiere de exámenes de imágenes como el Eco Doppler escrotal o gammagrafía testicular que no se encuentran en centros hospitalarios de provincia.

"d. Es de recordar que por la historia clínica se propuso la exploración escrotal al paciente desde el ingreso y el paciente la rechazó que es el manejo cuando hay duda en el diagnóstico."

23 Folio 367 a 372 del Cuaderno Principal No. 2

24 Folio 410 a 412 del Cuaderno Principal No. 2

En cuanto a su naturaleza, diferencias y similitudes, expuso:

"Las diferencias son: En su etiología, la epididimitis se debe a procesos infecciosos secundarios; como de vías urinarias, cistitis, uretritis, que son las más frecuentes, seguidas de procesos infección por manipulación de la uretra y de la vejiga como son los procedimientos urológicos, como u retrocistoscopias – sondas uretrales a permanencia y secundarios a procesos infecciosos a distancia que se propagan por vía hematógena y linfática; las virales son raras.

"Las epididimitis por tuberculosis son frecuentes en nuestro medio y su tratamiento es médico con medicamentos para tuberculosis y ocasionalmente requiere cirugía, como la epididimectomía. Y en la epididimitis utilizan antibióticos dependiendo del germen, más antiinflamatorios.

"La torsión testicular se debe a la implantación alta de la vaginal que permite una rotación del testículo sobre el cordón espermático, produciendo isquemia de este. Esta patología se presenta en alto porcentaje en niños, inclusive in útero, preadolescentes, adolescentes y menores de 20 años. Es muy rara en pacientes mayores de 20 años y su tratamiento es quirúrgico con exploración del contenido escrotal, la fijación o orquidectomía en el último caso cuando hay necrosis testicular, más fijación del testículo contralateral, ya que esta patología de la vaginal es bilateral" (Subrayado fuera de texto).

El doctor Carlos Guzmán, realizó aclaración y complementación del dictamen²⁵, en el cual se pone en evidencia una vez más la uniformidad en las manifestaciones clínicas entre epididimitis y

torsión testicular, además de las posibilidades porcentuales de acierto con el examen clínico y ayudas diagnósticas:

Al preguntársele si hubo error en el diagnóstico dijo lo siguiente:

"cuando el cuadro clínico del caso en referencia; una presentación súbita con signos y síntomas de aumento del contenido escrotal, dolor intenso, acompañado de edema y enrojecimiento de la piel escrotal."

"Este cuadro clínico lo produce:

1. Torsión testicular
2. Torsión de hidátides del testículo
3. Epididimitis

"Este cuadro clínico en su iniciación conforme a los antecedentes del paciente, clínicamente se puede tener un diagnóstico claro en un 90% de los casos; sin embargo, a medida que transcurre el tiempo el diagnóstico se hace más difícil aclarando ya que todo el contenido escrotal; (Cordón espermático, testículo y epidídimo), junto con la pared escrotal están comprometidas, por consiguiente, es difícil diferenciar cada uno de los órganos comprometidos.

Como exámenes que ayuda para el diagnóstico diferencial son: la ecografía Doppler nos da un diagnóstico claro entre una epididimitis y una torsión del testículo; la gammagrafía testicular si nos da una seguridad cerca del 100% del diagnóstico diferencial. La ecografía simple no es el estudio ideal para diferenciar un proceso inflamatorio a un proceso istémico.

Al indagársele si el error en el diagnóstico se podía evitar, contestó lo siguiente: "Si se tiene un paciente de 26 años (como el descrito) con el cuadro clínico anotado; de torsión testicular; se conoce que la incidencia de esta

patología aumentó durante la infancia progresivamente hasta los 18 – 21 años, disminuyendo en forma abrupta después de esta edad; aunque hay casos reportados después de los 21, 25, 30 y 35 años.

"Inicialmente en la exploración de los genitales se encuentra el aumento del contenido escrotal a expensas del testículo, con gran dolor a la palpación y el epidídimo se encuentra en situación anterior con respecto al testículo en ese caso se descarta la epididimitis; Si el epidídimo se palpa en posición normal (detrás del testículo) con engrosamiento y dolor se trata de epididimitis, estas características a la palpación se pierden a medida que transcurre el tiempo.

"El cuadro hemático y el parcial de orine podría orientar hacia el diagnóstico cuando hay un cuadro infeccioso.

Frente a la pregunta, acerca de si hubo error en el tratamiento, y si los medicamentos prescritos al paciente eran adecuados para el mal que aquejaba el paciente, sostuvo:

"Con el diagnóstico de epididimitis el tratamiento a base de antibióticos de amplio espectro y con administración de antinflamatorios y analgésicos que controlan el dolor y ayudan a difundir el antibiótico con medios físicos locales se considera que el tratamiento es el adecuado para esa patología.

"Si se trata de una torsión testicular impera la exploración quirúrgica escrotal. Si el diagnóstico es dudoso la exploración quirúrgica es la conducta que se debe seguir." (Subrayado de la Sala)

La primera impresión que reflejan los dictámenes periciales rendidos en este proceso por los mentados médicos legistas, es que al momento

de absolver el cuestionario contentivo de concretos interrogantes tendientes a evidenciar errores de diagnóstico y de tratamiento, en sus respuestas, brillan por su ausencia señalamientos o reproches que indiquen pifias o grosos errores a endilgar a los galenos por su proceder ante el cuadro clínico del actor, se advierte más bien, una reafirmación de una serie de parámetros conceptuales de las enfermedades confrontadas que ya fueron referenciadas, tales como:
a)- la dificultad que se puede presentar en el diagnóstico entre epididimitis y torsión testicular, por similitud en sus manifestaciones clínicas dentro de la generalidad del síndrome de escroto agudo; **b)**- el examen clínico como medio diagnóstico principal con el 90% de acierto en la mayoría los casos; **c)**- ecografía Doppler y gammagrafía testicular (esta 100% efectiva), como ayudas complementarias para establecer el diagnóstico diferencial, pero para la época de los hechos no disponibles en centros hospitalarios de provincia; **d)**- la ecografía simple es inoperante para establecer un diagnóstico diferencial; **e)**- estadísticamente hablando, mayores casos de torsión testicular en pacientes hasta los 18 a 21 años edad, inusualmente después de esa edad, Soto Olarte con 26 años un caso excepcional; **f)**- cuadro hemático y el parcial de orina podría ser un medio orientador hacia el diagnóstico cuando hay un cuadro infeccioso, pero no es un medio diagnóstico vinculante para el profesional de la salud en las enfermedades involucradas; **g)**- para epididimitis el tratamiento adecuado son antibióticos, antinflamatorios, analgésicos y medio físicos locales; **h)**- para la torsión testicular el tratamiento adecuado es la exploración quirúrgica; **j)**- si el epidídimo se palpa en posición normal, o sea, detrás del testículo, con engrosamiento y dolor se trata de epididimitis.

Por lo que se refiere a la anamnesis elaborada sobre la humanidad de Juan Pablo Soto Olarte a cargo del urólogo Elías Rojas el 14 de abril de 2003, extraída de la historia clínica de la que se transcribió uno de sus apartes, pueden vislumbrarse varios aspectos concluyentes, la primera de ellas, es que el galeno en su misión de auscultación realizó una caracterización del paciente al verificar su edad (26 años), es decir, se encontraba por fuera del rango estadístico propicio para la torsión testicular. Estableció la dolencia o sintomatología (orquialgia derecha), la cual es similar entre epididimitis y torsión testicular dentro del síndrome de escroto agudo; hizo una retrospectiva o análisis de antecedentes, que le permitió determinar que el paciente padecía esa dolencia una vez por año, acto seguido, realizó el examen clínico exhaustivo entendido como el medio diagnóstico principal, descrito allí de forma detallada: "*se sigue el trayecto del epidídimo derecho y se encuentra engrosado y tortuoso doloroso, se sigue el cordón hasta su llegada al (ilegible) y esta normal, sg Phren (-) se iniciara tratamiento para epididimitis derecha*", del cual se valió para establecer el diagnóstico diferencial que le indicó epididimitis derecha, que comparado con las manifestaciones clínicas señaladas en la pericia del doctor Carlos Guzmán, concuerdan en las características para ese diagnóstico al señalar ambas epidídimo en posición normal con engrosamiento y dolor.

Cabe señalar, que el galeno determinó epididimitis derecha, sin que se observe que haya declarado que ésta hubiese tenido origen infeccioso, sin dejar de lado, que sugirió al paciente la exploración quirúrgica. Ya sobre el tratamiento curativo impartido, como lo aseguró el perito, consistente en antibióticos y analgésicos era el apropiado para conjurar la epididimitis.

La verdad es que en principio, de la literalidad de los resultados presentes en examen de laboratorio clínico²⁶ no puede derivarse estimación alguna, ya que estos se encuentran en lenguaje técnico y sobre él no se solicitó interpretación especializada, no obstante, esa labor fue realizada vía testimonial por el médico Julián Meneses, quien en desarrollo del debate probatorio luego de realizar lectura de los mismos, declaró que no hubo hallazgos infecciosos, aclarando que ese resultado no es óbice para descartar la epididimitis porque su diagnóstico es clínico que resulta del examen físico del paciente, además, conforme a la literatura médica contenido en el protocolo del Ministerio de Protección Social, en la mayoría de los casos su etiología es desconocido (llamada estéril), lo que quiere decir, que en estricto sentido, esta patología no necesariamente aparece dentro de un cuadro infeccioso y solo constituiría una de sus modalidades, tal como se infiere de la declaración que se muestra enseguida, pues al preguntársele que con apoyo en la historia clínica indicara si los exámenes tales como: la ecografía, parcial de orina, cuadro emético, fueron ordenados y practicados al paciente.

Sostuvo lo siguiente: "En la historia clínica en las ordenes médicas del 14 de abril del 2003 a las 10:40 a.m. Solicitó la doctora GISSELA ROLONG el cuadro emético velocidad de sedimentación globular y parcial de orina. No solicitó ecografía. En abril 14 del 2003 hay reporte de un cuadro emético hemoglobina 13.6 hematocrito 41 bsg de 2 leucocitos 8800 neutrofilios 64% linfocitos 36% todos los resultados dentro del rango de normalidad. Parcial de orina o uroanálisis. Parcial de orina en el folio 293 su resultado es normal.

PREGUNTADO: Sírvase decimos si los exámenes de laboratorio que usted

26 Folio 294 del Cuaderno Principal No. 1, examen de laboratorio clínico del 14 de abril de 2003, al señor JUAN PABLO SOTO.

acaba de leer confirmaban o descartaban la epididimitis. Contesto: No confirman la epididimitis porque son exámenes eminentemente normales, más tampoco la descarta al ser esta entidad una patología de diagnóstico clínico a criterio del evaluador en el examen físico a realizarse al paciente.
PREGUNTADO: Cuando la epididimititis es de origen infeccioso lo exámenes de laboratorio reflejan esta condición. Contesto: si es de origen infeccioso transcurridos de 6 a 24 horas ya hay cambios visibles en el cuadro emético con un aumento de leucocitos, con un número mayor a 10.000 y una forma leucocitaria con desviación a la izquierda.” (Subraya la Sala).

Dicho todo lo anterior, tenemos que la primera réplica que estructura el presunto error diagnóstico centra su atención sobre una errónea valoración del paciente en su primer ingreso a urgencias el 14 de abril de 2003, cuando el urólogo de turno determinó equivocadamente una epididimitis de etiología infecciosa propia de esa afección y descartó la exploración quirúrgica, cuando los resultados de laboratorio no evidenciaban un cuadro infeccioso. Indiscutiblemente, la anotada apreciación argumental no cuenta con una base sólida con virtualidad suficiente para inclinar la balanza hacia la estructuración de un yerro de la diagnosis, básicamente porque desde el eje conductor de esta Sala que no es otro que el acervo probatorio dilucidado en forma precedente, se colige sin temor a equívocos, que en primer lugar, el urólogo Elías Rojas en ningún momento declaró que su diagnóstico de epididimitis fue de origen infeccioso, fue de “*epididimitis derecha*” contrario a lo que se afirma en la apelación; en segundo lugar, se estableció que la epididimitis no solo puede presentarse dentro un cuadro infeccioso, porque solo es una de sus modalidades, entre ellas la llamada estéril que se presenta en la mayoría de los casos y su etiología desconocida; en tercer lugar, los exámenes de cuadro

hemático y el parcial de orina con resultado negativo de cuadro infeccioso del que se vale el recurrente, conforme a la literatura médica y estándar de proceder galénico ante el síndrome de escroto agudo, no está contemplado como un medio diagnóstico de rigor u obligante al médico tratante, el principal y vinculante para la anamnesis es el examen clínico (que fue exhaustivo y diligente).

Es que ni siquiera se está dentro de los complementarios para establecer el diagnóstico diferencial, pues en esta clasificación se enlista la ecografía Doppler y gammagrafía testicular. En suma, los aludidos resultados de laboratorio fueron calificados por el perito como posible agente orientador con ínfima incidencia en el diagnóstico, en consecuencia, conforme a *lex artis* no era un examen o monitoreo recomendable, su resultado no arroja certeza del diagnóstico y no estaba dentro del marco de los exámenes que ordinariamente deben practicarse para auscultar la causa del cuadro clínico, razón por la cual, esa alegación también se despacha desfavorablemente.

El examen clínico, es el segundo cuestionamiento de la alzada en el marco de la insinuada falencia diagnóstica, porque a su entender, fue el único medio utilizado y no buscó certeza con otros estudios y exámenes, entre de ellos la orden de una ecografía que no fue practicada. En este punto, como ya se estudió, no está demás de remarcar una vez más la acreditada naturaleza del examen clínico en la patologías plurimencionadas, como medio de auscultación principal para establecer los hechos relevantes o anamnesia, por otro lado, hablar de utilización de otras herramientas para lograr certeza en el diagnóstico, que dentro de los cánones de la literatura médica

aducida y a la luz de la exposición de cada uno de los profesionales de la salud generales y especialistas en la materia que testificaron en este proceso, son convincentes en columbrar los estudios o exámenes complementarios que imparten certeza sobre el diagnóstico diferencial, esto es, la ecografía Doppler y gammagrafía testicular, que sin perjuicio de su efectividad, lo cierto es que para la fecha de los acontecimientos materia de este proceso, no se encontraban a disposición de los centros hospitalarios del Departamento del Caquetá, deducción a la que se llega vía testimonio del doctor Elías Rojas, refrendado por la experticia del doctor Carlos Guzmán, cuando aludió sobre dicha ausencia en instituciones de provincia en esos días pasados, en otras palabras, el doctor Elías Rojas dentro de la adecuada praxis médica, no tenía a su alcance la posibilidad de apoyarse de otros instrumentos, que aunque secundarios, eran idóneos y efectivos para auscultar la causa de las manifestaciones clínicas de cuadro clínico.

Frente a la aseveración sobre una orden ecográfica que no fue materializada, eventualmente, lo cierto es que para el 14 de abril de 2003 no fue solicitada como se lee de la declaración del médico Julián Meneses, este estudio fue requerido en el segundo ingreso a urgencias del paciente el día 16 de ese mismo mes y año, de manera que no constituye un hecho a juzgar sobre las valoraciones y decisiones adoptadas por el urólogo Elías Rojas cuando estableció epididimitis, no obstante, a criterio del doctor Carlos Guzmán, se trataba de una ecografía simple la que estaba disponible que de nada servía para establecer un diagnóstico diferencial, en consecuencia, dichos razonamientos también llevan a desatender lo alegado sobre este punto.

La tercera y última opugnación, habla de su visión ante los resultados de la exploración escrotal y la biopsia, que a su modo de ver confirmaron torsión testicular con una evolución de 48 horas, es decir, el intervalo que existió entre el 14 y el 16 de abril de 2003, y que corresponde a las veces que recibió atención médica por urgencias, y no como lo indica de forma contradictoria la patóloga Marvel Barón cuando en su diagnóstico histopatológico refiere una torsión testicular con evolución de 48 horas, para posteriormente referir como deponente su evolución fue de 10 horas.

Abordar el tema atinente al cálculo temporal de la génesis y evolución de la torsión testicular, es admitir que el hecho indicador de esa específica circunstancia está precedido en su mayor medida, por no decir de forma absoluta, al resultado que arrojó la biopsia realizada al testículo necrosado y la limpieza en el trámite de obtención y análisis de la muestra llevada al laboratorio. Ese dictamen fechado el 6 de mayo de 2003 con No. PQ 5.339-2003²⁷, dirigido al urólogo Emiro Guzmán quien realizó la orquidectomía o cirugía de extirpación del órgano, arribó al expediente por la médica patóloga Marvel Barón Medina con oficio del 1 de octubre de 2009.

De su lectura se extrae claramente que el calificado evento catastrófico tuvo su génesis en la llamada “*necrosis hemorrágica masiva reciente*”, que de acuerdo a la interpretación que brindó posteriormente en su declaración²⁸, es una lesión que acaece entre 6 y 8 horas, máximo 10. Para fines prácticos obsérvese su explicación:

27 Folio 291 a 292 del Cuaderno Principal No. 1; Folio 318 a 319 del Cuaderno Principal No. 2
28 Folio 367 a 373 del Cuaderno Principal No. 2

“(...) La necrosis hemorrágica masiva reciente consiste en: el testículo al tener una posición colgante y estar inmerso en una cavidad lubricada tiene una posibilidad de movimiento, que limitada, pero tiene movimiento. Cuando por la razón que fuere, bien sea movimiento brusco, un golpe, una lesión tumoral, un proceso inflamatorio, la gira sobre su eje vertical. Se produce una oclusión del vaso venoso más no de la artería. Eso implica que durante el tiempo que dure la torsión el testículo está recibiendo influjo sanguíneo arterial pero no puede sacarlo porque está ocluida la vena. Esto lleva a una hemorragia masiva de todo el parénquima testicular y sus anexos lo cual es un evento catastrófico, así se llama en estas circunstancias por el dolor y por la lesión masiva que produce, Despues de 4,6, máximo 42 horas se inicia el proceso de reparación normal cuya primera etapa es la marginación y diapédesis de leucocitos para iniciar la reparación del tejido. Sin embargo, cuando la hemorragia es masiva se produce necrosis total y no es posible reparar el parénquima. Por eso desde el punto de vista de histopatología el encontrar la hemorragia masiva sin ningún signo de proceso reparativo tisular nos permite hacer el diagnóstico de una lesión reciente, es decir menor de 6,8 horas.” (...) PREGUNTADO: Desde el punto de vista de la patología cuales son los hallazgos en un evento de torsión testicular. Contesto: En patología manejamos criterios tanto macroscópicos como microscópicos. Los hallazgos varían según el tiempo transcurrido desde el momento del evento catastrófico y el momento en que se realiza la orquidectomía, es decir si se opera rápido el hallazgo es diferente si se opera en un Mes o días. En un lapso de tiempo menor de 10 horas solo vemos la hemorragia masiva. A partir de las 10 horas hay migración de polimorfo nucleares. A partir de las 24 horas ingresan los monocitos y macrófagos. Despues de tres días hay un proceso de fagocitosis de tejido necrosado y se inicia su reemplazo por un tejido “cicatrizal” que lleva a la fibrosis y atrofia total del testículo en término de 3 semanas. (...) PREGUNTADO: Cuando usted hace el diagnóstico de histopatología “de necrosis hemorrágica masiva reciente” tal como aparece en

su reporte, podría indicar que tiempo de evolución tiene el evento. (...)

Contestó: Las piezas quirúrgicas una vez retiradas del cuerpo humano son inmediatamente sumergidas en formol. Lo que se busca con este procedimiento es detener todos los procesos tanto vitales como de putrefacción, los hallazgos macro y microscópicos corresponden a lo que existe en el momento de la cirugía, así que el único tiempo que podría aproximar es el transcurrido entre el momento del acto quirúrgico y el evento catastrófico. Como ya expliqué en la pieza quirúrgica no hay migración de poliformo nucleares ni monocitos macrófagos, así que ese tiempo puede ir de minutos a máximo, exagerando las 10 horas." (Subrayado fuera de texto).

Como lo ilustra la especialista, el intervalo que existe desde el momento del evento catastrófico o torsión testicular, y el que transcurre hasta llevada a cabo la orquidectomía o cirugía de extirpación del testículo, constituyen los extremos temporales inexcusables para establecer, en un grado aproximado, el instante en que el cordón espermático giró sobre sí mismo y con él la gónada sujeta a ese pedículo, generando isquemia (obstrucción del vaso sanguíneo), seguido de oclusión venosa (cierre del fluido sanguíneo), edema (inflamación por acumulación de sangre), el subsiguiente infarto venoso (coágulo sanguíneo) y oclusión arterial (el vaso sanguíneo que conduce la sangre se detiene), que culmina con la necrosis de la glándula sexual (muerte del testículo).

Desde luego, establecido ese marco temporal para el cálculo aritmético del que se habla, realmente su concreción no exige un alto ejercicio de abstracción, solo implica conocer la fecha y hora en que se realizó la intervención quirúrgica y extracción del órgano, y a partir

de allí, contabilizar hacia atrás el interregno que promedió el resultado científico de la consumación del hecho dañoso.

Si esto es así, al volver la mirada a la historia clínica, tenemos que mediante Orden de Urgencias No. 250000046063²⁹ el señor Juan Pablo Soto Olarte, ingresó a la clínica CONSALUD S.A. - Unidad Básica de Atención el día 16 de abril de 2003 a las 02:25 pm, mientras que las notas de enfermería³⁰ dan cuenta que a las 3:40 de la tarde de ese día se empezó a preparar al paciente para la cirugía, que la intervención quirúrgica tuvo lugar sobre las 4:25 pm y culminó a las 4:32 horas.

Siendo el punto de referencia las 4:32 de la tarde del 16 de abril de 2003, el conteo retrospectivo de las 10 horas da como resultado las 6:32 de la mañana de ese mismo día, deducción inexorablemente lógica y desprovista de cualesquiera otra hipótesis de valía sobre el origen y evolución espacio temporal en que se desarrolló la torsión testicular que desencadenó la necrosis hemorrágica. No existe asomo de duda, ni siquiera cuestionamientos relacionados con las formalidades científicas del laboratorio de patología que llevó a cabo la obtención, conservación y análisis de la muestra orgánica que arrojó el resultado de la etiología de la muerte genital, por el contrario, la doctora Marvel Varón explica que las piezas quirúrgicas una vez retiradas del cuerpo humano, son inmediatamente sumergidas en formol y que esto detiene los cambios vitales como de putrefacción, de forma que los hallazgos macro y microscópicos corresponden a lo que estaban al momento de la cirugía, esto es, torsión testicular menor a 10 horas de evolución por identificar únicamente hemorragia masiva, como

29 Al respaldo del folio 278 y anverso del folio 279 del Cuaderno Principal No. 2

30 Al respaldo del folio 314 del Cuaderno Principal No. 2

quiera que si el hecho catastrófico hubiese surgido con más tiempo de antelación, las características morfológicas serían distintas (migración de polimorfo nucleares después de 10 horas; ingreso de los monocitos y macrófagos después de 24 horas; tejido cicatricial, fibrosis, atrofia total del testículo en 3 semanas), por consiguiente, debe darse plena credibilidad y certeza a esta pericia.

Ahora bien, para no entrar en deducciones equivocadas o erróneas al momento de la lectura del mentada experticia patológica como lo asume el recurrente, es necesario aclarar enfáticamente, que cuando en su contenido literal se hace alusión a "*Diagnóstico Clínico: Torsión testicular de 48 horas de evolución*", por ninguna circunstancia hace referencia al diagnóstico histopatológico de esta profesional, que centró su objeto de estudio científico en establecer la etiología sobre el material orgánico extirpado. El diagnóstico clínico, como se vio, es el que se emite del análisis físico al enfermo y se encuentra en el dictamen porque es un antecedente extraído de la historia clínica para contextualizar e identificar la procedencia del elemento sobre el cual recayó el estudio especializado, en otras palabras, es la conclusión clínica del Doctor Emiro Guzmán cuando atendió por urgencias en segunda oportunidad al demandante y le practicó la orquidectomía.

No está demás indicar, que la duda suscitada fue despejada en pregunta absuelta por Marvel Barón, como se muestra a continuación: "*Dentro del proceso de estudio de histopatología la médica patóloga no tiene contacto directo ni con el paciente ni con la historia. La información se obtiene del resumen de historia clínica que hace el médico tratante, generalmente un especialista. Los datos consignados en ese resumen para solicitud de estudio de anatomía patológica son manejados como un documento inmodificable.*

Tanto el resumen de historia clínica como el diagnóstico clínico corresponden a la información enviada por el urólogo en el folio 43, EMIRO. Por eso es diferente el diagnóstico clínico del diagnóstico de histopatología. Yo no puedo cambiar los hallazgos de historia clínica ni el diagnóstico emitido por el médico tratante. Yo emito mi propio diagnóstico."

En ese orden, la pérdida del testículo derecho con perturbación funcional en la reproducción de carácter permanente, aparejada a la disminución de la capacidad laboral del 12,45% que padece el demandante como resultado de la necrosis testicular consecuencia de la aparición súbita de una torsión testicular, tal como se acreditó por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses³¹ y la Junta Regional de Invalidez³², no se deduce que sea por una inadecuada prestación del servicio médico, por retardado, falta de previsión, impericia, negligencia o violación de la *lex artis* por parte de los galenos demandados; las pruebas en conjunto dan cuenta de un diagnóstico inicial y atención adecuada, apoyado en ayuda diagnóstica principal y disponible para el manejo del complejo síndrome de escroto agudo (examen clínico), que ilustró una epididimitis que fue tratada con resultados de mejoría y alta médica, bajo los principios constitucionales y legales que regulan el debido tratamiento a la historia clínica, el consentimiento informado y la ética médica, métodos que fueron convalidados con el resultado del diagnóstico histopatológico que descartó la génesis de la ocurrencia

31 A folio 407 obra Informe Técnico Médico Legal de Lesiones No Fatales del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Dirección Regional Sur Sede Neiva, fechado el 10 de diciembre de 2010.

32 A folio 413 a 417 del Cuaderno Principal No. 2, obra Junta Regional Calificación de Invalidez del Huila del 15 de marzo de 2011, practicada a Juan Pablo Soto Olarte sobre el diagnóstico motivo de calificación “TORCION TESTICULO DERECHO – ORQUIDECTOMIA DERECHO”, que arrojó un porcentaje total de pérdida de capacidad laboral de un 12,45%.

de la torsión en la primera atención de medicina por urgencias el 14 de abril de 2003 alegada por el apelante, sin menoscabar la incidencia de especiales circunstancias lejos del alcance medicinal marcados por la ambigüedad calificadas como aleas de la medicina que no compromete la responsabilidad. En consecuencia, a falta de prueba de la culpa y del nexo causal de la conducta médica con la pérdida testicular que padeció el demandante, la sentencia de primera instancia, deberá confirmarse, imponiéndose como es obvio la condena en costas a la parte apelante al tenor de lo consagrado en el artículo 392-3 del C. P. C.

En mérito de lo expuesto, la **SALA CIVIL-FAMILIA-LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE FLORENCIA -CAQUETÁ-**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la parte apelante, conforme lo dispone el numeral 3º del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil.

TERCERO: REMITIR el expediente al Juzgado de origen, en firme esta sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GILBERTO GALVIS AVE
Magistrado

MARÍA CLAUDIA ISAZA RIVERA
Magistrada

DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO³³
Magistrada

³³ RM. Rad. 2007-00182-01. Firmado electrónicamente de acuerdo a la plataforma dispuesta por la Rama Judicial.

Firmado Por:

Gilberto Galvis Ave
Magistrado
Despacho 003 Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Florencia - Caqueta

Maria Claudia Isaza Rivera
Magistrada
Despacho 002 Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Florencia - Caqueta

Dielia Hortencia Luz Mari Ortega Castro
Magistrada
Sala 001 Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Florencia - Caqueta

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **c515a82df9981ad3fdd43b2431e3a11238573eec8d099e0aff4f4d5e329669db**

Documento generado en 22/09/2023 11:00:06 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Proceso: *Impugnación de actas de asambleas.*
Demandante: *Martha Cecilia Godoy Vanegas, José Lizardo Llanos Pérez,*
Ricardo Tovar, José William Losada Losada.
Demandado: *COOMOTORFLORENCIA LTDA*
Radicado: *18001-31-03-001-2015-00215-01*
Discutido y Aprobado mediante Acta No. 068.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
FLORENCIA
SALA CIVIL-FAMILIA-LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE:
GILBERTO GALVIS AVE**

Florencia -Caquetá-, veintiuno (21) de septiembre de dos mil
veintitrés (2023).

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la empresa demandada y de los coadyuvantes, contra el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Florencia, Caquetá, el 19 de mayo de 2016, mediante la cual decretó la nulidad absoluta deprecada en el libelo demandatorio, dentro del proceso de la referencia formulado por Martha Cecilia Godoy Vanegas, José Lizardo Llanos Pérez, Ricardo Tovar y José William Losada Losada en contra de Coomotorflorencia Ltda.

1. ANTECEDENTES

Pretenden los demandantes MARTHA CECILIA GODOY VANEGAS, JOSÉ LIZARDO LLANOS PÉREZ, RICARDO TOVAR y JOSÉ WILLIAM LOSADA LOSADA, en su condición de asociados, se declare la nulidad absoluta del acta No. 061 de la Asamblea Extraordinaria de Asociados de la Cooperativa de Motoristas de Florencia Ltda. “Coomotorflorencia Ltda.”, por haberse tomado en contravención a lo dispuesto: **a)** En el artículo 63 de los Estatutos de la Cooperativa, convocándose por dos integrantes de la junta de vigilancia, y sin cumplir con la causal de asunto imprevisto o asunto de urgencia, máxime cuando en el mes de marzo de 2015, se realizaría la asamblea ordinaria. **b)** Por haberse realizado la convocatoria de la asamblea extraordinaria sin el lleno de los requisitos, en lo relacionado a asociado hábil y no hábil, expidiéndose el acuerdo 002 del 19 de enero de 2015, por la Junta de Vigilancia sin tener competencia para ello. **c)** Haber realizado nombramientos sin el quórum reglamentario. **d)** Por quebrantar el artículo 197 del Código de Comercio, al designar suplentes numéricos que corresponden a listas diferentes, por principales que no correspondían. Y finalmente, por **e)** Haber sancionado a varios asociados, por el término de 12 meses, sin tener competencia para ello y además sin haberse incluido el tema dentro del orden del día puesto para la asamblea.

Que se declare a su vez, la nulidad de los Acuerdos No. 001 y 002 del 19 de enero de 2015, expedidos por la junta de Vigilancia de “Coomotorflorencia Ltda.”; que se le comunique a la Cámara de

Comercio de esta ciudad la decisión adoptada en el proceso; se condene a perjuicios materiales, morales, en costas y agencias en derecho.

Las súplicas se apoyan en los hechos que en seguida se compendian:

Que el 17 de diciembre del año 2014, un presunto grupo de asociados radicaron una petición de Asamblea extraordinaria ante el Consejo de Administración de Coomotorflorencia Ltda., la cual fue despachada desfavorablemente por no cumplir con los requisitos que se indican en el artículo 53 de los Estatutos de la empresa, el cual en su tenor literal, último párrafo, señala: *Las extraordinarias podrán reunirse en cualquier época del año, con el objeto de tratar asuntos imprevistos o de urgencia que no puedan postergarse hasta la siguiente asamblea general ordinaria y en ellas se tratará únicamente los asuntos para los cuales han sido convocadas y los que deriven estrictamente de estos.*

Que el día 16 de enero del año 2015, por concepto jurídico enviado al Consejo de Administración, Junta de Vigilancia y Revisoría Fiscal de la empresa Coomotorflorencia, se indicó que los motivos expuestos por algunos asociados no se encuentran enlistados dentro de los asuntos imprevistos o de urgencia manifiesta, y que pese a ello algunos de los integrantes de la Junta de Vigilancia siguieron adelante con la convocatoria.

Que el 19 del mismo mes y año la Junta de Vigilancia de manera irregular mediante el acuerdo N° 001 de 2015 por decisión de dos de sus integrantes, se convocó a Asamblea Extraordinaria, la cual se llevó a cabo el día 31 de enero de 2015.

Que el 20 de enero de 2015, el presidente de la Junta de Vigilancia, remitió al Consejo de Administración la comunicación JV-2015-145 mediante la cual pone en conocimiento el contenido del oficio JV-2015-144, que a su vez informa y solicita al señor Gerente de Coomotorflorencia Ltda., que se ordene a quien corresponda certificar los asociados hábiles y no hábiles con corte a 31 de diciembre de 2014, teniendo en cuenta lo señalado en los artículo 11 y 12 de los Estatutos de la cooperativa, lo que para el accionante desborda la competencia por cuanto la Junta de Vigilancia no es la competente para señalar las fechas de corte en las que los asociados son hábiles o inhábiles para participar de dichas asambleas extraordinarias, pues dicha competencia radica en función del Consejo de Administración, lo que desconoció los principios Cooperativos y el debido proceso establecido en el artículo 29 de la Constitución Política.

Que la junta de vigilancia ha debido dar estricto cumplimiento al procedimiento establecido en los estatutos, incluyendo la publicidad que deben de tener los actos de convocatoria a las asambleas extraordinarias.

Que la Junta de Vigilancia desconoció lo referente a los términos y requisitos para que los asociados de acuerdo a lo indicado en el

artículo 52 de los estatutos de Coomotorflorencia Ltda., -no tuvo en cuenta la habilidad o inhabilidad para participar de la asamblea, no realizó la publicación para quienes desearan ponerse a paz y salvo pudieran hacerse partícipes del acto-, tal y como lo señala los artículos 190, 186 y 897 del Código de Comercio, el artículo 27 de la ley 79 de 1988, y el artículo 27 del Decreto 1481 de 1989.

Que los actos mediante los cuales se realizó la convocatoria no fue dada a conocer a los asociados, prueba de ello se tuvo el oficio G-2015-446 de fecha 04 de febrero de 2015, en donde le indican que debe solicitar por escrito las actas, y que hasta tanto se reúna la junta de vigilancia se definirá o no la entrega de las mismas, también se le informa que, en los archivos de la empresa no reposa el acta de la junta de vigilancia, lo que genera el desconocimiento de los actos materializados previos para la asamblea extraordinaria antes referida.

Que la asamblea extraordinaria No. 061 del 31 de enero de 2015, fue convocada por el presidente de la junta de vigilancia, sin ser este competente para hacerlo, ya que no cuenta con esa facultad, sin que se hubiese cumplido con el artículo 57 numeral 8º de los estatutos de la asamblea y lo dispuesto en el artículo 186 del código de comercio.

Que en la mencionada asamblea, se sancionó con 12 meses de suspensión a Martha Cecilia Godoy Vanegas, Jairo Sánchez Morales, José Lizardo Llanos Pérez y Ricardo Tovar, sin tener la competencia para tal decisión, ni haberlo referido en el orden del

día, desconociendo el artículo 28 de la Ley 79 de 1988; refieren la participación del señor Boris Gaitán quien se encontraba inhábil y cumpliendo su periodo de sanción por parte del Consejo de Administración.

Que no hay claridad respecto al quórum reglamentario, toda vez, que se hace referencia a que 52 asambleístas levantaron la mano, pero no se determina con cuál fin, si para manifestar acuerdo o desacuerdo con la decisión de revocar el mandato de los consejeros y un integrante de la junta de vigilancia; acorde a la votación que se realizó en dicha asamblea, refieren la conformación del Consejo de Administración, indicando los principales, junta de vigilancia y sus principales y suplentes, al igual que los suplentes numéricos, dato que se logra corroborar con el certificado de existencia y representación legal emitido por la Cámara de comercio con inscripción N° 9268 del 14 de abril de 2014.

Que es abiertamente ilegal la designación de los nuevos integrantes del Consejo de Administración y Junta de Vigilancia, indicando separadamente las razones en que fundan sus atestaciones. (Folio 160 del cuaderno principal).

Que yendo en contra de la normativa establecida, los asambleístas designaron al señor Didier Conrado Henao Martínez como consejero, sin estar presente en la asamblea, para ocupar el cargo de un consejero principal, perteneciendo a una lista distinta de la que fue elegido en asamblea 057 del 29 de marzo de 2014.

Para el 29 de enero de 2015, parte de los integrantes del Consejo de Administración y de la Junta de Vigilancia, advirtieron sobre las irregularidades que se evidenciaban en la convocatoria, mediante escrito enviado a la secretaría de Coomotorflorencia Ltda., por lo que los convocantes tenían pleno conocimiento de las falencias originadas en la convocatoria.

Que se configura la nulidad del acta 061 de la Asamblea Extraordinaria, por las razones expuestas que denotan irregularidades sustanciales y procedimentales desde el mismo momento de la convocatoria, hasta las decisiones tomadas en desarrollo de la misma, como lo fueron realizar suspensiones de asociados sin tener la competencia para ello; designación de nuevo consejo de administración y junta de vigilancia con una convocatoria sin el lleno de los requisitos; decisiones tomadas sin el quórum reglamentario -artículo 197 del C.Cio-, al hacer designaciones de los suplementos numéricos que corresponden a listas diferentes por principales.

Que existe un evidente desconocimiento de los estatutos de la cooperativa, de la Ley 79 de 1988, y 454 de 1998, al igual que el artículo 29 Constitucional; vulneración al principio de buena fe, pues la convocatoria fue realizada sin el lleno de los requisitos.

Que el 09 de febrero de 2015, fueron interpuestos recursos de reposición y en subsidio el de apelación por parte de algunos asociados, en contra de la inscripción N° 9666 del libro 51 de fecha 06 de febrero de 2015, con respecto al acta 061 del 31 de enero de

esa anualidad, los cuales fueron admitidos en auto N° 002 de 2015, y decididos mediante Resolución N° 008 del 10 de marzo de 2015 que revocó la inscripción.

2. TRÁMITE DEL PROCESO

Admitida la demanda mediante auto del 10 de abril de 2015 y realizadas las notificaciones del caso, el vocero judicial de la demandada admitió los hechos 1º, 10º, 11º, 15º, 16º, y 25º, negó los hechos 2º al 6º, 19º, 21º y 23º, adujo como parcialmente cierto el hecho 12º y los demás que se deben probar. Se opuso a todas las pretensiones y formuló como excepción de fondo “la genérica” (Folios 175-184, C. No.1).

En auto del 10 de agosto de 2015 admitió como litisconsortes a los señores Félix Gabriel García Lizcano, Francisco Javier Cerquera Vásquez, Jairo Giraldo Beltrán, Cesar Méndez Rojas, Boris Gaita, Jesús Alberto Montoya Lozada, Joselín Peña Sánchez y Alfredo Castañeda Borrero, en calidad de socios activos de la cooperativa de motoristas de Florencia limitada “Coomotorflorencia Ltda.” (fl.127 C. No. 2). Contestaron la demanda manifestando que los hechos no eran ciertos, excepto 15º, 16º y 18º, en cuanto al hecho 25º dijeron ser parcialmente cierto.

Frente a las pretensiones 1º y 3º señalaron que no se podía anular algo que no nació a la vida jurídica, coadyuvaron la 4º y se opusieron a las demás; formularon como excepciones de mérito las que denominaron “Inexistencia del daño”, “Hechos impeditivos”,

“Ausencia de responsabilidad de la entidad demandada frente a las pretensiones indemnizatorias objeto de la presente acción ordinaria”, “Inexistencia de los elementos constitutivos de la responsabilidad endilgada a la demandada”, “El cumplimiento de un deber estatutario”, “Cobro de lo no debido”, “Falta del nexo causal”, Inexistencia de la obligación” e “Inexistencia del derecho de la parte demandante”.

De conformidad con los artículos 430 y 431 del C.P.C. decretó las pruebas pretendidas por las partes e intervinientes, fijando fecha para la diligencia de que trata el artículo 432 del Código de Procedimiento Civil -conciliación, saneamiento y fijación del litigio, práctica de pruebas, alegaciones y fallo-, por lo que, el 09 de marzo de 2016 se llevó a cabo la audiencia respectiva, donde agostadas las respectivas etapas, señaló fecha para proferir el respectivo fallo.

3. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Civil del Circuito de Florencia, Caquetá, profirió sentencia el 19 de mayo de 2016, mediante la cual declaró no probada la excepción de alegada por la demandada, por el contrario, declaró la nulidad absoluta de la sexagésima primera (61) asamblea general extraordinaria de asociados de la cooperativa de motoristas de Florencia -Coomotorflorencia Ltda.- celebrada el día 31 de enero de 2015, en consecuencia, la nulidad de todas las decisiones actos y elecciones realizadas en la misma; en conjunto ordenó la inscripción ante la Cámara de Comercio de esta ciudad,

la presente providencia; negó la pretensión relacionada con los perjuicios materiales y morales, y condenó en costas a la entidad demandada.

Arribó a la anterior determinación al considerar que, mediante la emisión del Acuerdo N° 001 de enero de 2015 la presidencia de la Junta de Vigilancia de la empresa demandada, convocó a la Sexagésima Primera (61) Asamblea Extraordinaria de Asociados, estableciendo como puntos considerativos la facultad que otorga el artículo 53 de los Estatutos, como también la supuesta inobservancia por parte del Consejo de Administración en atender la solicitud inicialmente elevada el 18 de diciembre del año 2014 por parte de 57 asociados, con el fin de llevar a cabo dicha Asamblea, con la que se pretendía revocar el mandato a miembros del Consejo referido y a su vez de la Junta de Vigilancia, con fundamento en la Ley 79 de 1988 art 30, 454 de 1998 y el respectivo estatuto interno en sus artículos 53, 56, 74 y 76.

Que existió un concepto jurídico que permitió colegir que lo expuesto por la Junta de Vigilancia para llevar a cabo la Asamblea discutida quedó sin fundamento alguno, pues se les indicó que, resultaba improcedencia la celebración de la Asamblea Extraordinaria, en primer lugar, no son causal de remoción de los miembros de la junta de vigilancia y Consejo de Administración a la luz del artículo 63 del Estatuto interno; y en segundo, los motivos generadores de una Asamblea de índole extraordinaria no se cumplen a cabalidad -artículo 53 del reglamento interno- que trae consigo, los dos aspectos por los cuales se puede convocar a

este tipo de asamblea, como lo es, el nacimiento de un asunto imprevisto, o una urgencia.

Sobre los asociados hábiles, señaló que, la competencia para la elaboración de la lista de asociados hábiles e inhábiles radica en función de la cartera Gerencial de la empresa, y no en la Junta de Vigilancia; y de otro, los puntos que se tuvieron en consideración para la emisión del Acuerdo N° 002 del 19 de enero de 2015, no se compadecen desde ningún punto de vista con la realidad fáctica ni jurídica, pues, de cierta manera existió una errónea interpretación del articulado estatutario en lo que se refiere a la presunta facultad de la Junta de Vigilancia para reglamentar la habilidad o no de los asociados artículo 52 del Estatuto.

Que la Ley 79 de 1988 en su artículo 27 tampoco otorga facultad alguna a la junta de vigilancia para expedir el reglamento de habilidad dirigido a los asociados, mostrando con ello, la incompetencia de la Junta de Vigilancia, carece de competencia. No obstante, excepcionalmente le puede ser atribuida a la junta de vigilancia, tal y como enuncia el artículo 56 del Estatuto, dicha facultad, pero para tal proceder debió darse algunas de las situaciones fácticas que allí se establecen, o en su defecto no contar con el concepto o pronunciamiento del consejo de administración, lo cual sí se dio, tal y como se expresó en renglones anteriores, por ende, queda por sentado que la convocatoria no podía ser efectuada por la junta de vigilancia, como tampoco la emisión de actos y determinaciones adoptadas en desarrollo de la asamblea extraordinaria.

En lo concerniente al quórum o asociados hábiles presentes en la asamblea extraordinaria de fecha 31 de enero de 2015, se logró evidenciar de la lectura efectuada al caudal probatorio aportado, que de los 124 asociados hábiles, 65 se hicieron presentes y contestaron a lista al inicio de la misma, circunstancia por la cual se continuó con la celebración de la misma y el respectivo orden del día. Que si bien si hubo quorum al momento de celebrarse la asamblea atacada, pero que ello no anula o elimina los yerros que allí se suscitaron, desde el mismo momento de su convocatoria y posterior realización.

Que incluso, al observar la lista de asociados que se hicieron presentes, causa extrañeza la presencia con voz y voto del señor Boris Gaita, quien se encontraba suspendido en sus derechos como asociado por el término de 12 meses, determinación adoptada en asamblea extraordinaria N° 150 del 24 de enero de 2015, entonces conforme al parágrafo único del artículo 52 estatutario, el señor Gaita se encontraba suspendido en sus derechos como asociado, permitiendo con ello, el desconocimiento de la normatividad estatutaria, tal y como se vislumbró en líneas anteriores, pues a todas luces se logra evidenciar que el señor Gaitán se encontraba inhábil para asistir a la asamblea plurimencionada -pues la habilidad se encuentra desarrollada en el artículo 52 del estatuto interno-.

Finalmente, la revocatoria del mandato y posterior suspensión por el término de 12 meses de un número plural de asociados, dentro de quienes se encuentran tres de los aquí demandantes, es claro

que si existió vicio desde el momento mismo de la convocatoria y posterior realización de la asamblea, no podrá bajo ninguna circunstancia otorgarse un valor legal y estatutario a las decisiones y demás actuaciones suscitadas, no solo por el hecho de haberse desconocido el procedimiento establecido para la celebración de la asamblea extraordinaria, sino también en virtud a que dichas sanciones a la postre no fue en un inicio objeto de convocatoria de la referida asamblea, decisión que se torna arbitraria. Razones que llevaron a decretar la nulidad solicitada, negando las demás pretensiones.

4. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primer grado, la entidad demandada y los demás intervenientes, oportunamente interpusieron recurso de apelación contra el fallo proferido, con el objeto de que se revoque y en su lugar, se profiriera sentencia negando las pretensiones de la demanda, esbozando como sustento de su inconformidad, como primer punto que existió por parte del estrado judicial, una mala interpretación del reglamento que tiene la empresa Coomotorflorencia Ltda.

Argumentó a su vez que, una asamblea extraordinaria, solamente se puede surtir siempre y cuando la asamblea ordinaria no se haya materializado o realizado, y resaltó y recalcó que existió una mala interpretación de la normatividad respectiva, además de que tampoco se hizo mención a los argumentos esbozados por los intervenientes y por la demandada, lo que extraña profundamente

ese desconocimiento de la argumentación por ellos presentada, además, consideró que de manera organizada, clara secuencial, informan que antes de esa esperada asamblea ordinaria sucedieron unos hechos que obligaron a la junta de vigilancia a llamar a una asamblea extraordinaria, de allí que se haya demostrado que la asamblea fue desarrollada bajo la norma respectiva.

5. CONSIDERACIONES

Se observa que en el caso *sub lite* concurren cabalmente los denominados presupuestos procesales, de tal suerte, que no aparece reproche por hacer desde este punto de vista, como tampoco en torno de la validez de lo actuado, en virtud de lo cual puede la Sala pronunciarse de fondo.

Las partes están legitimadas en la causa. Por activa, MARTHA CECILIA GODOY VANEGAS, JOSÉ LIZARDO LLANOS PEREZ, RICARDO TOVAR y JOSÉ WILLIAM LOSADA LOSADA, en su condición de asociados activos de la Cooperativa de Motoristas de Florencia Ltda., Coomotorflorencia Ltda., calidad que se acredita con el certificado expedido por la gerencia de la empresa demandada -fl. 36 C No. 1-.

También lo está por pasiva la mencionada sociedad, puesto que la decisión cuestionada fue tomada por un órgano de administración de la misma, como es la junta de asociados. Y como intervención adhesiva y litisconsorcial se admitió la injerencia de los señores Félix Gabriel García Lizcano, Francisco Javier Cerquera Vásquez,

Jairo Giraldo Beltrán, Cesar Méndez Rojas, Boris Gaita, Jesús Alberto Montoya Lozada, Joselín Peña Sánchez y Alfredo Castañeda, en calidad de socios activos de la cooperativa, con fundamento en el inciso 4º del artículo 52 del Código de Procedimiento Civil.

De acuerdo con los precisos límites que impone a este tribunal el artículo 328 del Código General del Proceso, corresponde a esta Sala establecer si debe revocarse el fallo estimatorio del Juzgado Primero Civil del Circuito de esta ciudad, según lo razonado por la parte demandada y la intervención adhesiva y litisconsorcial en su recurso, o si a contrario sensu, debe confirmarse la decisión proferida en primera instancia.

La ley 79 de 1988, por medio de la cual se actualiza la legislación Cooperativa, en su artículo 26 y subsiguientes, en concordancia con los artículos 51 a 53 de los Estatutos de Coomotorflorencia Ltda., regula lo concerniente a la administración y vigilancia de estas, la cual se encuentra a cargo de la asamblea general, consejo de administración y el gerente. Indicando igualmente que la asamblea general es el órgano máximo de administración de las cooperativas y sus decisiones son obligatorias para todos los asociados, siempre que se hayan adoptado de conformidad con las normas legales, reglamentarias o estatutarias. Esta asamblea la constituye la reunión de los asociados hábiles o de los delegados elegidos por éstos.

Son asociados hábiles, los inscritos en el registro social que no tengan suspendidos sus derechos y se encuentren al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones de acuerdo con los estatutos o reglamentos.

Las reuniones de asamblea general serán ordinarias y extraordinarias. Las ordinarias deberán celebrarse dentro de los tres (3) primeros meses del año calendario para el cumplimiento de sus funciones regulares, (...). Las extraordinarias podrán reunirse en cualquier época del año, con el objeto de tratar asuntos imprevistos o de urgencia que no puedan postergarse hasta la siguiente asamblea general ordinaria. Las asambleas generales extraordinarias sólo podrán tratar los asuntos para los cuales fueron convocados y los que se deriven estrictamente de éstos.

De acuerdo con la normatividad relacionada, y tratándose del caso que ocupa la atención de la Sala, relacionado con la impugnación del acta de Asamblea Extraordinaria de Asociados de Coomotorflorencia Ltda. No. 061, llevada a cabo el día 31 de enero de 2015, se tiene que esta podría realizarse en cualquier época del año siempre y cuando se trate de asuntos imprevistos o de urgencia, para ello pasa la Sala al verificar cual fue el procedimiento realizado por los solicitantes de la reunión extraordinaria y su asunto, y si realmente se cumple con los parámetros establecidos en la ley y en los estatutos para su convocatoria.

Rememórese entonces, que mediante oficio recibido el 18 de diciembre del año 2014 (folios 3 a 20 C. No. 1), un grupo de socios, apoyados en

lo establecido en el artículo 56 de los Estatutos, en donde se consigna que podrá convocar a asamblea general extraordinaria, la junta de vigilancia, el revisor fiscal o un quince (15%) porciento mínimo de los asociados hábiles, solicitándole este grupo, al Consejo de Administración y a la Junta de Vigilancia de la cooperativa, que se convocara a una asamblea extraordinaria, con fines de revocar el mandato a miembros del Consejo de Administración y Junta de Vigilancia.

La anterior solicitud la realizaron basados en una serie de irregularidades presentadas, primero en relación al contrato suscrito con la asesora jurídica la Dra. Merideni Triviño Artunduaga, el cual se había fijado como fecha de terminación el día 30 de mayo de 2014, y mediante reunión ordinaria plasmada en el acta No. 113 del 23 de mayo de 2014, por decisión que fue sometida a votación el Consejo de Administración resolvió que la asesora jurídica de la cooperativa siga siendo la doctora Merideni Triviño, situación que causó descontento en algunos asociados de la compañía, por cuanto el Consejo de Administración estaba incurriendo en una evidente falta al parágrafo 1º del artículo 60 de la ley 454 de 1998, en el que se prohíbe a los miembros del Consejo de Administración, la celebración de contratos de prestación de servicios o de asesoría con la entidad en los siguientes casos: “*Cónyuges, compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o de afinidad y primero civil de los miembros de la junta de vigilancia, del consejo de administración, del representante legal o del secretario general de una cooperativa, tampoco podrán celebrar contratos de prestación de servicios o asesoría con esa cooperativa*”. Esto para indicar, que el consejo no debió nombrar

nuevamente a la asesora jurídica, debido a que es la esposa del señor Ricardo Tovar, quien forma parte de la junta de vigilancia y claramente existió una incompatibilidad.

La solicitud igualmente señala, que existió insubordinación ante las directrices o decisiones dadas por la Asamblea, en reunión extraordinaria el 05 de julio de 2014, plasmada en el Acta No. 059 de 2014, y que se pusiera en conocimiento del Consejo Superior de la Judicatura, el actuar de la asesora jurídica, por cuanto se ha generado un detrimiento patrimonial a la empresa ya que deberá pagar una suma elevada de dinero por falta de actuación jurídica y oportuna de la abogada en un proceso de responsabilidad civil extracontractual, en el cual fue condenada la sociedad; sin que el consejo de administración le haya dado eventual cumplimiento a esta directriz.

Y como tercer punto se solicitó que se realizara la asamblea extraordinaria, por cuanto existe una infracción a las medidas establecidas en el acuerdo No 027 del 18 de septiembre de 2006 y violación al derecho de igualdad entre asociados, basado en que el Consejo de Administración de la Cooperativa expidió el acuerdo No. 006 de 2006, que estable entre otras cosas lo siguiente: “...PRIMERO: *establézcase una cuota para el FONDO PROCONSECUCIÓN DE RUTAS Y HORARIOS PARA EL GRUPO “C” para personas particulares que vinculen vehículos último modelo, en la suma de TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30.000.000)*SEGUNDO: *establézcase una cuota para el FONDO PROCONSECUCIÓN DE RUTAS Y HORARIOS PARA EL GRUPO “C” para asociados de la cooperativa que vinculen un vehículo último modelo la suma de VEINTICINCO MILLONES DE PESOS (\$25.000.000)*. Se

aduce igualmente por los peticionarios, que ante la regulación fijada para la venta de cupos de rutas y horarios de vehículos último modelo, los miembros del Consejo de Administración deben respetar lo establecido, pero en contra de ello el señor Jairo Sánchez Morales, quien es miembro de este Consejo de Administración, quebranta flagrantemente dicha disposición, ya que el 01 de abril de 2014, remite un oficio en el cual solicita le vendan o cedan un cupo tipo "C" para vincular un bus último modelo, en el cual propone que está dispuesto a cancelar la suma de \$15.000.000, solicitud que se pone en consideración y es aprobada por los consejeros Martha Cecilia Godoy Vanegas, José Lizardo Llanos Pérez, Jairo Anacona Muñoz y el consejero Jairo Sánchez Morales se abstiene de votar. Ante esta situación dicen los interesados en realizar la asamblea extraordinaria, que el Consejo de Administración está infringiendo el trato igualitario que se debe dar a todos los socios, al no acatar lo fijado por los parámetros por ellos mismos establecidos.

Ante la solicitud de convocatoria referenciada, se emitió concepto jurídico, dirigido al Consejo de Administración, Junta de Vigilancia y Revisoría Fiscal, impresión emitida por el doctor Luis Alejandro Echeverry Saldaña, visible a folio 21 C. No. 1, en el que manifiesta que: "no es procedente la solicitud de una asamblea general extraordinaria ya que los hechos que se manifiesta en su solicitud no son causales de remoción de miembros conforme al artículo 63 del Estatuto, debido a que no existe en comisión de faltas graves por parte de los integrantes de la Junta de Vigilancia y/o Consejo de Administración. Además de eso, el Estatuto define los dos únicos mecanismos que se pueden invocar para solicitar una asamblea general extraordinaria, que se

delimitan en Asuntos Imprevistos o Asuntos de Urgencia” y por ello aconseja esperar a la fecha de la siguiente asamblea general ordinaria para debatir los puntos de inconformidad.

De cara a esa precisa circunstancia, se torna pertinente señalar que, el inciso 4º del artículo 56 de los Estatutos, trae consigo la competencia para convocar a la asamblea general, el cual preceptúa: Si el Consejo de Administración no atendiere la solicitud de convocatoria a asamblea general extraordinaria pedida por la junta de vigilancia, el revisor fiscal o el quince (15%) por ciento de los asociados hábiles dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la petición, se procederá así: (...) y si la solicitud fue formulada por el quince (15%) por ciento de los asociados hábiles, la junta de vigilancia y/o el revisor fiscal, si comparten los argumentos de los peticionarios, podrán convocar la asamblea.

De esta manera, para su convocatoria se expidió el Acuerdo No. 001 de 2015 del 19 de enero de 2015, en el cual se resuelve citar a la asamblea extraordinaria de asociados de Coomotorflorencia Ltda. No. 061 para el día 31 de enero de 2015 a las 8:00 am, y propone como orden del día entre otros en su numeral 8º la revocatoria de mandato de los miembros del Consejo de Administración y de la Junta de Vigilancia, además de impartir otras reglas.

Puestas las cosas en el orden en que han quedado, para esta Corporación, no se dan los requisitos establecidos en el inciso cuarto del artículo 56, en consideración a que una vez elevada la solicitud de llevar a cabo la asamblea extraordinaria por parte del 15% de los

asociados, se emitió un concepto jurídico, el cual se reseñó anteriormente y que aconsejaba esperar a la asamblea general extraordinaria por cuanto el motivo principal que era la remoción del Consejo de Administración y de la Junta de Vigilancia no eran afines a un asunto imprevisto o de urgencia, por lo que, no se puede estar de acuerdo con lo alegado por los demandados y los intervenientes, toda vez, que el escenario para debatir la remoción de estos dirigentes de conformidad al numeral 4º del artículo 63 de los Estatutos de la Entidad, que indica que ante la ocurrencia de graves infracciones ocasionadas con motivo del ejercicio del cargo como miembro del Consejo de Administración, debían informarse de manera sustentada, es decir, con las pruebas que determinaran si efectivamente estos dirigentes estaban cometiendo las faltas que se les estaban endilgando por su proceder ante los acontecimientos que se vivían en la empresa. Por lo señalado precedentemente, existe un desconocimiento del artículo 53 de los estatutos internos de la Cooperativa, por cuanto, no se evidenció que las causas que originaron la convocatoria se ajusten a lo allí referido, pues no se logra demostrar la existencia de un asunto imprevisto o de urgencia, menos aun cuando se encontraba próxima la celebración de la Asamblea Ordinaria en el mes de marzo del año 2015.

En lo que atañe a los asociados hábiles, debe indicarse como bien lo dijo el a quo, y bajo los parámetros establecidos en el parágrafo del artículo 52 de los Estatutos, que son asociados hábiles, los inscritos en el registro social de la cooperativa que no tengan suspendidos sus derechos y que se encuentren al corriente en el cumplimento de sus obligaciones con la cooperativa al momento de la convocatoria,

para la celebración de la asamblea general y de conformidad con el reglamento que expida el Consejo de Administración; además la lista de los asociados que se encuentren hábiles e inhábiles será elaborada por la gerencia y la junta de vigilancia será la encargada de verificar estas listas; y como bien lo dijo el fallador de primera instancia, se presentó una errada interpretación del articulado estatutario en lo que se refiere a la presunta facultad de la Junta de Vigilancia para reglamentar la habilidad o no de los asociados, como mal se hizo expidiéndose el Acuerdo No. 002 del 19 de enero de 2015, y como se dijo anteriormente que lo que se asigna es una función de verificación. Quien debía reglamentar esa habilidad de los asociados debió ser el Consejo de Administración.

De esta manera, la convocatoria realizada no cumplió con los requisitos referentes al asociado hábil o inhábil, por cuanto fue expedido el acuerdo 002 del 19 de enero de 2015, sin que la Junta de Vigilancia tuviese competencia para emitir ese tipo de determinaciones; y al encontrar que no se da el lleno de los requisitos establecidos en el artículo 53 de los Estatutos, y de conformidad con la ley 79 de 1988, para la convocatoria de una reunión extraordinaria, todos las decisiones tomadas en esta reunión celebrada en contravención a las leyes y los Estatutos, son ineficaces y serán absolutamente nulas al tenor del artículo 190 del Código de Comercio, es decir, se torna totalmente ineficaz el haber realizado designaciones en esa asamblea al tenor del artículo 64 de los Estatutos, así como sancionar a asociados. En consecuencia, se confirmará el fallo proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Florencia y se

condenará en costas de esta instancia a la parte apelante, por haber fracasado su recurso.

Por lo anteriormente expuesto, la **SALA CIVIL FAMILIA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE FLORENCIA, CAQUETÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR íntegramente, la decisión del 19 de mayo de 2016, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Florencia, Caquetá, dentro del presente proceso; lo anterior por lo anotado en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia a la parte demandada y a los intervenientes adhesivos litisconsorciales y a favor de la parte demandante.

TERCERO: Una vez en firme esta decisión **DISPONER** por la Secretaría del Tribunal, la devolución del expediente al juzgado de origen para lo de su competencia.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.

GILBERTO GALVIS AVE
Magistrado

MARÍA CLAUDIA ISAZA RIVERA

Magistrada

DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO¹

Magistrada

¹ Verbal Actas de Asamblea – Rad. 2015-00215-01. Firmada electrónicamente por los H. Magistrados.

Firmado Por:

Gilberto Galvis Ave
Magistrado
Despacho 003 Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Florencia - Caqueta

Maria Claudia Isaza Rivera
Magistrada
Despacho 002 Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Florencia - Caqueta

Diela Hortencia Luz Mari Ortega Castro
Magistrada
Sala 001 Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Florencia - Caqueta

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **a934d2b60cb6d397abdb520b38b1de3c86000d7a48778383c424fd529a628f0f**
Documento generado en 22/09/2023 11:00:14 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Proceso: *Verbal-Simulación.*
Demandante: *Luis Eduardo Castaño Checa*
Demandado: *Carmenza Barreiro*
Radicado: *18001-31-03-001-2019-00193-00*
Apelación Sentencia Anticipada de 05 de agosto de 2020
Discutido y Aprobado en Acta No. 068.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE FLORENCIA
SALA CIVIL-FAMILIA-LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE:
GILBERTO GALVIS AVE**

Florencia -Caquetá-, veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintitrés
(2023).

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el fallo proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Florencia, Caquetá, el cinco (05) de agosto de dos mil veinte (2020), dentro del proceso verbal de simulación, promovido por Luis Eduardo Castaño Checa contra Carmenza Barreiro.

1. ANTECEDENTES:

1.1 La demanda.

a.- Que Luis Eduardo Castaño es hijo de una relación extramatrimonial entre Quiterio Castaño Cárdenas (q.e.p.d.) y Maribel Checa.

b.- Que Quiterio Castaño Cárdenas (q.e.p.d.) y María Hurtado de Castaño fueron esposos y tuvieron un hijo llamado Oscar Eduardo Castaño Hurtado, quien es el compañero permanente de Carmenza Barreiro, es decir, el vendedor era el suegro de la compradora.

c.- Que Carmenza Barreiro y Quiterio Castaño Cárdenas (q.e.p.d.) realizaron simulaciones de compraventa de tres bienes inmuebles de propiedad de Quiterio Castaño Cárdenas (q.e.p.d.), los bienes inmuebles fueron vendidos a precios muy bajos -*irrisorios menos de la mitad de su valor real*- para la época de las supuestas ventas -*inmuebles identificados con matrícula inmobiliaria No. 420-46097 en Florencia Caquetá, Escritura Pública No. 4286 ante la Notaría Primera de Florencia; matrícula inmobiliaria No. 420-62121, Vereda El Chamón, Municipio de Florencia, Caquetá, escritura Pública No. 1787 del 23 de junio de 2010, y el identificado con la matrícula inmobiliaria No. 420-49813, ubicado en la Carrera 11 vía al aeropuerto, contiguo al SENA de Florencia, Caquetá, escritura Pública No. 0435 del 05 de marzo de 2013-*.

d.- Que la venta simulada se realizó con el fin que la señora Carmenza Barreiro demostrara capacidad de endeudamiento y pudiese efectuar un crédito hipotecario con el BBVA.

e.- Que las ventas carecen de negociación o acto jurídico previo; simplemente se formalizaron como escrituras de compraventa ficticias.

f.- Que Carmenza Barreiro carecía de capacidad financiera para adquirir los bienes mencionados, además los supuestos precios acordados nunca fueron pagados, y las escrituras registran falsos pagos en efectivo sin evidencia de tales transacciones.

- g.- Que a pesar de las simulaciones, Quiterio Castaño Cárdenas (q.e.p.d.) siempre mantuvo posesión, autoridad y propiedad sobre los bienes hasta su fallecimiento, nunca tuvo la intención genuina de vender los bienes.
- h.- Que las ventas ficticias fueron concebidas por Oscar Eduardo Castaño Hurtado, hijo matrimonial de Quiterio Castaño Cárdenas (q.e.p.d.) para defraudar los derechos sucesoriales del demandante.

1.2 Las pretensiones

Solicitó se declare la simulación absoluta del contrato de compraventa contenido en las escrituras públicas Nos. 4286 del 24 de diciembre de 2009, la No. 1787 del 23 de junio de 2010; y la No. 0435 del 05 de marzo de 2013. Y como consecuencia, se ordene la cancelación de las anotaciones 008 y 009 en las respectivas matrículas inmobiliarias.

Que se condene a Carmenza Barreiro a restituir los bienes inmuebles a la sucesión intestada de Quiterio Castaño Cárdenas, junto con el pago de los frutos civiles a partir del 13 de febrero del 2017. Subsidiariamente solicitó la nulidad absoluta de las escrituras enunciadas debido a la ausencia de consentimiento, causa y pago.

2. TRÁMITE PROCESAL:

Una vez contestado el libelo introductorio, se fijó fecha para la diligencia de que trata el artículo 372 del C.G.P. -05/08/2020-; no obstante, consideró el juez a quo que era viable proferir sentencia anticipa como efectivamente aconteció.

3. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Primero Civil del Circuito de Florencia, Caquetá, mediante sentencia del 05 de agosto de 2020 resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR oficiosamente probada la excepción de CARENCIA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA del accionante LUIS EDUARDO CASTAÑO CHECA en el presente proceso y por ende declarar su terminación.

"SEGUNDO: CONDENAR en costas, gastos y perjuicios a la parte demandante. En consecuencia, se fijan como agencias en derecho la suma de DOCE MILLONES DE PESOS (\$12.000.000) Mcte.

"TERCERO: Una vez en firme la presente decisión, archívese." (sic).

El sentenciador arribó a la anterior determinación, luego de analizar el material probatorio y de considerar que, para que el demandante Luis Eduardo Castaño Checa pudiera accionar a nombre de la sucesión de Quiterio Castaño Cárdenas, se necesitaba que demostrara el interés jurídico que le asistía para poder formular tales pretensiones, conforme lo indica el artículo 84-2 del C.G. del P., esto es, que la sucesión del señor Quiterio Castaño Cárdenas fue abierta y que en ella se le reconoció interés jurídico para intervenir conforme al inciso segundo del artículo 85 ibídem, solo así podría demostrar la legitimación en la causa por activa; por lo tanto, como dicho documento no fue aportado, declaró de oficio la falta de legitimación en la causa por activa, dado que, el demandante no tiene el derecho legal para representar una sucesión cuya existencia y posición como heredero no se ha probado.

4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN:

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante apeló la decisión adoptada, fincando su reproche en que el señor juez hizo una interpretación restrictiva y violatoria del ordenamiento jurídico al no reconocerse la legitimación en la causa al demandante, porque en la presente demanda si se analizan los elementos de prueba que fueron aportados, allí se encuentra el registro civil de nacimiento de Luis Eduardo castaño Checa y con ese documento se demuestra que Quiterio Castaño es su padre, además la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia indica que, quien demanda en calidad de heredero la simulación así sea en nombre propio o en nombre de la sucesión, le corresponde demostrar únicamente la calidad de heredero, que tiene vocación para acudir a demandar la simulación de actos que no existieron o que adolecen de algún vicio, tal y como acontece en el presente asunto.

4.1 ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA:

Mediante proveído del 17 de agosto de 2023, se corrió traslado a las partes, acto en el que sólo el recurrente hizo uso de dicha prerrogativa.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Efectuado el control de legalidad que ordena realizar el artículo 132 del C. G. del P., al no observarse vicio o irregularidad alguna que pueda invalidar lo actuado, se procede a proferir la sentencia que en derecho corresponda, dentro de este proceso verbal de simulación seguido por Luis Eduardo Castaño Checa contra Carmenza Barreiro, en virtud del recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia

anticuada proferida el 05 de agosto de 2020, donde se declaró la falta de legitimación en la causa por activa, y se dispuso el archivo del proceso.

En ese orden, se atenderán única y exclusivamente los reparos formulados, y a los que esta Sala se ceñirá al tenor de lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso, por no serle dable conforme a esta norma, abordar temáticas ajenas a los reparos hechos, ya que la misma textualmente establece que “*El Juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante,*”, obviamente, como más adelante lo dice, “*sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.*”.

En tal sentido, observa la Sala, que la parte apelante reclama que se revoque el fallo aludido y que se continúe con el trámite del proceso, por cuanto estima, que el juez a quo se equivocó al declarar la falta de legitimación en la causa por activa, ya que en esta clase de asuntos tan sólo se debe demostrar la calidad de heredero para reclamar la simulación de ciertos actos o contratos con miras a que los bienes conformen la masa sucesoral del causante, lo cual quedó acreditado con el registro civil correspondiente.

Con miras a resolver la inquietud que fue planteada a través del recurso de apelación, resulta de cardinal importancia, prima facie, hacer énfasis sobre los presupuestos que exige la ley procesal civil para que pueda emitirse una sentencia anticipada con las connotaciones que apareja la declaratoria de la falta de legitimación en la causa, especialmente, para quien pretende la simulación contractual en beneficio de una sucesión.

Nuestra legislación procesal consagró la llamada sentencia anticipada y en el art. 278 del C.G. del P., estableció que ha de procederse de tal manera, cuando se satisfaga cualquiera de los siguientes requisitos:

“...1. Cuando las partes o sus apoderados de común acuerdo lo soliciten, sea por iniciativa propia o por sugerencia del juez. 2. Cuando no hubiere pruebas por practicar. 3. Cuando se encuentre probada la cosa juzgada, la transacción, la caducidad, la prescripción extintiva y la carencia de legitimación en la causa”. (Subraya la Sala).

Ahora bien, observa la Sala, que el señor juez de primera instancia al momento de proferir la sentencia anticipada que en esta sede se cuestiona, apreció que el demandante no se encontraba legitimado para deprecar la simulación frente a los actos de compraventa que fueron descritos en el acápite de pretensiones, porque no había acreditado la existencia del trámite sucesoral de su extinto progenitor y del reconocimiento de su condición de heredero del señor Quiterio Castaño Cárdenas.

Para resolver la apelación, resulta de suma importancia efectuar, primeramente, la diferenciación que existe entre la capacidad para ser parte, y, la legitimación en la causa, pues del entendimiento de tales conceptos se podrá establecer si efectivamente el demandante tiene o no legitimación en la causa para demandar los actos y contratos presuntamente simulados por su fallecido padre. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia, que la capacidad para ser parte, “...está ligada a la capacidad jurídica, o sea, la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, supeditada a la necesaria existencia, que permite intervenir en el juicio como convocante o convocado y, que de acuerdo con el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, se reconoce a las personas naturales y jurídicas...”; y que

la legitimación en la causa, “...hace referencia a la necesidad de que entre la persona que convoca o es convocada al pleito y el derecho invocado exista un vínculo que legitime esa intervención, de suerte que el veredicto que se adopte les resulte vinculante. Ha sido insistente esta Corporación al calificarlo como un presupuesto de la acción, cuya ausencia impide aproximarse al fondo de la contienda, trayendo aparejado la desestimación de lo pedido...”

Para definir el punto, la Corte Suprema de Justicia sostuvo lo siguiente:

Ahora, si el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil establece que toda persona natural o jurídica puede ser parte de un proceso, síguese de lo dicho que al carecer la sucesión de tal personalidad, si alguien demanda, o es demandado, en calidad de heredero, para actuar en favor de la herencia o responder por sus cargas, el presupuesto procesal para ser parte sólo quedaría satisfecho cuando se aduce la prueba de la calidad de heredero de quien a ese título acude al proceso en cualquiera de los extremos de la relación.

“Siguiendo la tesis sobre que la sucesión no es sujeto de derechos y de obligaciones, la Corte en la sentencia citada¹ reiteró la doctrina elaborada desde el fallo de 21 de junio de 1959, según la cual las cuestiones atinentes a la demostración de la calidad de heredero de quien actúa como tal “pertenecen al campo procesal y no al sustancial, vale decir, corresponde...a uno de los presupuestos del proceso, y no a una de las condiciones de la acción civil, como se había venido sosteniendo”. De lo cual infirió para entonces “que la ausencia de prueba sobre el carácter de heredero implica sentencia inhibitoria con consecuencias de cosa juzgada formal y no de sentencia de mérito, con consecuencias de cosa juzgada material”» (CSJ SC de 1º de abr.2002 Exp. No. 6111).

¹ Sentencia del 20 de marzo de 1992

Lo anterior está indicando que los reparos que se enfilaron contra la sentencia de primera instancia están llamados a prosperar, comoquiera que, la ausencia de prueba de la calidad de heredero, cuando se solicita para la sucesión o ésta es convocada en un juicio, genera la ausencia del presupuesto de capacidad para ser parte y no la falta de legitimación en la causa, como lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 09 de junio de 2021 con ponencia del Dr. Francisco Ternera Barrios, y que ante la ausencia de dicha prueba no puede emitirse sentencia de mérito, tornándose indispensable el recaudo del medio demostrativo mediante el uso de las facultades oficiosas que autorizan los artículos 169 y 170 del C. G. del P.

No obstante lo anterior, y tratándose de procesos de simulación, si bien es factible la existencia de medios persuasivos que permiten demostrar la condición de heredero, como lo expuso el juez a quo, no quiere decir que ese sea el único medio demostrativo -apertura del sucesorio y el reconocimiento de heredero-, dado que es también posible que en un proceso de este linaje se susciten nuevas condiciones fácticas que conllevan a que se acremente tal calidad por cualquier otro documento, incluso con el registro civil de nacimiento y el registro civil de defunción, pues como se dijo, una cosa es la capacidad para ser parte, y otra la legitimación en la causa para demandar.

A partir de estas premisas la Corte Suprema de Justicia², sostuvo que:
“...Dado que la exigencia probatoria del estado civil es diferente a la de heredero, la acreditación de esta última se satisface no solo con elementos demostrativos que

² Sala Casación Civil SC 837-2019 de fecha 19/03/2019, M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque, reiterada en la Sentencia Casación Civil 09/06/2021, M.P. Francisco Ternera Barrios SC2215-2021-2012-00276-02.

prueben el estado civil, sino con otros medios admitidos por la jurisprudencia, entre los que se encuentran el reconocimiento en el juicio sucesorio, el trabajo de partición o la sentencia aprobatoria de aquella.

“Sobre el particular, en CSJ SC 22 abr. de 2002, rad, 6636, se indicó, En efecto, es claro que la calidad de heredero -que no se puede confundir con el estado civil de la persona, se puede acreditar con “copia, debidamente registrada, del testamento correspondiente si su vocación es testamentaria, o bien con copia de las respectivas actas del estado civil o eclesiásticas, según el caso”, lo mismo que con “copia del auto en que se haya hecho tal reconocimiento dentro del juicio de sucesión respectivo” (se subraya; CXXXVI, págs. 178 y 179), lo que encuentra fundamento en “la potísima razón de que para que el juez hiciera ese pronunciamiento, previamente debía obrar en autos la copia del testamento o de las actas del estado civil respectivas y aparecer que el asignatario ha aceptado” (CLII, pág. 343. Cfme: XXXIII, pág. 207; LXXI, págs. 102 y 104; LXVIII, pág. 79 y CXVII, pág. 151).

“Y en SC 15 mar. 2001, rad. 6370, la Corte acotó que la susodicha calidad «se demuestra con el registro civil que acredite la respectiva condición respecto del causante, o con la copia del auto de declaratoria de herederos dictado en el correspondiente proceso de sucesión, o con el trabajo de partición y la sentencia aprobatoria de partición».” Subraya la Sala.

También tiene establecido que: *“Esta sencilla aplicación de la regla contenida en el artículo 1155 en concordancia con los artículos 1008 y 1011 del Código Civil, conducen a tener por legitimados y con interés actual serio y legítimo a los actores. Recuérdese que la Corte en constante jurisprudencia de la cual es excepción la que trae la censura, ha dicho que de la acción de simulación "son titulares no sólo las*

partes que intervinieron o participaron en el concilio simulatorio y, en su caso, sus herederos, sino, también, los terceros, cabalmente, cuando el acto fingido les acarrea un perjuicio cierto y actual. 'Puede afirmarse, ha dicho la Corte, que todo aquel que tenga un interés jurídico, protegido por la ley, en que prevalezca el acto oculto sobre lo declarado por las partes en el acto ostensible, está habilitado para demandar la declaración de simulación. Ese interés puede existir lo mismo en las partes que en los terceros extraños al acto, de donde se sigue que tanto aquéllas como éstos están capacitados para ejercitar la acción...Mas para que en el actor surja el interés que lo habilite para demandar la simulación, es necesario que sea actualmente titular de un derecho cuyo ejercicio se halle impedido o perturbado por el acto ostensible, y que la conservación de ese acto le cause un perjuicio' (G. J. CXIX, pág. 149), esto es, un menoscabo tangible de sus derechos". (Sentencia de Casación Civil del 30 de octubre de 1998)"³

De acuerdo con la jurisprudencia trasuntada, es ostensible el error en que incurrió el sentenciador de primer grado al declarar la falta de legitimación en la causa por activa, pues a no dudarlo, al demandante le surge un interés que lo legitima para incoar la acción simulatoria, porque, fallecido su progenitor son los herederos de éste los llamados a reemplazar los derechos y obligaciones del causante, más cuando tales derechos son de naturaleza patrimonial, los cuales son transmisibles en virtud de la causa mortuoria; y, porque, de los documentos aportados con la demanda, se evidencia que la parte actora anexó el registro civil de nacimiento, donde se da fe pública que el señor Quiterio Castaño Cárdenas (q.e.p.d.) es el progenitor del señor Luis Eduardo Castaño Checa⁴; igualmente se aportó el registro civil de defunción del citado

³ Sala Casación Civil expediente No. 6692 M.P. Jorge Santos Ballesteros 19/06/2001.

⁴ Ver página 25 del documento 01-cuaderno principal 2019-193 visible en la carpeta denominada cuaderno principal 2019-193 del enlace remitido por la primera instancia-.

causante⁵, circunstancia que olvidó analizar el a quo, lo cual modifica tajantemente la decisión que deba adoptarse en el asunto sub-judice, al tener que realizarse un nuevo estudio conforme a este elemento de prueba.

Por consiguiente, el recurso de apelación sale avante y la decisión de primera instancia deberá ser revocada, ordenándose consecuencialmente que se continúe con el trámite del proceso que fuera terminado por la recurrida sentencia anticipada. Igualmente, se dispondrá la no condena en costas procesales ante el perentorio mandato del artículo 365-8 del C. G. del P.

En consonancia con lo expuesto, LA SALA CIVIL FAMILIA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE FLORENCIA -CAQUETÁ-, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Florencia, Caquetá, el cinco (05) de agosto de dos mil veinte (2020), dentro del proceso declarativo promovido por Luis Eduardo Castaño Checa contra Carmenza Barreiro, acorde con la anterior motivación. Disponiendo que el Juzgado de primera instancia, prosiga con el trámite procesal correspondiente.

⁵ Página 27 del documento 01-cuaderno principal 2019-193 visible en la carpeta denominada cuaderno principal 2019-193 del enlace remitido por la primera instancia.

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

Tercero: Esta decisión se notifica a las partes en estados. Art. 295 del C. G. del P.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

GILBERTO GALVIS AVE
Magistrado

MARÍA CLAUDIA ISAZA RIVERA
Magistrada

DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO⁶
Magistrada

⁶ Civil – Declarativo. Rad. 2019-00193-01. Firmado electrónica en la plataforma dispuesta por la Rama Judicial.

Firmado Por:

Gilberto Galvis Ave
Magistrado
Despacho 003 Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Florencia - Caqueta

Maria Claudia Isaza Rivera
Magistrada
Despacho 002 Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Florencia - Caqueta

Dielia Hortencia Luz Mari Ortega Castro
Magistrada
Sala 001 Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Florencia - Caqueta

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **c12736dd7f696a87ab566c47aa955bc3fd9d36bd1f1eaf3e4fbf3217fcdb5923**

Documento generado en 22/09/2023 11:00:21 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Proceso: Responsabilidad Civil Médica
Demandante: María Ofir Piracoa García en nombre propio y en representación de su hijo Miguel Ángel Caro Piracoa; Doralice, Adonaldo, Licimaco, Eduardo, Bellanid, Edith Y Afranio Piracoa García, Cindy Katerine Caro Piracoa; Crisly Johana Caro Piracoa en nombre propio y en representación de sus hijos Paula Alejandra y Eiver Julián Artunduaga Caro; Eliana Marcela Caro Piracoa en nombre propio y en representación de su hijo Jhoni Alejandro Calderón Caro; y María Elvia García de Piracoa.
Demandado: Clínica Medilaser S.A. y la llamada en garantía Allianz Seguros S.A.
Radicado: 18001-31-03-002-2011-00274-01
Discutido y Aprobado mediante Acta No. 069.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
FLORENCIA
SALA CIVIL-FAMILIA-LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE:
GILBERTO GALVIS AVE**

Florencia -Caquetá-, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Florencia, Caquetá, el 09 de septiembre de 2015, dentro del este proceso de responsabilidad médica promovido por María Ofir Piracoa García en nombre propio y en representación de su hijo Miguel Ángel Caro Piracoa; Doralice, Adonaldo, Licimaco, Eduardo, Bellanid, Edith Y Afranio Piracoa

Proceso: Responsabilidad Civil Médica

Demandante: María Ofir Piracoa García y Otros

Demandado: Clínica Medilaser sedes Florencia y Neiva.

García, Cindy Katerine Caro Piracoa; Crisly Johana Caro Piracoa en nombre propio y en representación de sus hijos Paula Alejandra y Eiver Julián Artunduaga Caro; Eliana Marcela Caro Piracoa en nombre propio y en representación de su hijo Jhonni Alejandro Calderón Caro; y María Elvia Garcia de Piracoa en contra de la Clínica Medilaser S.A. y la llamada en garantía Allianz Seguros S.A.

1. ANTECEDENTES:

1.1 La demanda

Que la señora MARÍA OFIR PIRACOA GARCÍA el día 17 de mayo de 2008, fue víctima de un accidente de tránsito al ser atropellada por una motocicleta, suceso que le causó fractura de radio y cúbito en su antebrazo izquierdo, razón por la cual, fue llevada a la CLÍNICA MEDILASER donde fue intervenida quirúrgicamente el 18 de mayo de 2008, por el médico Ernesto Córdoba especialista en traumatología y ortopedia, quien le practicó dos procedimientos; lavado quirúrgico, desbridamiento y reducción abierta y osteosíntesis de radio y cúbito, pero que no fue posible realizar el cierre de la herida debido al aumento de tejidos.

Que el 22 de mayo de 2008, el médico cirujano plástico Alexander Bonilla le practicó una Zetoplastia con el fin de cerrar la herida, pero que el 31 de ese mismo mes y año, ante la presencia de mucho dolor ingresó por urgencias al Hospital María Inmaculada, donde le diagnosticaron infección de herida quirúrgica por lo cual debió permanecer en dicho hospital hasta el 4 de junio de 2008, continuando

Proceso: Responsabilidad Civil Médica

Demandante: María Ofir Piracoa García y Otros

Demandado: Clínica Medilaser sedes Florencia y Neiva.

con dolor y presencia de secreciones purulentas y fetidez de la herida quirúrgica, ingresó por urgencias de la Clínica Medilaser el 9 de junio de 2008, donde el Médico Renato Castaño le diagnosticó herida sobreinfectada para lo cual se ordenó curación y valoración por cirugía plástica.

Que del grave proceso infeccioso de la herida quirúrgica, continuó con mucho dolor en su antebrazo y muñeca izquierda y presentó una considerable limitación funcional para la flexo-extensión de la mano izquierda, además de deformidad de la muñeca, cuadro clínico que requirió tratamiento continuo de la especialidad de ortopedia y fisioterapia de la Clínica Medilaser, las cuales no ofrecieron ninguna mejoría.

Que el 22 de enero de 2009 fue intervenida en la Clínica Medilaser con sede en Neiva por el ortopedista Néstor Perdomo quien le realizó el retiro de material de osteosíntesis de cúbito y radio, y pese a estos 2 procedimientos la paciente no mostró rehabilitación, ya que presentó fracturas y le sobrevino seudoartrosis, evidenciando su fracaso por no lograr consolidación ósea.

Que a la señora María Ofir Piracoa le realizaron 6 procedimientos quirúrgicos, siendo realizada la última el 5 de febrero de 2010 por parte del ortopedista Didier Arenas, consistente en osteosíntesis de radio, toma de injerto de cresta iliaca y colocación de injerto óseo radio, pero que aquellas fueron fallidas para la rehabilitación de su fractura y por ello, le sobrevino una seudoartrosis y le generó una gran deformidad física en su antebrazo izquierdo.

Proceso: Responsabilidad Civil Médica

Demandante: María Ofir Piracoa García y Otros

Demandado: Clínica Medilaser sedes Florencia y Neiva.

Que en virtud de los resultados obtenidos se exigió a la EPS-S ASMET SALUD, remisión a Bogotá para que le practicaran nuevamente el procedimiento en su antebrazo izquierdo en una IPS que contara con mejores especialistas.

Que las intervenciones quirúrgicas fueron desastrosas al punto de dejar un cuerpo extraño intraóseo a la paciente, que posiblemente puede corresponder a una broca, evidenciando el completo descuido en el procedimiento quirúrgico, razón por la cual, el 11 de octubre de 2010 fue valorada en la ciudad de Cali por el especialista Carlos Hernán Méndez Daza, cuyo diagnóstico fue de no unión de radio izquierdo, quien manifestó que dadas las 4 cirugías previas, era probable además de la cirugía, el uso de fijadores externos y la práctica de otras intervenciones quirúrgicas.

Que el 16 de octubre de 2010 fue intervenida en Cali, y que los médicos le manifestaron que, por el mal estado encontrado en la fractura, era posible que el procedimiento no mostrara los resultados esperados de consolidación ósea, y en ese evento sería necesaria la práctica de nuevas intervenciones quirúrgicas; además, que no había sido posible la extracción del cuerpo extraño que se evidenciaba en el interior del hueso.

Que como consecuencia de las fallidas y desastrosas intervenciones quirúrgicas realizadas en la CLÍNICA MEDILASER se le causó deformidad física en su brazo, con múltiples cicatrices y con la pérdida de funcionalidad de la mano izquierda, lo que le representó enorme disminución de su capacidad laboral dado que trabajaba como estilista

Proceso: Responsabilidad Civil Médica

Demandante: María Ofir Piracoa García y Otros

Demandado: Clínica Medilaser sedes Florencia y Neiva.

y el estado en que quedó su brazo izquierdo, le impide asir las tijeras, peines y secadores, entre otros; además que le han causado profundo dolor, depresión, congoja y disminución en su calidad de vida.

Que la demandante procreó a los hijos Crisly Johana, Cindy Katerine, Eliana Marcela y Miguel Ángel Caro Piracoa.

1.2 Las Pretensiones

Solicitan se declare civil y extracontractualmente responsables a la CLÍNICA MEDILASER, Sucursales Florencia y Neiva, de los perjuicios causados a las demandantes como consecuencia de la grave incapacidad laboral y deformidad física sufrida por MARÍA OFIR PIRACOA GARCÍA, por cuenta de la grave culpa médica generada por las pésimas intervenciones quirúrgicas que le fueron practicadas en su antebrazo izquierdo por parte del personal médico de dicha entidad, y como consecuencia, se condene a pagar por concepto de perjuicios morales la suma de 100 SMLMV para María Ofir Piracoa García, la cuantía de 60 SMLMV para cada uno de sus hijos y para su progenitora, la totalidad de 30 SMLMV para cada uno de sus nietos y sus hermanos; por concepto de daños a la vida de relación la suma de 200 SMLMV para la señora Piracoa García -afectada directamente-, y la suma de \$40.894.045 a favor de María Ofir Piracoa García por perjuicios materiales -lucro cesante-.

2. TRÁMITE PROCESAL:

2.1 Actuaciones procesales relevantes:

Proceso: Responsabilidad Civil Médica

Demandante: María Ofir Piracoa García y Otros

Demandado: Clínica Medilaser sedes Florencia y Neiva.

2.1.1 El día 11 de julio de 2011 la demanda fue repartida al Juzgado Segundo Civil del Circuito, siendo rechazada por falta de competencia y enviada a los juzgados laborales a efectos de que fuera sometida a reparto, correspondiéndole al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Florencia, quien propuso conflicto de competencia negativo, el cual fue dirimido por parte de esta Corporación, asignándole la competencia al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Florencia, quien una vez subsanada la demanda, la admitió a trámite mediante auto del 10 de septiembre de 2013, ordenándose la notificación a las demandadas.

2.1.2 Una vez surtida la notificación, la CLÍNICA MEDILASER S.A., contestó la demanda el 27 de marzo de 2014 (fls. 338- 365 del cdno uno ppal), en la cual negó los hechos 9, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 20, 22, y 27 al 33, acepto como ciertos el 1, 3, 4 al 6, 8, 10, 15, 19, 21, 24 al 26, 34 y 35, los demás dijo no constarle, se opuso a todas las pretensiones de la demanda, formulando como excepciones de fondo las denominadas i) inexistencia de hecho dañoso atribuible a título de culpa a la CLÍNICA MEDILASER S.A. sucursal Florencia y Neiva, ii) Daño (limitación funcional y deformidad) imputables a patologías que afectaron la paciente, iii) Múltiples fracturas sobre la misma zona ósea atribuibles a la ausencia de autocuidado de la paciente, y la iv) genérica; además llamó en garantía a la compañía aseguradora Colseguros (hoy Allianz Seguros S.A.).

2.1.3 La llamada en garantía contestó el llamamiento el 29 de julio de 2014, y frente a los hechos de la demanda expuso que no le constaban y se adhirió a las excepciones formuladas por la Clínica demandada y

Proceso: Responsabilidad Civil Médica

Demandante: María Ofir Piracoa García y Otros

Demandado: Clínica Medilaser sedes Florencia y Neiva.

propuso asimismo como excepciones de fondo: i)- inexistencia de nexo causal y ii)- La genérica; frente al llamamiento en garantía aceptó los hechos 1 y 2, los demás expuso no ser un hecho, propuso como excepciones: i)- Prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, ii)- Determinación del siniestro en forma clara y expresa, iii)- Exclusión de los perjuicios morales de los demandantes, iv)- Exclusión del lucro cesante, v)- Inexistencia de la obligación en caso de presentarse uno o más de los hechos expresamente excluidos, vi)- Límite del valor asegurado y reducción por agotamiento del mismo e improcedencia de condena directa en contra de mi poderdante, vii)- Deducible y viii)- La genérica.

2.1.4 El 15 de octubre de 2014 se realizó el decreto de pruebas, y luego de los respectivos aplazamientos a la diligencia consagrada en el art. 432 del C.P.C., finalmente el 10 de septiembre de 2015, se llevó a cabo la audiencia de que trata el artículo antes citado, agotando cada una de las etapas procesales conciliación, saneamiento del proceso, fijación del litigio, práctica de pruebas, alegatos de conclusión, y una vez se culminó con las alegaciones, se profirió el fallo de instancia correspondiente.

3. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Florencia, Caquetá, mediante providencia resolvió lo siguiente:

Proceso: Responsabilidad Civil Médica

Demandante: María Ofir Piracoa García y Otros

Demandado: Clínica Medilaser sedes Florencia y Neiva.

“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de fondo denominadas *inexistencia de hecho dañoso atribuible a título de culpa a la CLÍNICA MEDILASER S.A. SUCURSAL FLORENCIA y NEIVA, daño limitación funcional y deformidad imputable a patologías que afectaron a la paciente, múltiples fracturas sobre la misma zona ósea atribuible a la ausencia de autocuidado de la paciente y negar la declaratoria de una excepción genérica propuesta por la CLÍNICA MEDILASER S.A.*

“SEGUNDO: DECLARAR que la demandada CLÍNICAS MEDILASER SECCIONAL FLORENCIA y NEIVA, son civilmente responsables del perjuicio causado a MARIA OFIR PIRACOA GARCIA, a sus hijos, madre, a sus menores nietos y a sus hermanos.

“TERCERO: RECONOCER por concepto de perjuicio moral a la señora MARIA OFIR PIRACOA GARCIA, la suma de 50 (cincuenta) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para sus hijas CRIS JOHANA, CINDY KATERINE y ELIANA MARCELA, se le reconoce 25 (veinticinco) salarios mínimos legales vigentes; para su señora madre ELVIA GARCIA PIRACOA, sus nietos JHON ALEJANDRO CALDERON CARO, PAULA ALEJANDRA y HEBERTH JULIAN, sus hermanos DORALICE, ADONALDO, LISIMACO, EDUARDO, BELLANITH, AFRANIO PIRACOA GARCIA, la suma de cinco (5) salarios mínimos MENSUALES legales vigentes.

“Se le reconoce los perjuicios por daño en la vida en relación en cuarenta (40) salarios mínimos legales vigentes para MARIA OFIR PIRACOA, al momento d pagarse la sentencia, en consideración a la pérdida de capacidad determinada por la JUNTA DE CALIFICACION DE INVALIDEZ, negándolo a los demás demandantes.

Proceso: Responsabilidad Civil Médica

Demandante: María Ofir Piracoa García y Otros

Demandado: Clínica Medilaser sedes Florencia y Neiva.

“NEGAR el reconocimiento de perjuicios de lucro cesante por los argumentos de hecho y de derecho referidos por esta jueza al momento de sustentar esta demanda.

“CUARTO: DECLARAR probada la excepción de PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO, propuesta por la aseguradora ALLIANS SEGUROS S.A. (...)"

El sentenciador para llegar a tal conclusión, inicialmente rememoró sobre las generalidades de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, de los elementos que configuran tal tipo de responsabilidad, y luego de hacer un resumen de los pedimentos de los demandantes, manifestó que dentro del plenario se acreditó que la paciente acudió al servicio de urgencias de la CLÍNICA MEDILASER S.A., por la presencia de una fractura de cúbito y radio de su brazo izquierdo, y que en el transcurso de sus atenciones allí fue operada en 5 oportunidades, que fue acreditada la serie de circunstancias originadas durante las atenciones, tales como infecciones, que es evidente que la paciente padece una lesión severa en el antebrazo, que tiene una seudoartrosis de radio y deformidad de antebrazo y desviación dorsal de la muñeca, las cuales fueron originadas en las múltiples cirugías que le tuvieron que practicar a la paciente en un periodo corto de tiempo. Bajo tal evidencia, consideró que hubo falla en el servicio médico pues al tratarse de una fractura abierta, la actividad médica – quirúrgica requería especial cuidado y diligencia dados los riesgos especiales que el caso implicaba.

Proceso: Responsabilidad Civil Médica

Demandante: María Ofir Piracoa García y Otros

Demandado: Clínica Medilaser sedes Florencia y Neiva.

Del mismo modo, refirió la instancia que no se evidenciaba en la historia clínica que se hubiera implementado un plan de recuperación por parte de los galenos o que la señora OFIR PIRACOA hubiese incumplido con las recomendaciones de los médicos después de la cirugía, al traste la versión de la demandante muestra que inicialmente acudió a las terapias que fueron ordenadas por los galenos.

Sostuvo que está acreditada la presencia de la broca en el cuerpo de la paciente, y que de acuerdo a la declaración del testigo Dr. Milán Gerardo, la tenía para el año 2010, lo que conlleva a concluir que la broca fue dejada antes de la cirugía que recibió en la ciudad de Cali. Rechazó las excepciones propuestas considerando que no necesariamente la paciente tenía que incurrir en una falta de autocuidado para volverse a fracturar en el mismo punto, sino que el hueso ya está debilitado y en ese sentido ya existe una predisposición a fragmentarse el hueso que ya había sido fracturado.

Consideró que la excepción de prescripción propuesta por la llamada en garantía está probada de conformidad al artículo 1131 del código de comercio, por cuanto transcurrieron más de 2 años entre la fecha de conciliación realizada el 6 de mayo de 2011 donde le fue informada a la demandada las pretensiones de la responsabilidad y el llamamiento en garantía ocurrió el 27 de mayo de 2014.

Excluyó el reconocimiento de la pretensión del lucro cesante por cuanto el registro de matrícula de comercio allegado por MARÍA OFIR PIRACOA no había sido renovado desde el año 2002, además en su intervención manifestó que el establecimiento de comercio se

Proceso: Responsabilidad Civil Médica

Demandante: María Ofir Piracoa García y Otros

Demandado: Clínica Medilaser sedes Florencia y Neiva.

encontraba ubicado en el barrio Raicero; sin embargo, el registro de cámara de comercio lo ubicaba en el barrio acacias; así mismo, porque ella como persona natural aparece sisbenizada, razón por la cual, se presume de derecho que no tiene capacidad económica.

4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN:

La apoderada de la CLÍNICA MEDILASER S.A. interpuso recurso de apelación, argumentando que el a quo encontró acreditada la culpa galénica por ciertos aspectos documentados en la historia clínica, pues consideró probado que a la señora MARÍA OFIR PIRACOA se le realizaron 4 cirugías; sin embargo no hubo manifestación o justificación del por qué la práctica de esas cirugías, se erige en sinónimo de culpa galénica, pues cada una de aquellas intervenciones fueron justificadas y en ninguna medida son atribuibles al actuar médico, pues a contrario sensu, son atribuibles a ciertas circunstancias que se presentaron; que se resumen en que si bien es cierto era una fractura abierta y presentó una sobreinfección, de acuerdo con los peritos, testigos de la Clínica y demás pruebas, no se halla justificado que esa infección hubiese estado ligada a una herida quirúrgica, que lo que sí quedó documentado y en historia clínica se acredita, fue que luego de la primera intervención quirúrgica la fractura consolidó, lo que muestra o hace ver que aquella intervención fue adecuada.

Expone que existe una re-fractura, pero decir que la re-fractura se deriva de un mal proceder médico es injusto porque de acuerdo con la historia clínica, a la cual se le dio total y plena validez, se documentan las causales de las re-fracturas que sufrió la paciente y las causales

Proceso: Responsabilidad Civil Médica

Demandante: María Ofir Piracoa García y Otros

Demandado: Clínica Medilaser sedes Florencia y Neiva.

fueron por traumas externos, bien por falta de autocuidado, o porque la paciente se tropezara, por lo cual son traumas que no son atribuibles al personal médico, porque son traumas que se generaron por fuera de la institución, y en consecuencia, son traumas que en ninguna medida pueden llevar a responder al personal médico.

Centra su argumento en que la paciente fue atendida luego de esos traumas y que se iban logrando los objetivos, que tan sólo luego de la tercera intervención es cuando se documentan las complicaciones de la paciente, y que tal como lo explicaron los peritos, esas complicaciones no se derivan de un inadecuado proceder médico, ellas se derivaron de situaciones que lamentablemente afectaron a la paciente, pero que indiscutiblemente tienen secuelas esperables pero que no están ligadas a un mal proceder médico.

Expuso que el 15 de abril se documentó en la paciente la presencia de una broca, para lo cual el despacho dio credibilidad al testimonio del doctor Gerardo Ríos respecto de que esa broca estaba en el cuerpo de la paciente desde antes de la cirugía en Cali, pero no se estableció el nexo de causalidad entre la existencia de esa broca y las limitaciones o dolencias que tiene la paciente; que claramente el perito manifestó que las dolencias que en la actualidad presenta la señora MARÍA OFIR, se derivan de la placa que se encuentra en su organismo, no de la broca, pues aquella no le está generando a la señora MARÍA OFIR ningún daño.

Rebatío que la existencia de la broca sea sinónimo de culpa galénica y expone que los elementos de la responsabilidad no quedaron

Proceso: Responsabilidad Civil Médica

Demandante: María Ofir Piracoa García y Otros

Demandado: Clínica Medilaser sedes Florencia y Neiva.

acreditados, que según el doctor Duván Ardila en su peritazgo, el hecho de que una Broca se quede en un organismo en una paciente no es sinónimo de culpa; pues aquello puede ocurrir porque estas son comúnmente utilizadas en estos procedimientos, y se pueden llegar a partir, siendo catalogado en estos eventos como caso fortuito. Resaltó que estas brocas están diseñadas en un material tan especial, que precisamente si eso ocurre, simple y llanamente no va a generar mayor problemática para la paciente, por ello, el nexo de causalidad respecto de la existencia de esa broca y la complicación que en la actualidad presenta la usuaria no está acreditado.

4.1 ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA:

Mediante proveído del 23 de agosto de 2023, se corrió traslado al recurrente para sustentar el recurso y a los no recurrentes para el pronunciamiento sobre el particular, término dentro del cual las partes hicieron uso de dicha prerrogativa.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Concurren los presupuestos procesales y no se advierte ninguna irregularidad que dé al traste con lo actuado.

5.1. La Responsabilidad Civil Médica

Es aquella que puede generarse con ocasión de la aplicación de la ciencia de la medicina, dados los efectos que tiene en la vida, la

Proceso: Responsabilidad Civil Médica

Demandante: María Ofir Piracoa García y Otros

Demandado: Clínica Medilaser sedes Florencia y Neiva.

integridad física o emocional y la salud de las personas. El profesor Santos B.¹ la define como: “(...) una responsabilidad profesional que estructura un comportamiento antijurídico como consecuencia del incumplimiento de deberes jurídicos a cargo de los médicos, relacionados con la práctica o ejercicio de su actividad (...”).

Quien asume la profesión galénica, en su práctica se debe a las respectivas normas (Leyes 14 de 1962, 23 de 1981, a su decreto reglamentario No.3380 de 1981, Ley 1164, entre otras) y directrices específicas según los cánones científicos y técnicos de su ejercicio, acorde con las formas usuales para cada tiempo y lugar, el conocimiento y el desarrollo propio de la ciencia. Está sujeto a las reglas de la profesión en cualquiera de las fases de aplicación, es decir, en la prevención, pronóstico, diagnóstico, intervención, tratamiento, seguimiento y control.

Dadas esas características, la responsabilidad médica se configura, por lo general, en la esfera de la denominada subjetiva en el régimen de probada², aisladamente en época pretérita hubo de tratarse como actividad peligrosa³; sin embargo, a esta fecha es sólido que su fundamento es la culpa probada⁴, según el precedente constante de la CSJ⁵ y la doctrina mayoritaria⁶, sin miramientos a que sea la modalidad contractual o extracontractual. De allí, que corresponde al

¹ SANTOS B., Jorge. Responsabilidad civil, tomo I, parte general, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y Temis, 2012, p.95.

² CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001, MP: José F. Ramírez G.; No.5507.

³ CSJ, Civil. Sentencias del 14-03-1942, GJ, tomo XIII, p.937; y, (ii) El 14-10-1959, MP: Hernando Morales M.

⁴ CSJ, Civil. Providencia SC2506-2016, MP: Margarita Cabello B.

⁵ CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001, ob. cit

⁶ JARAMILLO J., Carlos I. Responsabilidad civil médica, 6 CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001, ob. cit. relación médico paciente, 2^a edición, editorial Pontificia Universidad Javeriana - Ibáñez, Bogotá DC, 2011, p.142.

Proceso: Responsabilidad Civil Médica

Demandante: María Ofir Piracoa García y Otros

Demandado: Clínica Medilaser sedes Florencia y Neiva.

demandante demostrar todos los elementos axiológicos de la responsabilidad médica: el daño, la culpabilidad (Culpa o dolo) y la causalidad o nexo causal⁷, salvo que sean obligaciones de resultado.

5.2. La carga probatoria

En la responsabilidad sanitaria la regla general es que las obligaciones debidas por los médicos en su ejercicio, son de medio⁸⁻⁹ y de manera excepcional de resultado, entre otras las cirugías estéticas reconstructivas, el diligenciamiento de la historia clínica y la obtención del consentimiento¹⁰, la elaboración de prótesis, el secreto profesional. Lo anterior, presta utilidad para determinar el régimen probatorio aplicable, pues en tratándose de obligaciones de medio opera la tesis de la culpa probada, mientras que para las llamadas de resultado impera la presunción de culpa. De antaño la jurisprudencia de la CSJ¹¹⁻¹²⁻¹³, ha sostenido que las obligaciones de medio tienen implícito un mayor esfuerzo demostrativo para el reclamante¹⁴.

En refuerzo de lo dicho, debe advertirse que la Ley 1164, en su artículo 26, dispone en los apartes pertinentes: “*Acto propio de los profesionales de la salud. Modificado por el art. 104, Ley 1438 de 2011. Entendido como el conjunto de acciones orientadas a la atención integral del usuario, aplicadas por el profesional autorizado legalmente para ejercerlas dentro del perfil que le otorga el respectivo título, el acto profesional se caracteriza por la autonomía*

⁷ CSJ, Civil. Sentencia SC8219-2016, ob. cit.

⁸ PARRA G., Mario F. Responsabilidad civil, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2010, Bogotá DC, p.285.

⁹ CSJ, Civil. Sentencia SC8219-2016, ob. cit.

¹⁰ CSJ, Civil. Sentencia SC2506-2016, ob. cit.

¹¹ CSJ, Civil. Sentencia del 05-03-1940; MP: Liborio Escallón.

¹² CSJ, Civil. Sentencia del 12-09-1985; MP: Horacio Montoya G.

¹³ CSJ, Civil. Sentencia del 08-08-2011, M P: Pedro O. Munar C., No.2001-00778

¹⁴ CSJ, Civil. Sentencia SC15746-2014, ob. cit.

Proceso: Responsabilidad Civil Médica

Demandante: María Ofir Piracoa García y Otros

Demandado: Clínica Medilaser sedes Florencia y Neiva.

profesional y la relación entre el profesional de la salud y el usuario. Esta relación de asistencia en salud genera una obligación de medios, basada en la competencia profesional". Sublínea de esta Sala.

Cuando el título de imputación es el de la culpa probada, no cabe duda que la carga probatoria gravita en cabeza del demandante, así señaló el órgano de cierre de la especialidad en sentencia CSJ Civil del 08-08-2011:

"Por supuesto que, si bien el pacto de prestación del servicio médico puede generar diversas obligaciones a cargo del profesional que lo asume, y que atendiendo a la naturaleza de éstas dependerá, igualmente, su responsabilidad, no es menos cierto que, en tratándose de la ejecución del acto médico propiamente dicho, deberá indemnizar, en línea de principio y dejando a salvo algunas excepciones, los perjuicios que ocasione mediando culpa, en particular la llamada culpa profesional, o dolo, cuya carga probatoria asume el demandante, sin que sea admisible un principio general encaminado a establecer de manera absoluta una presunción de culpa de los facultativos (sentencias de 5 de marzo de 1940, 12 de septiembre de 1985, 30 de enero de 2001, entre otras). Sublínea es extratextual.

A pesar de lo apuntado, esa misma Corporación desde el año 2001¹⁵, empezó a acoger la tesis del Consejo de Estado de los años 1990 y 1992, incluso la misma Corte Constitucional, reconocían la necesidad de un aligeramiento o atenuación en la carga probatoria, por vía de la "carga dinámica de la prueba" (hoy con reconocimiento normativo expreso en el artículo 167 del CGP, que valga enfatizar resulta inaplicable al caso,

¹⁵ CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001, ob. cit.

Proceso: Responsabilidad Civil Médica

Demandante: María Ofir Piracoa García y Otros

Demandado: Clínica Medilaser sedes Florencia y Neiva.

por regir para el proceso el CPC) y “*dependiendo de las circunstancias del asunto*”, el juzgador atribuirá el deber de acreditación sobre determinado hecho, teniendo: “(...) *en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica, complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como el tiempo y el lugar del ejercicio, pues no de otra manera, con justicia y equidad, se pudiera determinar la corrección del acto médico (lex artix)*”.

5.3. El caso concreto

Lo que se debate aquí es la responsabilidad de la CLÍNICA MEDILASER sedes Florencia y Neiva, con ocasión de las atenciones brindadas a la señora MARIA OFIR PIRACOA GARCÍA, luego de que sufriera un accidente de tránsito el 17 de mayo de 2008. Una primera cosa por destacar es que la inferencia del juzgado acerca de la especie de la responsabilidad no se debate; tampoco la legitimación de las partes, habida cuenta de que, la paciente acudió de manera directa a ese centro asistencial, allí fue atendida de urgencia por el personal médico y al día siguiente 18 de mayo de 2008, debido a la *fractura abierta del cúbito gI Fractura Cerrada del Radio*¹⁶, de su brazo izquierdo, se le practicó *Lavado Quirúrgico y Desbridamiento Profundo en Cúbito y Radio Reducción abierta y Osteosíntesis de Cubito y Radio*¹⁷, y con posterioridad se le realizaron otras intervenciones de las que se refuta la concreción del daño en cabeza de la demandante, (deformidad y limitación funcional de su antebrazo izquierdo)

¹⁶ Folio 292 reverso, cuaderno 1 principal, historia clínica.

¹⁷ Folio 299 anverso, cuaderno 1 principal, historia clínica.

Proceso: Responsabilidad Civil Médica

Demandante: María Ofir Piracoa García y Otros

Demandado: Clínica Medilaser sedes Florencia y Neiva.

En realidad la discusión está fundada aquí en aspectos que en extenso planteó la asesora judicial de la demandada, pero que pueden sintetizarse en lo siguiente: (i)- se duele que la juez descarga la culpa galénica en que se hubieran realizado 4 cirugías en menos de 2 años, siendo que las mismas se encuentran justificadas; (ii)- que la herida de la paciente se halla sobreinfectado y refracturado, sin que se haya demostrado que esas condiciones se produjeron por culpa médica y dentro del tratamiento brindado en el centro asistencial; (iii)- que las consecuencias de las cirugías eran aleatorias y le fueron debidamente informadas a la usuaria sobre tales riesgos; y (iv)- que la juez le dio plena credibilidad a la versión del profesional HECTOR DUVAN ARDILA, en cuanto a la existencia de una broca en la extremidad de la paciente, dejada por el personal médico; sin embargo, no se estableció la relación de la misma con las dolencias y limitaciones de la demandante.

La sentencia de primera instancia afirmó que la parte interesada logró probar la responsabilidad que reclamaba, pues al contrario de lo excepcionado por la demandada, el acervo probatorio permitió evidenciar que a María Ofir se le realizaron 4 cirugías en menos de 2 años y que durante las atenciones brindadas por los médicos de la Clínica Medilaser, se le originaron a la paciente infecciones, seudoartrosis, deformidad del antebrazo y desviación dorsal de la muñeca. Además, sostuvo que también estaba acreditado que para el año 2010 ya hacía presencia en el cuerpo de la paciente una broca y bajo tales evidencias consideró que hubo falla en el servicio médico, pues la actividad médica - quirúrgica requería especial cuidado y diligencia dados los riesgos que el caso en particular implicaba.

Proceso: Responsabilidad Civil Médica

Demandante: María Ofir Piracoa García y Otros

Demandado: Clínica Medilaser sedes Florencia y Neiva.

Así las cosas, resulta necesario recordar que el numeral primero del artículo 1º de la Ley 23 de 1981 consagra como principios, fundamento esencial para el desarrollo de las normas sobre ética médica, que la medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distingos de nacionalidad, ni de orden económico-social, racial, político y religioso, y en el numeral 2º impone al médico la obligación de estudiar al paciente, como persona que es, en relación con su entorno, con el fin de diagnosticar la enfermedad y sus características individuales y ambientales, y adoptar las medidas, curativas y de rehabilitación correspondiente y el 4º enseña que la relación médico-paciente es elemento primordial en la práctica médica y para que tenga éxito debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico.

Constituye deber entonces para el médico actuar con diligencia y cuidado en la atención profesional que preste al paciente, con el fin de obtener su curación o mejoría, pero por regla general su obligación es de medio, no de resultado, en caso de no obtener el que se espera solo se le puede atribuir responsabilidad en la medida en que se demuestre que incurrió en culpa por haber desatendido esos deberes.

De otro lado, militan en el proceso como pruebas y que interesan en la resolución de la alzada: la historia clínica de la paciente sobre las atenciones que fueron brindadas en la Clínica Medilaser, en el Hospital María Inmaculada, en la Corporación Médica del Caquetá “Corpomedica” y una orden de control pos operatoria de Orthopedic

Proceso: Responsabilidad Civil Médica

Demandante: María Ofir Piracoa García y Otros

Demandado: Clínica Medilaser sedes Florencia y Neiva.

Join SAS de la ciudad de Cali, los interrogatorios absueltos por los demandantes, el estudio radiográfico del 21 de abril de 2015, los testimonios del Dr. Didier Fredy Arenas Mendoza, ortopedista que atendió a la paciente en febrero de 2009 y febrero de 2010, del Dr. Milán Gerardo Ríos Alvarado quien para la fecha de los hechos ejercía como Auditor Regional Caquetá de la EPS Asmet Salud, el dictamen pericial del Dr. Héctor Duván Ardila Espinoza y el dictamen de la pérdida de capacidad laboral expedida por la Junta Regional de Invalidez del Huila.

Pues bien, la historia clínica allegada por MEDILASER, da cuenta que la paciente fue atendida por primera vez el 17 de mayo de 2008 por trauma en antebrazo izquierdo, su diagnóstico para el 18 de mayo de 2008 fue "*fractura abierta de cúbito y fractura cerrada de radio*" y en ese sentido, se intervino quirúrgicamente ese mismo día (fls 796 a 813), lo cual consistió en lavado quirúrgico y desbridamiento y en reducción abierta y osteosíntesis de cúbito y radio. Posteriormente, el 22 de mayo siguiente se le realizó zeta plastia en el brazo y en esa ocasión fue dada de alta el 25 de mayo siguiente (fl 794-795); lo anterior, supone dos cirugías obligatorias, la primera de ellas, como se describió en el consentimiento informado (fl 295), *La alternativa es quirúrgica y tto MD con antibióticos y otros como complementarios*, por lo que para los galenos *sin la cirugía no hay beneficio para la paciente*, y también se le informó sobre algunas complicaciones producto de la cirugía tales como *Infecciones, Pseudoartrosis, dolor (...)*, es decir, bajo el diagnóstico de la paciente la cirugía inicial se presentaba como la única opción; posteriormente, ante la imposibilidad del cierre de la herida se realizó

Proceso: Responsabilidad Civil Médica

Demandante: María Ofir Piracoa García y Otros

Demandado: Clínica Medilaser sedes Florencia y Neiva.

el segundo procedimiento, que como es obvio se requería eliminar dicha exposición.

Después, es dada de alta por su *evolución favorable* (folio 285), sin contar que como había sido informado existía la posibilidad de sobreinfección, por lo que regresa al servicio de urgencias el 9 de junio de 2008, siendo tratada su condición por el personal médico. Ahora, no es de recibo para esta Sala de Decisión atribuir al centro asistencial la circunstancia reseñada, tal como fue referido por la juez de instancia sin efectuar una argumentación clara sobre el nexo de causalidad entre el procedimiento médico y el efecto dañoso para la paciente infección de la herida, pues obsérvese que según concepto del perito¹⁸ *el principal factor de riesgo en esta paciente para la infección es que se haya producido exposición ósea*, es claro entonces, que la sobreinfección sobrevino como consecuencia del contacto de los tejidos con el medio ambiente, sin poder entonces siquiera endilgar culpa al descuido de la usuaria sino a la gravedad misma de sus heridas producto del accidente de tránsito.

Más adelante, se ordena *cirugía: Retiro material osteosíntesis radio y cubito osteotomía cubito con fijación interna*, (folio 709, Cuaderno 2 Principal) procedimientos que fueron programados luego de consulta ambulatoria con el Doctor Néstor Perdomo, con la finalidad de *mejorar la P. supinación* de la paciente (Folio 708, Cuaderno 2 Principal), efectuándose los mismos el 22 de enero de 2009.

Poco después del procedimiento reseñado, el 14 de febrero de 2009, la demandante ingresa al servicio de urgencias con una nueva fractura,

¹⁸ Record 03:06:45, Audiencia

Proceso: Responsabilidad Civil Médica

Demandante: María Ofir Piracoa García y Otros

Demandado: Clínica Medilaser sedes Florencia y Neiva.

informando *me cai y me duele la mano (sic)*; lo anterior, ha sido negado por la actora refiriendo que ella les manifestó a los médicos que se levantó de una silla cuando escuchó que algo sonó, versión corroborada por su hija en el juicio; sin embargo, las consignaciones de que la usuaria presentó *caída desde su propia altura* fueron hechas por dos médicos diferentes el primero de ellos en la atención inicial Julián Avendaño (Folio 760, Cuaderno 2 Principal) y posteriormente durante su estancia en el servicio de urgencias por parte de Diana Marcela Matiz, aspectos que contradicen lo vertido por las demandantes, ahora, obviándose las circunstancias que rodearon la lesión, lo cierto es que Piracoa García ingresa con una lesión que no fue producto de los procedimientos médicos efectuados.

Ante esa circunstancia, la paciente es intervenida quirúrgicamente el 15 de febrero por el Dr. Didier Arenas, *No complicaciones* (Folio 768, Cuaderno 2 Principal), así mismo, el 13 de enero de 2010 se le realiza intervención quirúrgica programada para retiro de material de osteosíntesis por el médico tratante Dr. Arenas Mendoza, sin complicaciones (fls. 734 a 746 Cuaderno 2 Principal), pocos días después, el 3 de febrero de 2010, reingresa la usuaria precisando *es que me caí y sonó algo como si me hubiera partido* aspecto consignado esta vez por el médico Jaime Hernando Trujillo Cumbe (Folio 718, Cuaderno 2 Principal), razón por la cual, se hospitaliza y es intervenida quirúrgicamente el 05 de febrero de 2010 por el Dr. Didier Arenas. La descripción quirúrgica fue: “abordaje Dorsal y el hallazgo del operatorio fue pseudoartrosis de radio” (fl. 726, Cuaderno 2 Principal).

Proceso: Responsabilidad Civil Médica

Demandante: María Ofir Piracoa García y Otros

Demandado: Clínica Medilaser sedes Florencia y Neiva.

Analizando ahora la versión del Dr. Didier Arenas Mendoza, este manifestó que la fractura de la paciente fue abierta, de cúbito grado 1 y una fractura de radio de tercio medio (min.1:50:20), que cuando ocurre una fractura el hueso que es manejado con osteosíntesis tiene más debilidad y es más propenso a sufrir una fractura nuevamente, y que teóricamente es posible que el paciente pueda sufrir una refractura con solo apoyarse porque el hueso queda con debilidad (min. 1:48:35), que la posibilidad de rehabilitación de un paciente que ha sido operado en más de 4 oportunidades se condiciona al tipo de lesión sufrida y a la rehabilitación en terapia física, y afirmó que, entre más intervenciones, menor grado de rehabilitación tendrá la zona afectada (min. 1:59:25), que la lesión sufrida por María Ofir puede estar en grado 7 de gravedad dentro de la escala de 1 a 10 y con esa severidad, era probable que desarrollara pseudoartrosis (1:59:45).

Afirmó que a estos pacientes se les limita las actividades cotidianas básicas de 6 a 8 semanas, y que las actividades de carga y esfuerzo se restringen entre 6 y 8 meses, para que pueda volver a sus actividades normales. Que una de las principales secuelas de una fractura en las extremidades superiores es la pérdida de movilidad (2:01:55), que, según lo documentado en la historia clínica, las causas de las refracturas fueron traumas contundentes en el antebrazo (min. 2:02:30), que de conformidad a las anotaciones en la historia clínica, la paciente después de la primera intervención quirúrgica (17 de mayo de 2008) el proceso de consolidación iba dándose dentro de lo normal, que los ortopedistas para programar el retiro de material de osteosíntesis de los pacientes, tienen en cuenta dos variables, el tiempo, para lo cual ellos consideran que entre 10 y 12 meses se da la

Proceso: Responsabilidad Civil Médica

Demandante: María Ofir Piracoa García y Otros

Demandado: Clínica Medilaser sedes Florencia y Neiva.

consolidación total ósea, y la segunda, las imágenes radiológicas que muestren la consolidación (min. 2:03:58).

Que revisada la historia clínica luego de la segunda cirugía (primera fractura) del 15 de febrero de 2009, la paciente iba con la evolución adecuada para consolidación ósea (min. 2:05:48), de acuerdo a la información radiológica valorada en ese momento y que si se decidió el retiro del material de osteosíntesis el 13 de enero de 2010, era porque radiológicamente había consolidación ósea.

Que el 5 de febrero de 2010 se le realizó una nueva intervención, explicó que la pseudoartrosis es la ausencia de consolidación ósea, que no se ha determinado el tiempo preciso para establecer la pseudoartrosis, y que las cicatrices que presenta la paciente son las cicatrices que se esperan encontrar luego de las cirugías practicadas (2:08:45).

Sobre la existencia de broca manifestó que, de acuerdo a la historia clínica del personal médico de Cali, no hay referencia de la presencia de una broca en el organismo de la paciente y que en dicha ciudad le hicieron el mismo procedimiento quirúrgico realizado en la ciudad de Florencia (2:13:55) y que no se usó material diferente en Cali. Finalmente, manifestó que el éxito de una cura de pseudoartrosis es el uso de un material de osteosíntesis suficiente y de la colocación de injerto óseo y de la revitalización del tejido (2:18:59) y que en general estas cirugías requieren de rehabilitación postoperatoria y que cuando suceden este tipo de fracturas lo deseable es que se realice una intervención quirúrgica.

Proceso: Responsabilidad Civil Médica

Demandante: María Ofir Piracoa García y Otros

Demandado: Clínica Medilaser sedes Florencia y Neiva.

Sobre el por qué María Ofir, requirió de 5 cirugías, contestó¹⁹: “que las cirugías de antebrazo son fracturas que se minimizan por la zona que es, que una fractura de antebrazo se considera que es una fractura intraarticular que son las más severas, segundo, el hecho que haya tenido una fractura abierta condicionó a que el manejo inicial fuera mucho más tortuoso, en una fractura abierta genera daños tanto a nivel del tejido óseo como del tejido blando que es muy importante para la consolidación, lo otro, es que ella presentó refracturas a este nivel, probablemente por debilidad ósea que iba quedando desde la lesión inicial, entonces que haya requerido tantas cirugías por concepto personal, creo que es una condición del trauma desde la paciente, más no de lo que se hizo como tal de procedimientos quirúrgicos, o sea, todos los procedimientos quirúrgicos se llevaron a corregir las cosas que iban sucediendo en su momento y en ese momento se corrigieron, el problema fue que sufrió complicaciones que estaban descritas dentro de lo que puede pasar en las complicaciones de este tipo de fracturas”

A su turno el perito médico Dr. Héctor Duván Ardila Espinoza, médico cirujano y especialista en ortopedia y traumatología, planteó su dictamen haciendo un recuento cronológico de las atenciones de la paciente y siguiendo cada evolución, resaltando que las atenciones fueron oportunas, que el riesgo de infección inicial es un riesgo común en este tipo de cirugías, por tejidos blandos pero que se resolvió satisfactoriamente. Que hablan de pseudoartrosis secundaria a la primera fractura, pero que, en las consultas se habla de consolidación ósea, después de la primera cirugía y después de la segunda cirugía, por tanto, no es la pseudoartrosis la causa de la primera lesión padecida, pues presenta consolidación por eso se retira el material.

¹⁹ Minuto 02:21:32 Audiencia de Fallo

Proceso: Responsabilidad Civil Médica

Demandante: María Ofir Piracoa García y Otros

Demandado: Clínica Medilaser sedes Florencia y Neiva.

Enfatizó que el fin primario de la cirugía es consolidación de la fractura, pero que los procesos ligados a la rehabilitación no depende de lo que se haga en cirugía, que después de la segunda cirugía la señora presenta molestias que hacen sospechar lesiones neurológicas y por ello, es remitida a la ciudad de Neiva para valoración de cirujano de miembro superior, le hacen nuevo procedimiento y evidencian consolidación después de la segunda fractura, hacen manejo de su patología y posterior a ello hay nuevo trauma por una caída y por eso vuelve y se interviene la paciente. Destacó que una cirugía no previene una nueva fractura. Que la osteopenia, es propio del proceso evolutivo asociado a fracturas en el mismo hueso y al estado biológico de la paciente, dado su género y edad. Que la pseudoartrosis por la cual fue operada en Cali, está relacionada no solo al accidente, sino a todas las fracturas que sufrió María Ofir.

Sobre la pseudoartrosis, manifestó²⁰ “que en toda fractura existe el riesgo de sufrir de pseudoartrosis, que en las fracturas abiertas hay un desplazamiento mayor de los fragmentos óseos que generan desgarres de tejidos internos, que al momento de hacer una cirugía se aumenta el riesgo de desprendimiento, que una segunda lesión sobre la misma zona, ya el tejido anterior es un tejido cicatrizal que en parte estimula la función de un tejido normal pero no siempre va a ser igual y que esto disminuye la probabilidad de consolidación pero no significa que no vaya a consolidar y que en este caso se evidenció que luego de la segunda cirugía consolidó, y que ya después de una tercera cirugía el tejido cicatrizal es más extenso y por tanto el compromiso a nivel del hueso, es más pronunciado y la capacidad de recuperación del tejido

²⁰ Minuto 03:07:43

Proceso: Responsabilidad Civil Médica

Demandante: María Ofir Piracoa García y Otros

Demandado: Clínica Medilaser sedes Florencia y Neiva.

es mucho más lenta y hay mayor probabilidad de que no se dé la consolidación”.

Enfatizó que el éxito de la osteosíntesis es la consolidación ósea, la cual está registrada en la historia clínica y que el hecho de que logre la consolidación, no evita que se fracture nuevamente.

Respecto de la presencia de la broca en el cuerpo de la paciente, manifestó que de la historia clínica, en especial de la imagen radiográfica del 22 de abril de 2015, no se podía determinar en cuál de las 6 intervenciones realizadas a la paciente se le dejó este elemento, que según la zona en que está ubicado el elemento olvidado en la paciente, este no genera ninguna reacción adversa, por cuanto aquellos materiales utilizados son hechos de materiales biocompatibles, señalando que no producen ningún efecto en el organismo, además que está localizado dentro del canal óseo, y esa localización no produce ninguna irrigación a los tejidos, ya que el hueso no tiene estructuras neurológicas o nerviosas que son las que transmiten los estímulos dolorosos y por ello no habría ninguna probabilidad de sufrir irritación, dolor o limitación y que en el procedimiento realizado en la ciudad de Cali se deben utilizar este tipo de brocas, y que el hecho de que una broca se quede en el organismo no es sinónimo de una falla o mala práctica médica. Que, los procedimientos médicos se rigen sobre el principio de no producir daño, y que se debe sopesar el riesgo contra el beneficio y en este caso el riesgo de dejar este material es mínimo frente al daño de tener que abrir el canal óseo.

Proceso: Responsabilidad Civil Médica

Demandante: María Ofir Piracoa García y Otros

Demandado: Clínica Medilaser sedes Florencia y Neiva.

El análisis conjunto de las pruebas no arroja el nexo de causalidad entre el daño ocasionado y los procedimientos médicos realizados por la parte demandada, porque como se refirió anteriormente, siendo esta clase de cirugías de medio, que no de resultado, debe la actora demostrar la culpa en el acto médico; esto es, establecer la falla en el proceder de los galenos, dichas probanzas no fueron aportadas al proceso, pues si bien es cierto la actora recibió varias cirugías las mismas correspondieron a las condiciones en que la paciente ingresó al centro hospitalario, ello por cuanto no puede desconocerse la gravedad de las lesiones sufridas en accidente de tránsito del 17 de mayo de 2018 y las nuevas fracturas acometidas por fuera de la clínica, sea por caída o por una mala postura de la demandante, lo cierto es, que como lo refirió el perito médico el tejido cicatrizal no va a tener la misma resistencia que un hueso normal, sumado a las condiciones biológicas de la paciente²¹, igual situación se presentó con la cicatriz en su brazo, en cada cirugía el tejido aumenta por lo que el cuadro cada vez va a ser mayor²².

Así mismo, del peritazgo realizado por el doctor Héctor Duván Ardila Espinoza, se desprende que el éxito de la cirugía en términos de funcionalidad del miembro comprometido y la consolidación ósea dependen en gran medida del proceso de rehabilitación; no obstante, la pérdida de funcionalidad de la actora bajo este escenario se puede atribuir a dos aspectos esenciales: el primero de ellos relacionado con las terapias físicas a las que debía asistir la paciente y que fueron ordenadas por el ortopedista Dr. Buitrago, con la nota de que debían

²¹ Record 03:11:10.

²² Record 03:20:00.

Proceso: Responsabilidad Civil Médica

Demandante: María Ofir Piracoa García y Otros

Demandado: Clínica Medilaser sedes Florencia y Neiva.

ser *Fisioterapia pasiva*, (Folio 780 vuelto, Cuaderno 2 Principal), así entonces, la usuaria registró 5 asistencias a fisioterapia con la doctora Paula Morales, los días 5, 6, 11, 12 y 13 de noviembre de 2008, faltando los días 10, 19, 20 y 21 de noviembre de 2008, y finalmente *abandonó el tto*, (Folios 772 y 772 vuelto, Cuaderno 2 Principal), es decir, la paciente no llevó a cabo el proceso de rehabilitación ordenado por el médico tratante.

Como segundo aspecto esencial y ligado con lo señalado anteriormente, tenemos que las contracturas musculares y las refracturas que sobrevienen de los procedimientos realizados a la paciente no se previenen con cirugías sino con el proceso de rehabilitación²³ que se reitera, fue abandonado por la usuaria y tal como lo refirió el experto en ortopedia, lo que está afectando la movilidad de la demandante es la presencia de la placa que no ha sido retirada y está generando erosión de los huesos del carpo, dolor e imposibilidad de flexión²⁴, y tal como lo precisó MARIA OFIR, no volvió a que le trajeran dicho material de su brazo.

Del mismo modo, ha sido enunciado por el experto médico con relación a la deformidad del brazo de la paciente que dicha condición²⁵ *es previsible de las posibles consecuencias o secuelas de una fractura, o sea, no, en un muy pocos casos se logra una reducción anatómica que realmente no es el objetivo de una cirugía, lo que se busca con la cirugía es la función; por lo tanto, hay ciertas deformidades que son tolerables, mientras con la rehabilitación se logre recuperar la función*, (subraya de la Sala), insiste entonces

²³ Record 03:03:50, 03:21:00, versión perito médico.

²⁴ Record 03:05:03

²⁵ Record 03:26:31

Proceso: Responsabilidad Civil Médica

Demandante: María Ofir Piracoa García y Otros

Demandado: Clínica Medilaser sedes Florencia y Neiva.

el especialista en el proceso de rehabilitación como soporte del proceso quirúrgico para lograr la funcionalidad de la extremidad.

En vista de lo anterior, la labor probatoria entonces de la impugnante ha debido trascender del plano propositivo al plano demostrativo, *in casu* valiéndose de medios de convicción que por la especificidad de los conocimientos requeridos para formar el convencimiento del juzgador, en todo ajeno a las especialidades médicas, han debido ser, entre otros medios de pruebas, conceptos de expertos introducidos al debate por vía de testimonio técnico o dictamen pericial, medios de persuasión de los cuales vale precisar, son echados de menos tornando deleznable la tesis de la demandante, ubicándose entonces en una mera afirmación que solo se aferra al convencimiento íntimo de quien la propone, mas no a la evidencia científica y clínica del caso concreto.

Así las cosas, la relevancia de la culpa en la resolución del caso debe de verse morigerada por la clara incidencia causal que correspondía verificarse para la inferencia del nexo de causalidad entre aquélla y el daño, pues como lo tiene sentado la Corte Suprema de Justicia, según sentencia de 12 de junio de 2018²⁶ al analizar el fenómeno de la concurrencia de causas, la sola inobservancia de estándares fijados para la regulación de conductas que se atienden deseables no necesariamente tiene incidencia causal, *porque la expresión "culpa"*

²⁶ LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA Magistrado Ponente
SC2107-2018 Radicación: 11001-31-03-032-2011-00736-01 (Aprobado en Sala de veintiuno de febrero de dos mil dieciocho) Bogotá, D. C., doce (12) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: Responsabilidad Civil Médica

Demandante: María Ofir Piracoa García y Otros

Demandado: Clínica Medilaser sedes Florencia y Neiva.

corresponde a un “factor de imputación (...) de carácter subjetivo”²⁷, situación que supone la violación de deberes de diligencia y cuidado asumidos por una persona “en una relación de alteridad para con otra u otr[os]” mientras que desde lo fenomenológico la relación causal es objetiva y comprobable.

Ahora bien, con relación a la falla por cuenta del fragmento de broca que se alojó en el hueso de la paciente, resulta relevante indicar que según la literatura científica, la ruptura intraósea de una broca, durante un procedimiento quirúrgico, es un riesgo inherente a él y que las brocas quirúrgicas son fabricadas de materiales biológicamente inertes, razón por la cual, los fragmentos rotos se pueden dejar in situ sin ninguna complicación o problema, e igualmente que tampoco hay reportes de reacciones orgánicas adversas que se presente como consecuencia de una broca rota dentro del hueso, elementos que eventualmente pueden requerir su retiro si están localizados cerca de nervios, vasos o superficies articulares. (*encyclopedia médica Medline Plus – www. https://medlineplus.go*)

Lo anterior, guarda estrecha relación con lo vertido por el perito médico Héctor Duván Ardila Espinoza, quien refirió que por la ubicación del elemento no se va a presentar ninguna reacción adversa, porque dichos materiales son biocompatibles, sumado a que se encuentra alojado dentro del canal óseo sin que en este se encuentren conexiones nerviosas o neurológicas, que son las que transmiten los estímulos dolorosos²⁸, también que para retirar dicho material tendrían que destruir el hueso, lo que iría en contra del principio de no producir

27 VISINTINI, Giovanna. “Tratado de la Responsabilidad Civil”. Tomo II. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1999, pág. 292. SANTOS BRIZ, Jaime. “La responsabilidad civil”. Derecho sustantivo y Derecho procesal, séptima edición, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1993. P. 118.

28 Record 03:13:58

Proceso: Responsabilidad Civil Médica

Demandante: María Ofir Piracoa García y Otros

Demandado: Clínica Medilaser sedes Florencia y Neiva.

daño, por lo que se debe sopesar entre el riesgo y el beneficio, arrojando que dejar dicho material ahí no genera ninguna complicación.

Más, como la consideración precedente tiene un claro fundamento científico, pasando al campo de la responsabilidad civil reclamada, es en hombros de la demandante que recae la prueba de acreditar la incidencia causal del olvido en el daño, esto es, para precisar el alcance del aserto, demostrar en qué forma se alteró la salud de la paciente más allá de la sola existencia del material como *cuerpo extraño*, porque, se repite y con más ahínco en este asunto, la *broca* dejada en el brazo de la demandante no es por sí sola causa eficiente del mal funcionamiento de la extremidad, cuando precedentemente hubo una lesión de las dimensiones de la que sufrió aquella y que requirió la intervención del personal médico, amén de que no milita en el expediente criterio médico que indique con grado de certeza que los dolores de los cuales se queja la gestora obedecen ciertamente al elemento que se dejó alojado en su brazo.

Por lo tanto, los argumentos en que fundamenta la parte apelante su desacuerdo con la sentencia reprochada, esto es, la falta de demostración del nexo de causalidad entre el acto médico y el daño material o fisiológico que aquí se reclama, se consideran, *per se*, suficientes para revocar la sentencia objeto de impugnación, imponiéndose como es obvio la condena en costas de ambas instancias a la parte demandante conforme lo dispone el numeral 4 del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil.

Proceso: Responsabilidad Civil Médica

Demandante: María Ofir Piracoa García y Otros

Demandado: Clínica Medilaser sedes Florencia y Neiva.

En mérito de lo expuesto, LA SALA CIVIL-FAMILIA-LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE FLORENCIA, CAQUETÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 10 de septiembre de 2015 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Florencia, Caquetá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En su lugar, declarar probadas las excepciones de mérito que fueron planteadas por la parte demandada.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones en que se fundamenta la demanda.

TERCERO: Condenar en costas en ambas instancias a la parte demandante de conformidad con lo señalado en el artículo 392-4 del Código de Procedimiento Civil.

CUARTO: DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

GILBERTO GALVIS AVE

Magistrado

Proceso: Responsabilidad Civil Médica

Demandante: María Ofir Piracoa García y Otros

Demandado: Clínica Medilaser sedes Florencia y Neiva.

MARÍA CLAUDIA ISAZA RIVERA

Magistrada

DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO²⁹

Magistrada

²⁹ Declarativo RCM. Rad. 2011-00274-01. Firmado electrónicamente por los H. Magistrados.

Firmado Por:

Gilberto Galvis Ave
Magistrado
Despacho 003 Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Florencia - Caqueta

Maria Claudia Isaza Rivera
Magistrada
Despacho 002 Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Florencia - Caqueta

Dielia Hortencia Luz Mari Ortega Castro
Magistrada
Sala 001 Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Florencia - Caqueta

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **608d9aa82dfdb0eebd2dd47b65aac6b1c9344b52f2f26cc97654d481eb87d2da**
Documento generado en 25/09/2023 10:04:19 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>